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 XXX — 4º trimestre 2003 e 1º trimestre 2004 — Ns. 104/105
Florianópolis — SC
2005

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 expendido 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
88020-901 — Florianópolis — SC
Encomendas e pedidos:
Telefone/Fax (48) 221-1153
E-mail: divdoc@tj.sc.gov.br
Tiragem: 3.000 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

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA 3

DOUTRINA

André R. C. Fontes – Notas sobre o procedimento monitório no direito comparado 15

Antonio Carlos Bottan e Moacyr Motta da Silva – O conceito de justiça na criação judicial do direito segundo o pensamento de Immanuel Kant 27

Clèmerson Merlin Clève – Investigação criminal e Ministério Público 47

Daniel Santos Rocha Sobral – Improbidade administrativa e foro especial: reflexões pontuais 81

João José Ramos Schaefer – Usucapião: conceito, requisitos e espécies 93

Jorge Luiz Lopes do Canto – O novo ordenamento jurídico concursal no direito de empresa 107

José Isaac Pilati – Inovações no direito imobiliário 129

J. Virgílio Castelo Branco Rocha Fº – Usucapião: hipóteses de imunidade e de isenção tributária 145

Luiz Antônio Zanini Fornerolli – Progressividades do IPTU 165

Maurílio Moreira Leite – Omissão de socorro no Código de Trânsito 185

Maurílio Moreira Leite – Multa reparatória 189
Pablo Stolze Gagliano – Controvérsias constitucionais acerca do usucapião coletivo 195
Ricardo Alonso García – El proceso de constitucionalización de la integración europea 203
Rodrigo da Cunha Pereira – Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social 219
Rui Stoco – Aposentadoria compulsória dos magistrados aos 70 anos de idade 229

PARECERES

Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal diretamente? – José Afonso da Silva, Advogado, Professor titular aposentado da Faculdade de Direito da USP 271
Contribuição para custeio da iluminação pública – Kiyoshi Harada, Advogado e Professor em São Paulo 291
Ato Jurídico – Compra e venda – Silvio Rodrigues, Jurista e Professor Universitário em São Paulo 301

HISTÓRIA JURÍDICA

Sobre a não-retroatividade das leis — M. A. Coelho da Rocha 325
Discurso de posse no cargo de Presidente do Instituto dos Advogados em 19 de novembro de 1914 – Rui Barbosa 349

NOTICIÁRIO

Discurso de posse dos Drs. Nicanor Calírio da Silveira, Salete Silva Sommariva e Salim Schead dos Santos no cargo de Desembargador do TJSC ..... 389, 394 e 400
Quadro de antigüidade da magistratura catarinense 405
Relação dos aprovados do último concurso para a magistratura catarinense 427

PROVAS PARA A MAGISTRATURA ESTADUAL

Provas para ingresso na magistratura estadual – Etapas realizadas no período 2002 e 2003 431
Provas para ingresso na magistratura estadual – Etapas realizadas em 2003 497

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Medida Cautelar em Recurso Extraordinário 563
Súmulas do Supremo Tribunal Federal editadas após a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988 569

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso Especial 583
Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 586

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

TRIBUNAL PLENO

Ação Direta de Inconstitucionalidade 595

SEÇÃO CIVIL

Pedido de Uniformização de Jurisprudência em Agravo de Instrumento 601

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Agravos em Agravos de Instrumento 603
Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 618

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Embargos Infringentes 621

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelações Cíveis 631

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelações Cíveis 646

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelações Cíveis 688
Mandado de Segurança 708

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Embargos Infringentes 711

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelações Cíveis 732

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelações Cíveis 748

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível 768
Agravos de Instrumento 784

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Mandados de Segurança 802

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelações Cíveis 827

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível em Mandado de Segurança 864
Apelações Cíveis 868

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento 894
Apelação Cível em Mandado de Segurança 915

JURISPRUDÊNCIA PENAL

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

Embargos Infringentes 923

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelações Criminais 928
Habeas Corpus 946

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Habeas Corpus 953
Apelações Criminais 962

1ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pedido de Suspensão de Liminar 995
Apelação Cível nos Embargos à Execução Fiscal 998

2ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recursos Especiais 1.003

3ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recursos Especiais 1.013

PRIMEIRA INSTÂNCIA

Sentenças Cíveis e Criminais 1.019

RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA 1.055

ÍNDICE NUMÉRICO 1.065

ÍNDICE POR ASSUNTO 1.071

ÍNDICE ONOMÁSTICO 1.093

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Maio de 2005)

TRIBUNAL PLENO

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

Presidente

Des. JORGE MUSSI

Primeiro Vice-Presidente

Des. ANSELMO CERELLO

Segundo Vice-Presidente

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Terceiro Vice-Presidente

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Corregedor-Geral da Justiça

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR
Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. José GASPAR RUBIK
Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. João Eduardo SOUZA VARELLA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE
Des. SOLON D'EÇA 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. 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 Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. NICANOR Calírio da SILVEIRA
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Sessões: 2ª quarta-feira do mês – Horário: 10 horas – Local: 10º Andar

Des. JORGE MUSSI – Presidente
Des. ANSELMO CERELLO – Primeiro Vice-Presidente
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Segundo Vice-Presidente
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES – Terceiro Vice-Presidente
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA – Corregedor-Geral da Justiça
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza – Vice-Corregedor-Geral da Justiça
Des. FERNANDO CARIONI

SEÇÃO CIVIL

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

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO – Presidente
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. NICANOR Calírio da SILVEIRA
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Juiz SÉRGIO IZIDORO HEIL (Substituindo o Des. JOSÉ VOLPATO de Souza)
Juiz TÚLIO PINHEIRO (Substituindo o Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES)
Juiz JAIME RAMOS (Substituindo o Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS)
Juiz NEWTON JANKE (Substituindo o Des. VANDERLEI ROMER)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Sessões: 2ª quarta-feira do mês – Horário: 14 horas – Local: *Hall* Superior – Sala 2

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Juiz SÉRGIO IZIDORO HEIL (Substituindo o Des. JOSÉ VOLPATO de Souza)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: 2ª quarta-feira do mês – Horário: 14 horas – Local: *Hall* Superior – Sala 3

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
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Juiz TÚLIO PINHEIRO (Substituindo o Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Sessões: 2ª quarta-feira do mês – Horário: 14 horas – Local: 10º Andar

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO – Presidente
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Des. NICANOR Calírio da SILVEIRA
Juiz JAIME RAMOS (Substituindo o Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS)
Juiz NEWTON JANKE (Substituindo o Des. VANDERLEI ROMER)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Sessões: terças-feiras – Horário: 14 horas – Local: *Hall* Superior – Sala 4

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Sessões: quintas-feiras – Horário: 14 horas – Local: 2º Andar

Des. José MAZONI FERREIRA – Presidente
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
(Cooperador Juiz JORGE SCHAEFER MARTINS)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Sessões: sextas-feiras – Horário: das 9 às 12h, com reinício às 14h – Local: *Hall* Superior – Sala 3

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO – Presidente
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO
Juiz SÉRGIO IZIDORO HEIL (Substituindo o Des. JOSÉ VOLPATO de Souza)
(Cooperador Juiz DIONÍZIO JENCZAK)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: quintas-feiras – Horário: 14 horas – Local: *Hall* Superior – Sala 3

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA – Presidente
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Juiz TÚLIO José Moura PINHEIRO (Substituindo o Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: quintas-feiras – Horário: 14 horas – Local: *Hall* Superior – Sala 2

Des. José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
(Cooperador Juiz RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: quintas-feiras – Horário: 14 horas – Local: *Hall* Superior – Sala 4

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR – Presidente
Des. FERNANDO CARIONI
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Sessão: quintas-feiras – Horário: 9h30min às 12h, com reinício às 14 h – Local: *Hall* Superior – Sala 1

Des. VOLNEI Ivo CARLIN – Presidente
Des. NICANOR Calírio da SILVEIRA
Juiz NEWTON JANKE (Substituindo o Des. VANDERLEI ROMER)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Sessões: terças-feiras – Horário: 14 horas – Local: *Hall* Superior – Sala 2

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO – Presidente
Des. NEWTON TRISOTTO
Juiz JAIME RAMOS (Substituindo o Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Sessões: terças-feiras – Horário: 14 horas – Local: *Hall* Superior – Sala 1

Des. PEDRO MANOEL ABREU – Presidente
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
(Cooperadora: Juíza SÔNIA MARIA SCHMITZ)

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

Sessões: Última quarta-feira do mês – Horário: 14 horas – Local: 10º Andar

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA – Presidente
Des. José GASPAR RUBIK
Des. João Eduardo SOUZA VARELLA
Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE
Des. SOLON D'EÇA NEVES
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Juiz JOSÉ CARLOS CARSTENS KÖHLER (Substituindo o Des. SÉRGIO Torres PALADINO)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Sessões: terças-feiras – Horário: 9 às 12h, com reinício às 14h – Local: 2º Andar

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA – Presidente
Des. José GASPAR RUBIK
Des. João Eduardo SOUZA VARELLA
Des. SOLON D'EÇA NEVES

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Sessões: terças-feiras – Horário: 9 às 12h, com reinício às 14h – Local: *Hall* Superior – Sala 3

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE – Presidente
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Juiz JOSÉ CARLOS CARSTENS KÖHLER (Substituindo o Des. SÉRGIO Torres PALADINO)

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Sessões: quintas-feiras – Horário: 10 horas – Local: *Hall* Superior – Sala 2

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI – Presidente
Juiz VICTOR JOSÉ SEBEM FERREIRA
Juiz JÂNIO DA SILVA MACHADO
Juiz JAIME LUIZ VICARI

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

Membros titulares:
Des. ANSELMO CERELLO — Presidente
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. VANDERLEI ROMER
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. SALIM SCHAED DOS SANTOS
Membros suplentes:
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
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 Substituto de 2º grau VICTOR JOSÉ SEBEM FERREIRA

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

Des. ANSELMO CERELLO – Presidente
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. LUIZ CÉZAR 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 2º Grau:
Dr. TÚLIO JOSÉ MOURA PINHEIRO
Dr. JOSÉ CARLOS CARSTENS KÖHLER

Representante do Ministério Público:
Dr. ANDRÉ CARVALHO, titular

Representante da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Catarinense:
Dr. GIOVANI RODRIGUES MARIOT, titular

Representante do Colégio Notarial:
Dr. MURILO KROBEL, titular

Representantes do Colégio Registral:
Dra. GLECI PALMA ROBEIRO MELLO, titular e
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 M. MARTINS DA SILVA

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

Juiz JAIME RAMOS
Juiz JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS
Juiz NEWTON JANKE
Juiz VICTOR JOSÉ SEBEM FERREIRA
Juiz JOSÉ CARLOS CARSTENS KOHLER
Juiz DIONÍZIO JENCZAK
Juiz SÉRGIO IZIDORO HEIL
Juíza SÔNIA MARIA SCHMITZ
Juiz TÚLIO JOSÉ MOURA PINHEIRO
Juiz RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Juiz JÂNIO DE SOUZA MACHADO
Juiz JAIME LUIZ VICARI

JUÍZES CORREGEDORES

Juiz de Direito PAULO HENRIQUE M. MARTINS DA SILVA
Juiz de Direito ROBERTO LUCAS PACHECO
Juíza de Direito SORAYA NUNES LINS BIANCHINI
Juiz de Direito DINART FRANCISCO MACHADO
Juiz de Direito LUIZ HENRIQUE MARTINS PORTELINHA

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Des. ROGÉRIO Domingos Farias LEMOS – Coordenador

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

CLÁUDIA NICOLAZZI MEDEIROS DA CUNHA DELPIZZO

DIREÇÃO-GERAL ADMINISTRATIVA

SÉRGIO GALLIZA

DIREÇÃO-GERAL JUDICIÁRIA

ALBERTO PIZZOLATTI REMOR

DOUTRINA

NOTAS SOBRE O PROCEDIMENTO MONITÓRIO NO DIREITO COMPARADO

André R. C. Fontes *

SUMÁRIO: § 1º Noção; § 2º A designação; § 3º Origem; § 4º Natureza jurídica do procedimento monitório; § 5º Fonte normativa; § 6º O objeto de injunção; § 7º Forma de pedido; § 8º Da eficácia executiva do ato injuntivo; § 9º Formas de comunicação; § 10º A inadmissibilidade do procedimento injuntivo; § 11º O decreto injuntivo; § 12º Do prazo e das formas para impugnar a ordem do juiz – a oposição; § 13º Conseqüências da ausência de oposição; Conclusões; Bibliografia.

§ 1º – Noção

A tutela monitória manifesta-se e circunscreve-se a dois modelos de sistemas: o puro e o documental[1]. O primeiro (o puro), ordinariamente utilizado em causas de pequena monta, exige a mera afirmação do suposto credor, desprovida de qualquer prova

* *Professor da Universidade do Rio de Janeiro — UNI-RIO. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Juiz do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).*

1 É crédito reconhecido a Calamandrei o batismo em *puro* e *documental*, os nomes dos dois sistemas conhecidos de tutela monitória.

documental, nas hipóteses expressamente admitidas em lei, de ordem de pagamento em desfavor do devedor indicado, por meio de um mandado de pagamento, que é apto a adquirir eficácia de título executivo, se não houver oposição, ou se ele existindo for inadmissível ou mesmo rejeitado. O segundo (o documental) é dotado das mesmas características, desde que apoiado em instrumentos, comumente designado "prova escrita".

Caracterizada no contexto das tutelas jurisdicionais diferenciadas, assim entendidas aquelas que visam a alcançar a efetividade do processo nas hipóteses em que as tutelas tradicionais ou ordinárias não a atingiriam, responde ela à aspiração de tutelar imediatamente a pretensão do credor desprovido de título executivo, sem a necessária submissão de sua pretensão a um processo no qual se desenvolva atividade de conhecimento[2].

Os regimes injuntivos estabelecidos nas diversas legislações obedecem aos modelos "puro" e "documental". Tal ocorre nas leis portuguesa, italiana, austríaca, alemã, sueca e suíça, nesta última prevista na sua remotíssima lei federal sobre execução e quebras, datada de 1º de janeiro de 1889 (em vigor somente em 1892). No Brasil conhece-se apenas o documental.

§ 2º – A designação

A adoção no Brasil do termo "monitório" para designar o procedimento correspondente não encontra correspondência nos regimes português, italiano e francês, que optaram pela expressão "injunção" (portuguesa), *injunzione* (italiana) e *injonction* (francesa e belga). Constituiu certamente fator inibitório a adoção em nosso país do termo acolhido em Portugal a previsão constitucional do "mandado de injunção", cuja inspiração estadunidense conduziu a destino diverso e preciso dentre os direitos fundamentais previstos expressamente na atual Constituição de 1988.

2 MARQUES, Wilson. Ação Monitória, *Revista Forense*, n. 348, p. 205. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A Ação Monitória*, 3.ed., São Paulo: RT, p. 18. ARMELIN, Donaldo. Tutela Jurisdicional Diferenciada. *Revista de Processo*, n. 65, p. 45-55.

As origens mais recuadas do Direito Alemão e Austríaco justificaram nesses dois países nomes originais e consagrados, sendo o *Mahnverfahren* e *Urkundenprozeb*, respectivamente o puro e documental alemães, e o "*Mahnverfahren*" e "*Mandatverfahren*" austríacos[3]. Na Suíça, o "Rechtbot". Na Holanda permanece a designação unicompreensiva "dwangbevelprocedure"[4].

§ 3º – Origem

O desenvolvimento econômico, a circulação da riqueza e a adoção do dinheiro nos negócios impuseram meios simplificados de formalização dos créditos e procedimentos adequados para satisfazê-los. Ocorre que determinados créditos não eram revelados por documentos e por conta disso estabeleceu-se, no direito medieval italiano, o uso de não citar em juízo o devedor, mas de obter diretamente do juiz a ordem de prestação que ensejava a execução. Assim surgiu o *mandatum* ou *pracceptum de solvendo*, que era acompanhado e justificado pela cláusula de que se o devedor se propusesse a alegar excesso podia opô-la dentro de certo prazo.[5]

Nas Ordenações Manuelinas conhecia-se a "ação de assinação de dez dias" ou "ação decendiária" e no Direito Brasileiro, pelo Regulamento n. 737, de 25 de outubro de 1850, encontram-se as primeiras reminiscências do procedimento medieval italiano. Modernamente, a adoção mais evoluída da injunção nas legislações continentais da Europa, especialmente na Alemanha, Áustria, Suíça, que alcançaram amplos efeitos práticos na sua utilização, muito influenciou o acolhimento no Brasil, mas certamente é o modelo italiano que aparentemente mais se apro-

3 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Ações Cominatórias no Direito Brasileiro*, 1º tomo, 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1962, p. 129 *usque* 133.

4 MARCATO, Antonio Carlos. *O Processo Monitório*. 2.ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 41.

5 CARREIRA ALVIM, J. E. *Procedimento Monitório*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 27 *usque* 29.

ximou do brasileiro, devendo ter sido determinante para o seu acolhimento[6].

§ 4º – Natureza jurídica do procedimento monitório

Conquanto o procedimento monitório se destine à emanação de pronunciamento *do juiz*, a pedido do afirmado credor, a fim de que lhe seja satisfeito determinado e específico crédito, não encontra ele natureza jurisdicional em todos os ordenamentos nos quais foi instituído. No Direito Português, a injunção assume cariz administrativo até a oposição do requerido. Tal caracterização não é acompanhada por nenhum outro sistema conhecido. Em todos os demais, a natureza jurisdicional é constatada pela disciplina no próprio sistema do código de processo, como ocorre na maioria dos países. A origem da disciplina da injunção por Decreto-Lei n. 404/93 é decisiva como classificação, que desviada do contexto sistemático do Código de Processo Civil português, somente assim poderia, dada a sua origem, ser enquadrada. É digno de nota que a natureza de ato do Secretário-Geral do Departamento de Justiça, de 15 de outubro de 1942 e prorrogado por leis sucessivas, não inibiu o reconhecimento da natureza jurisdicional na Holanda. No Brasil, a natureza jurisdicional decorre da própria disciplina no capítulo dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa.

§ 5º — Fonte normativa

É na codificação processual civil de cada país que normalmente se encontra a disciplina do procedimento injuntivo. Assim, por exemplo, se verifica na legislação italiana (art. 633 do *Codice di Procedura Civile*), alemã (§ 688-703 [puro] e § 592-605 [documental] da Z. P. D.), austríaco (§ 548 [puro] e § 549 [documental] da Z.P.D.), suíço (art. 69 da lei federal suíça sobre a execução e quebra). Na Bélgica, o *Code Judiciaire* e a disciplina no art. 1.338 e seguintes; o mesmo ocorrendo com a nossa previsão estabelecida nas alíneas *a*, *b* e *c* do art. 1.102 do Código de Pro-

6 CARVALHO NETTO, José Rodrigues. *Da Ação Monitória*. São Paulo: RT, 2001, p. 28 e seguintes.

cesso Civil. Em legislação extravagante encontramos na portuguesa (Decreto-Lei n. 404, de 10 de dezembro de 1993) e na holandesa (ato do Secretário-Geral do Departamento de Justiça, de 15 de outubro de 1942 e prorrogado por leis sucessivas). No Brasil, o procedimento decorre das modificações legislativas derivadas da Lei n. 9.079, de 14 de julho de 1995, que alterou a redação do Código de Processo Civil e incluiu o monitório dentre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa.

§ 6º – O objeto da injunção

Na Itália, a possibilidade do procedimento injuntivo ocorre nos seguintes casos: 1) quem é credor de uma soma líquida em dinheiro ou de uma determinada coisa fungível; 2) quem tem direito à entrega de uma coisa móvel determinada; 3) os advogados, os chanceleres, os oficiais judiciários ou qualquer pessoa que tenha realizado o seu trabalho em razão de um processo, pelo pagamento de honorários devidos pela sua prestação; 4) os notários e outros exercentes de uma profissão ou arte sujeitas a uma tarifa legalmente aprovada pelos honorários ou reembolso de despesas. Na Áustria, para o regime puro, as ações de pequeno valor, independente de prova documental da obrigação e para o regime documental, prestam-se para reclamar o cumprimento de prestação em dinheiro ou de coisas fungíveis, de qualquer valor, quando o autor as pede com apoio ou instrumento autêntico, isto é, atos públicos ou particulares autenticados[7]. O alemão admite o puro para as ações de qualquer valor e independentemente de prova documental; visam à satisfação de certas prestações de dar, ou seja, o pagamento de uma soma em dinheiro ou a entrega de determinadas coisas fungíveis ou valores, uma vez que as prestações não se condicionaram à contraprestação, salvo a prova desta ter sido anteriormente feita, e, para o regime documental, as ações tendentes a obter do devedor o pagamento de uma quantia em dinheiro ou determinada quantidade de coisas fungíveis[8]. No Direito Português exige-se apenas tratar-se

7 AMARAL SANTOS, Moacyr. p. 129 e seguintes.
8 *Idem*.

de obrigação pecuniária decorrente de contrato cujo valor não exceda metade de valor de alçada do Tribunal de 1ª Instância. Na Bélgica, o *Code Judiciaire* no art. 1.338, a admite quando a dívida for líquida cujo montante não exceder o correspondente a sessenta e cinco mil francos. No Brasil, o objeto é soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

§ 7º – Forma de pedido

O procedimento injuntivo tem início com a demanda, que pode ser oferecida por escrito ou oralmente, dependendo do regime eleito por cada país. Desse modo, em Portugal o pedido deve ser sempre escrito e apresentado na Secretaria do Tribunal. Também na Itália exige-se que o pedido seja escrito. Diferentemente, a Áustria e a Alemanha adotaram a possibilidade oral para a forma da demanda, além da tradicional maneira escrita, nesse sentido o § 702 da Z.P.O.[9].

No Brasil, a regra do art. 1.102b é expressa ao afirmar ser escrita a forma da demanda, que deve obedecer à regra geral das petições estabelecidas nos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil. Demais disso, deve ele as instruí-las com a *prova escrita*, sempre desprovida a eficácia do título executivo, que constitui em verdade o próprio destino da monitória que é a formação célere de um título executivo.

§ 8º – Da eficácia executiva do ato injuntivo

Sob a perspectiva da eficácia do ato injuntivo, a lei austríaca e a alemã atribuem eficácia executiva *ex legis* se não há oposição admissível, de maneira que desnecessária se torna a prática de outro ato que lhe atribua eficácia[10] como se dá na legislação portuguesa que exige do Secretário judicial a aposição de um "execute-se" a fim de que adquira força executiva, o mesmo ocorrendo na Itália, em que o juiz declara executivo o decreto mediante a prática de um outro decreto (art. 654), que se tornará

9 *Idem*.
10 *Idem*.

assim título executivo com todos os seus efeitos, de maneira a adquirir a autoridade de coisa julgada substancial independente de um sucessivo juízo relativamente ao objeto da demanda proposta sob o mesmo fundamento[11]. No Brasil, a formação do título dá-se incontinente a inadmissibilidade (art. 1.102c, *caput*) e a rejeição dos embargos (§ 3º do art. 1.102 do CPC).

§ 9º — Formas de comunicação

No direito português e no italiano é por meio de *notificação* que se faz a comunicação com o réu, fórmula distinta do direito alemão e do austríaco, que optaram pelo *mandado*[12]. Relativamente ao regime italiano, a lei exige que o afirmado devedor seja notificado em cópia autêntica, certamente pelos efeitos que produz, pois a notificação determina a pendência da lide, ou seja, a de produzir os efeitos substanciais e processuais próprios da demanda proposta em via ordinária (interrupção da prescrição, litispendência e conexão de causa), consoante o art. 643[13]. No Brasil também dá-se por mandado a comunicação ao devedor.

§ 10º – A inadmissibilidade do procedimento injuntivo

Variadas são as formas de tratamento dos casos de inadmissibilidade da injunção. Em Portugal, a legislação limitou-se a atribuir ao Secretário o poder de não receber a petição simplesmente. Já o mesmo não ocorre na legislação italiana e alemã. Na peninsular, cuida-se de tarefa do juiz, que poderá rejeitar a demanda por decisão motivada. De igual maneira na Alemanha, onde também ao juiz incumbirá o poder de indeferir o pedido se não forem atendidas as formalidades legais e dessa decisão não cabe qualquer recurso[14]. No Brasil, a solução é a extinção do processo sem apreciação do mérito, em razão do indeferimento da petição inicial, consoante o art. 267, I, do Código de Processo Civil.

11 EVANGELISTA, Stefanomaria. IANNELLI, Domenico. *Manuale di Procedure Civile*. Turim: VteT, 1996, p. 417.
12 AMARAL SANTOS, Moacyr. p. 129 e seguintes.
13 CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Op. cit.*, p. 53.
14 AMARAL SANTOS, Moacyr. p. 129 e seguintes.

§ 11º – O decreto injuntivo

No Direito Português, incumbe ao Secretário do Tribunal notificar o requerido, por carta registrada com aviso de recepção, remetendo cópia da inicial e dos documentos juntos, indicando de forma inteligível o objeto do pedido e dos demais elementos úteis à sua compreensão, sendo necessário, ainda, referir expressamente o prazo para a oposição. A lei italiana, no entanto, é limitadora da competência do decreto injuntivo ao conciliador, pretor ou presidente do tribunal, que seria competente para a demanda proposta em via ordinária (art. 637, Z. P. O.). A austríaca mantém, do mesmo modo, a competência do juiz, que, sem ouvir o devedor, ordena a expedição de ordem de pagamento contra este, com a notificação de que poderá impugnar o pedido no prazo de quatorze dias. O mesmo ocorre com o Direito Alemão, que também atribui ao juiz o poder de ordenar, *inaudita altera parte*, a expedição da ordem requerida, para que o afirmado devedor pague ao credor no prazo de uma semana a contar da notificação[15].

§ 12º – Do prazo e das formas para impugnar a ordem do juiz – a oposição

É de sete dias a contar da notificação no direito português. Na Itália, é de quarenta dias, embora o prazo possa ser reduzido a dez e aumentado para sessenta se ocorrer justo motivo. Na Áustria, são quatorze dias. Na Alemanha, o prazo é de uma semana. Na Suíca, o prazo é de 10 dias (art. 74).

A oposição é o meio pelo qual o réu, que entenda injusto o procedimento injuntivo, impugna o decreto. De um modo geral, a oposição tem o efeito de transformar o procedimento sumário em ordinário. Sobre a caracterização geral da injunção e sobre a forma de impugná-la, é de se dizer que a *falta* de contrariedade, segundo certa corrente, seria o caráter predominante na monitória. No entanto, para Carnelutti é a eventualidade do contraditório. Domina, no entanto, o pensamento de que a característica determinante é a inversão da iniciativa do contraditório

15 AMARAL SANTOS, Moacyr. p. 129 e seguintes.

(Calamandrei). Calamandrei a explicita ao afirmar que não há antagonismo entre sua posição e a de Carnelutti porque é eventual o contraditório em razão de a iniciativa de provocá-lo incumbir ao réu se entender que deva oferecer oposição.

§ 13º – Conseqüências da ausência de oposição

Na falta de oposição, o Direito Português atribui ao Secretário do Tribunal o poder de apor uma manifestação resumida no termo "execute-se" no requerimento de injunção. Solução idêntica ocorre no caso de desistência da oposição. No Direito Italiano, a inexistência de oposição possibilita ao juiz proferir o decreto e o declara executivo, que se tem entendido como meio de aquisição de eficácia da coisa julgada. No Direito Austríaco, após o decurso do prazo sem impugnação, o mandado adquire eficácia de título executivo. No Direito Alemão, decorrido em branco o prazo, o mandado adquire força executória.

Havendo oposição, ela é submetida fundamentalmente ao juiz, passando a ter natureza jurisdicional – essa é a disciplina portuguesa. Na Itália, a oposição é proposta perante o juiz que emitiu o decreto injuntivo, no prazo de 20 dias. Na Áustria, o juiz aprecia e decide se o mandado deve ser confirmado ou declarado sem efeito. Na Alemanha, o procedimento passa a ser ordinário e submetido às suas próprias etapas. No Brasil, é com os embargos que a atividade do conhecimento se desenvolve e garante o exame efetivo das situações afirmadas e controvertidas.

A forma de oposição obedece à variada disciplina. No Direito Português, exige-se forma escrita, como também a nossa legislação no Brasil. O mesmo ocorre com a Itália. Solução diversa oferecem a Áustria e a Alemanha, que admitem também a oral.

Conclusões

1 – Em todas as legislações examinadas, o procedimento monitório é vocacionado a tutelar situações creditícias especiais, geralmente fundadas em valores ou quantias não excessivamente expressivas.

2 – Prevalece a dicotomia “puro” e “documental” para as formas de procedimento monitório, padrão invariavelmente encontrado nas legislações citadas.

3 – Decorre a injunção de um longo processo evolutivo no qual o direito português antigo constitui referência por meio da “ação de assinação de dez dias”.

4 – Em todos os sistemas a impugnação é feita mediante forma comum assemelhada aos embargos disciplinados no direito brasileiro.

5 – A inversão do contraditório, em razão da eventualidade da própria atividade de conhecimento, é marca característica do instituto plenamente acolhido em todas as legislações.

6 – O procedimento injuntivo constitui uma das formas mais próprias encontradas nas legislações para tutelar os créditos de pequeno monte, desprovidos de título executivo, segundo a sua estrutura formal e função a que é destinado.

Referências bibliográficas

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Ações Cominatórias no Direito Brasileiro*. Tomo I. 3.ed. São Paulo, Max Limonad, 1962, p. 128-143.

ANDRIOLI, Virgilio. *Commento al Codice di Procedura Civile*. Vol. III, Processo di esecuzione, procedimenti speciali. Jovene, Napoli: Scuola Tipografica Pontificia.

ARMELIN, Donaldo. Tutela Jurisdicional Diferenciada. *Revista de Processo*, n. 65, p. 45 *usque* 55.

CADIET, Loïc. *Droit Judiciaire Privé*. Paris: Éditions Litec, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo, Corrado Ferri e Michele Taruffo. *Lezioni Sul Processo Civile*. 2.ed., 1998, Società editrice il Mulino, Bologna.

COUCHEZ, Gèrard. *Procedure Civile*. Paris: Éditions Sirey, 1986.

EVANGELISTA, Stefonomaria e IANNELLI, Domenico. *Manuale di Procedura Civile*. Torino, 1996, Unione Tipografico-Editrice Torinese.

HABSCHEID, Walter J. *Introduzione al Diritto Processuale Civile Comparato*. Itália: Maggioli Editore, 1985.

_____. *Droit Judiciaire Privé Suisse*. Gênova: Librairie de L'Université, 1981.

HÉRON, Jacques. *Droit Judiciaire Privé*. Paris: Éditions Montchrestien, 1991.

MARCATO, Antonio Carlos. *O Processo Monitório Brasileiro*. Malheiros Editores, p. 38-49.

MARQUES, Wilson. A Ação Monitória. *Revista Forense*, vol. 348, p. 205-215.

PISANI, Andrea Proto. *Lezione di Diritto Processuale Civile*. Napoli: 3.ed., Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1999, p. 587-598.

SALVADOR, Antônio Raphael Silva. *Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada* – Comentários à Lei n. 9.079, de 14-7-95. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SIDOU, J. M. Othon. *Processo Civil Comparado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada* – Tutelas de urgência e medidas liminares em geral. São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

VINCENT, Jean e GINCHARD, Serge. *Procédure Civile*. Paris: Éditions Dalloz, 1994.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*. Vol. II, Del processo di cognizione. Napoli: Milano-Dott A. Giuffrè Editore, 1962.

ZWEIGERT, Konrad e KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*, vols. I e II. Milão: Dott A . Giuffrè Editore, 1992.

O CONCEITO DE JUSTIÇA NA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO SEGUNDO O PENSAMENTO DE IMMANUEL KANT

Antonio Carlos Bottan[1]
Moacyr Motta da Silva[2]

Resumo: O presente artigo estuda aspectos da Filosofia do Direito em Kant, como proposta teórica para discutir-se o novo perfil do Juiz no Sistema do Poder Judiciário Brasileiro. Nesta linha de pensamento, tocam-se pontos conceituais relativos à formação jurídica no ensino-aprendizagem. Levantam-se questões ligadas à denominada Crise do Poder Judiciário. Reservam-se espaços para discutir-se aspectos da Política Jurídica e a Criação Judicial do Direito, como instrumento de realização da Justiça. As Considerações Finais voltam-se para algumas propostas destinadas a enfrentar o problema posto em debate.

Palavras/Expressões-Chave**:** Idéia de Justiça[3], Política Jurídica[4], Criação Judicial do Direito[5], Dogmatismo[6], Conceito de Justiça em Kant, Ideologia[7].

ABSTRACT: This article studies aspects of Kant's Philosophy of Law as a theoretical proposal for discussing the new profile of the Judge within the System of the Brazilian Judiciary Power. Following this reasoning, the article addresses conceptual topics related to legal training in the teaching-learning process. It also

raises questions related to the so-called Crisis of the Judiciary Power. In addition, there is room for discussing aspects of the Judiciary Policy and Judicial Creation of Law as instruments to achieve Justice. In its final considerations, the article focuses on a proposal for facing the problem under discussion.

Key Words: Idea of Justice, Judiciary Policy, Judicial Creation of Law, Dogmatism, Kant's Concept of Justice, Ideology.

1 – Introdução

O *ensino jurídico brasileiro* constitui, atualmente, motivo de sérias preocupações de todos que, vinculados à área jurídica, pensam uma democracia efetiva para o Brasil. A *ideologia* e o *dogmatismo* constituem as características básicas da formação do acadêmico em Direito no Brasil. Nesse aspecto, Rodrigues[8] sustenta que a criação dos Cursos Jurídicos foi efetivamente norteada a um ensino jurídico voltado à formação de uma ideologia de sustentação política e à preparação de meros técnicos endereçados às *funções burocráticas estatais*. Inúmeros Cursos de Direito são meros *reprodutores* do conhecimento teórico, com o gravame da manutenção do *tradicionalismo conservador* dos problemas brasileiros. O *positivismo* exerce expressiva influência no pensamento e na cultura jurídica do Brasil. Esse modelo de formação jurídica não é sensível às necessidade coletivas, pois se restringe à análise da legalidade e da validade das normas jurídicas, olvidando, por inteiro, os problemas de eficácia e de legitimidade da lei. Via de regra, o acadêmico em Direito não é estimulado pelo professor dos Cursos de Direito a ter uma visão multidisciplinar do fenômeno jurídico. Tem-se observado que não basta a *reforma da matriz curricular*, sua *flexibilidade,* a *inclusão de novos conteúdos e dos novos direitos*, inclusive a Monografia (Trabalho de Conclusão do Curso), para mudar o quadro acadêmico vigente. Observa-se a necessidade de substituir o tradicional *método-formal*, com a implantação de um sistema dinâmico de ensino-aprendizagem, que conduza a métodos de visão crítico-reflexiva do Direito.

Entende-se oportuna a manifestação de Rodrigues[9]: "o caminho da recuperação do direito e de seu ensino jurídico, como

meio de libertação intelectual, filosófica, jurídica e psicológica, é pondo-o a serviço de toda a Sociedade, da democracia e da justiça social, recriando a esperança, os desejos, o sonho e recepcionando as diferenças". Nessa ambiência, comporta evidenciar a relevância da *consciência jurídica*, como estímulo aos discentes dos Cursos Jurídicos. Na mesma linha de raciocínio, Pasold[10] posiciona-se no sentido de terem a *noção exata dos direitos e dos deveres* que o indivíduo possui, como ser social, para consigo mesmo, para com seus co-cidadãos e para com a coletividade. O Bacharel em Direito, além de outras funções, tem, por dever de seu juramento, uma indispensável *função social*, cujo compromisso será extensivo ao portador de diploma na área da ciência jurídica, no exercício da judicatura brasileira, tornando-o imensamente responsável pelo produto de seu labor jurisdicional.

Sobre o que se espera da formação do futuro *operador jurídico,* convém indicar não se tratar de *aprendizado livresco*. Ao revés, como destaca o Conselho Federal da OAB[11] , a Faculdade de Direito não foi instituída apenas para a pesquisa bibliográfica, mas *deve ela preocupar-se com o que está na vida*, sob pena de desperdiçar as energias docentes e discentes. Precisa envolver-se com sua comunidade acadêmica, na construção de uma Sociedade melhor, fundada nos *princípios da justiça.*

Os operadores jurídicos não podem permanecer inertes, alheios à realidade e muito menos marginalizados. As mudanças no ensino e no perfil do futuro profissional do Direito passam pela necessidade imperiosa de se extinguir, de acordo com o pensamento oficial do Conselho Federal da OAB[12] , o pedantismo retórico exacerbado*,* acrítico e a-histórico. Com igual critério, procura-se afastar a imposição de um conhecimento envelopado, no qual a eloqüência, não raras vezes, ocupa, indevidamente, o lugar da argumentação, do raciocínio jurídico.

Neste artigo**,** pesquisa-se o C*onceito Kantiano de Justiça*, como uma forma de contribuição à proposta do novo perfil do profissional do direito, em especial do magistrado brasileiro, delineada pela *Política Jurídica*. O *juspolítico* a dispõe como um instrumental adequado na ação participativa sócio-jurídica com vistas às mudanças socioeconômicas, fruto do consenso da cole-

tividade na aplicação do *direito justo*. Nesse sentido, é a posição de Ross[13], para quem o direito tem um objetivo primordial: *aperfeiçoar a idéia de justiça* a ele inerente. *À Política Jurídica* caberia o difícil, mas indispensável, encargo de ensinar como atingir o fim colimado. A *Política do Direito*, além de orientar o legislador na elaboração da lei, será um guia aos operadores jurídicos em geral e, em especial, aos juízes.

2 – A crise do Poder Judiciário Brasileiro

Neste estudo, a crise do Poder Judiciário Brasileiro será considerada sob dois aspectos: a) o caráter dogmático da interpretação das leis e b) o ensino jurídico limitado à visão dos códigos de leis, com ênfase ao formalismo jurídico. A combinação desses dois fatores gera o que chamamos de Crise do Poder Judiciário, no sentido de que o conhecimento do Direito adquirido nos cursos de formação conduz o operador jurídico aos estreitos limites do dogmatismo.

A respeito das formas tradicionais positivistas, Silva explicita: "São notórias e antigas, aliás, as críticas que se fazem às formas tradicionais de positivismos legalistas, próprias de civilização burguesa liberal". Na interpretação do jurista, são produtoras de sistemas jurídicos que pugnam tão-somente pela proteção das liberdades e igualdades abstratas e formais. Segundo o mesmo autor, a tutela processual é apenas formal e retórica à medida em que, de maneira acelerada, se distancia da vida social real.[14]

Nessa senda, Azevedo comenta que "a redução da aplicação do direito ao esquematismo lógico-formal que transforma em aplicação-subsunção, impossibilitando a aplicação-recriação, termina por desacreditar o juiz perante a opinião pública, semeando a insegurança e a descrença entre os jurisdicionados".[15]

Nalini, a seu turno, considera o jurista um cientista "que aproveita do positivismo sua melhor contribuição, que é a dicção pura, mas transcende limites do formalismo jurídico para ganhar a hercúlea dimensão do cientista multidisciplinar". Ademais, sustenta o autor que o jurista deve, a par de sua formação acadêmica, "estudar os outros ramos das ciências sociais para comple-

mentar sua cultura, ganhando a universalidade que seu perfil está a exigir". Já quanto ao Juiz do futuro, o doutrinador pondera que "precisa ser o profissional da harmonização", e, também, sem desconhecer a *luta pelo direito*, dele se espera seja sensível e "empenhado em propiciar a autocomposição, sem pruridos para encaminhar uma saudável conciliação e menos preocupado em dizer a lei".[16]

Para superar a crise que se abate sobre o Poder Judiciário, precisa-se estimular as vias alternativas de pacificação social, invocando a arbitragem, a conciliação, a mediação, como meios de solução dos conflitos: "o próprio processo, como técnica, passa por uma 'deformalização', procurando-se uma via menos formal e mais rápida e econômica para atender às pessoas que ficam impedidas de recorrer ao Poder Judiciário".[17] Como instrumentos de resolução de litígios, temos à disposição os Juizados Especiais Cíveis, o Juízo Arbitral e as Comissões de Arbitragem, os quais, se adequadamente empregados, contribuirão para o resgate da credibilidade do Poder Judiciário Brasileiro.

O emprego de vias alternativas na composição dos conflitos reduz ou dispensa a cobrança dos custos processuais, diminui e evita recursos abusivos e meramente protelatórios e permite o efetivo acesso à ordem jurídica justa. A própria Sociedade reclama, com razão, da morosidade na prestação jurisdicional e das custas processuais elevadas que desestimulam o acesso à justiça.

Ante o quadro aqui descortinado, espera-se do novo Juiz a vitalidade e eficiência de um obreiro jurídico destemido, operoso, responsável, preparado, enfim, em todos os aspectos humanos, para a solução dos problemas que forem submetidos à sua apreciação.

O Juiz deve servir à justiça, respeitar e descobrir a verdade e não priorizar outros interesses inferiores ou secundários, nem mesmo recorrer a um silogismo, no intuito de sacrificar a verdade, ou simular e ocultar a realidade visível, através de um ato de hipocrisia simulada. O instrumento a ele conferido, para a solução dos conflitos, não é apenas a lei, nem sua consciência isolada,

mas os princípios do Direito. A tradição dogmático-positivista dá a imagem do *juiz ideal*, como sendo a daquele *sem comprometimento ideológico, o juiz burocrático,* que constrói um raciocínio artificial, mas que se revela, na prática, em um *julgador arbitrário inescrupuloso.* O Juiz a ser lapidado para o amanhã resultará no *homem prático, politizado,* que cumprirá, serenamente, sua *função política*. Castro[18] sugere, ao novo magistrado, dentre outras qualidades, a *total independência*, que importa na *verdadeira garantia de trabalho* contra as costumeiras pressões dos poderes externos bem como *na segurança de que não sofrerá as pressões* dos Órgãos Colegiados da própria judicatura.

As Escolas da Magistratura devem, cada vez mais, adaptar-se à realidade social, recrutando homens preparados e de boa formação para a função jurisdicional, *livres do jugo dogmático e do direito intangível, que reflitam o respeito às instituições democráticas do Estado de Direito, munidos de firmeza de caráter e detentores de ética, de moral e de critérios lógicos e transparentes.*

Aspira-se por um *juiz virtuoso*, isto é, aquele que exercerá seu *munus* com *prudência*, magnanimidade, eqüidade, coragem, equilíbrio, apaixonado pela realização plena da Justiça, no dizer de Castro[19]. No magistério de Carlin[20], encontram-se algumas idéias formadoras do *juiz protótipo*, como o que profere decisões que privilegiam o coletivo, como um processo temporal, permeado de *valores éticos e deontológicos*. Para a evolução do Direito, há de se pensar em um novo porvir, na mudança de leis e de mentalidades. A maior qualidade do futuro magistrado é, sem dúvida, a *ética judiciária*. Ele deverá ser capaz de *ler nas entrelinhas*, transformando-se em um grande jurista. Ser ético, julgar de acordo com os ditames de sua consciência, como um homem que exerce a *magistratura cidadã.*

No entendimento de Andrade[21], a atividade jurisdicional de decisão dos conflitos sociais de expressivo número de julgadores desconsidera a realidade e o contexto socioeconômico do país. O novo juiz, inspirado nos princípios da Política do Direito, haverá de considerá-la, bem como todos seus elementos formadores, inclusive os antecedentes. O novo julgador evitará interpretar a

realidade sob julgamento como se fosse irreal e não construirá, em sua sentença, a idéia do falso. Deixará de lado o *exagerado formalismo* e o *insistente legalismo*.

Por suas máximas, o Direito é universal, neutro, completo, perfeito, aplicado a uma Sociedade pacífica e harmônica, destinado à solução de microconflitos sociais individuais. Mas, em realidade, o *Direito não é neutro*, sofre influência das ideologias que comandam o poder, é fruto de movimentos, de organizações sociais, é resultado do consenso e da pressão da Sociedade, e, acima de tudo, resultado do *querer coletivo*. E é nesse rico meio que o futuro magistrado atuará. Por isso, terá em sua bagagem intelectual e psicológica a orientação mais moderna, reconhecida, internacionalmente, como sendo os *quatro pilares da educação*: *1 – saber conhecer; 2 – saber ser; 3 – saber fazer; 4 – saber conviver.* Com essa formação humana, será banida a vigente postura ideológica, pela qual se erigiu *uma barreira*, estabeleceu-se *um distanciamento entre o Poder Judiciário e as aspirações de Justiça da Sociedade Civil.* A Sociedade não mais aceita a pura aplicação técnica da lei como mero instrumento coercitivo a favor da classe no poder. É necessário compreender-se que a idéia de Justiça representa a identidade de valores sociais entre a Lei e o Direito. Por isso, constitui dever jurídico do Juiz proferir decisão que atenda, satisfatoriamente, ao reclamo individual ou coletivo nos limites do Direito.

No mesmo diapasão, desponta o pensamento de Souza[22]. Observa o mencionado jurista que na prática judicial há o entendimento de muitos juízes no sentido de que o Poder Judiciário e os magistrados não podem ser iníquos, em suas decisões, só porque as leis que manuseiam o são, porque o fato de existir uma norma jurídica *não significa, necessariamente, seja uma lei justa*.

O projeto do novel juiz prevê *um ser dialetizante*, que ingressará na relação jurídica de forma dialética, na combinação entre a Lei e a realidade social que o circunda, sentindo-se parte integrante dela. Não basta apontar-se, discutir-se, e até mesmo oferecer-se idéias para o aperfeiçoamento do ensino jurídico no Brasil. Indicar o caminho adequado, mostrar as novas teorias do Direito, particularmente para o modelo de ensino de graduação

de nosso país, representa um dever ético de todo aquele que tem o privilégio de conhecer aspectos da Política Jurídica.

3 – A política jurídica e a criação judicial do direito como instrumento de realização da justiça

As políticas públicas do ensino do Direito, voltadas aos Cursos de Graduação em Direito no Brasil, em regra, deixam de disponibilizar espaços para o saber epistemológico da Política Jurídica.

Sobre o tema pondera Melo[23], a doutrina da Política do Direito precisa ser desenvolvida com critérios seguros e específicos. Nessa perspectiva, a Política Jurídica estará, permanentemente, a serviço de um *devir* desejável e realizável.

Um dos objetivos da Política Jurídica consiste na busca da construção do Direito adequado a cada época. Nessa linha de pensamento, devem ser observados os modelos éticos vigentes e os valores culturais, no caso, do povo brasileiro. Por isso, na lição de Melo[24], o pressuposto indispensável é a exigência de que o resultado da função jurisdicional se coadune com os fatores de validade formal e material da norma, mas, também, com os critérios objetivos de justiça e de utilidade, visando ao necessário equilíbrio social. Para que uma norma jurídica conte com um mínimo de adesão social, que a torne obedecida, e, em conseqüência, materialmente eficaz, deve vir permeada pela idéia e pelo sentimento do ético, do legítimo, do justo e do útil (conveniente ou necessário).

A Criação Judicial do Direito, responsável pelo delineamento do novo perfil do juiz, levará o sentenciante a considerar, em sua prestação jurisdicional diuturna, as práticas democráticas e pluralistas que rejeitam um *jus positum* impenetrável pelas mudanças culturais e pelos avanços sociais. Ou, como bem assenta Melo[25], a Sociedade não mais aceita a existência de um direito positivo impermeável às mudanças culturais e às conquistas sociais. O futuro magistrado deparar-se-á, fatalmente, com a questão da *politicidade da decisão judicial*, pensamento articulado por Oliveira[26], de acordo com o qual, para cada solução dos juristas há uma nota essencial de politicidade voltada ao bem comum.

Sustenta-se, com apoio na Política Jurídica, que o julgador do futuro deverá ser educado a exercer o papel de *político de direito*, não como simples legitimador do *status quo* de quem detém o poder político, mas como observador e estudioso da norma desejável, nos precisos termos de Oliveira[27]: "[...] galgando posições epistemológicas e aplicando métodos construtivos, assumem a condição de juspolíticos", criando uma norma completamente nova, voltada para o *jus* mais adequado aos anseios e ao bem comum da coletividade, em uma tarefa de natureza prudencial.

Segundo deduz-se do pensamento de Melo[28], há necessidade de delimitar o objeto de estudo acerca da Justiça, entendida como valor atribuído por meio da manifestação social. Resta, então, à Política Jurídica examinar a Justiça como categoria cultural, isto é, como um valor que a Consciência Jurídica da Sociedade atribui à norma posta ou proposta.

Para atingir a *meta optata*, delinear-se-á o perfil do futuro aplicador da lei ao caso concreto, tendo claro em mente que se trata de um processo verdadeiramente criativo. Para tanto, há de se perseguir, de maneira efetiva e eficaz, *o* Direito que deve ser, encarado como um fenômeno histórico, um ingrediente originário das experiências sociais, um produto cultural da humanidade. Quanto à questão produção jurisdicional do direito positivo, Cappelletti[29] sustenta a possibilidade de o juiz agir como um verdadeiro agente criador do Direito, e, como tal, transformador da Sociedade. O novo juiz poderá e deverá, em certas circunstâncias, exercer o papel de criador do Direito, eis que se lhe for negada essa possibilidade a situação equivaleria à negação da interpretação do texto legal.

Nesse diapasão, Cappelletti[30] retoma sua posição juspolítica, afirmando que o juiz é constrangido a ser legislador de Direito, pois é freqüentemente convocado a interpretar, integrar, plasmar, transformar e esclarecer o conteúdo da norma jurídica e, não raras vezes, a criar o direito *ex novo*. Hart[31] assinala que o julgador deve ter sempre determinados motivos gerais para justificar suas razões, agindo como um legislador consciencioso, de acordo com suas crenças e valores. Nessa senda, é a ponderação de Melo[32], segundo a qual é possível, ao *político do direito*, operar com *qua-*

tro concepções de política jurídica com conceitos racionais de justiça: "1- Justiça como ideal político de liberdade e de igualdade [...]; 2- Justiça como relação entre as reivindicações da sociedade e da resposta que lhes dê a norma [...]; 3- Justiça como a correspondência entre o conhecimento científico sobre o fato (conhecimento empírico da realidade) e a norma em questão [...]; 4- Justiça como legitimidade ética [...]".

Do futuro prolator de sentença, espera-se possa fundamentar sua decisão*, sempre pautado na Política Jurídica, em fontes dignas de inspiração* como nos *filósofos humanistas*, por estarem convictos de que o Direito é um fenômeno humano. Do novel magistrado, a ser plasmado no cadinho referido, espera-se venha a obrar como um profícuo *mediador de conflitos*, nos moldes descritos por Melo[33], isto é, a mediação vem-se tornando legitimada e eficaz, impulsionada pelos fatos da vida cotidiana.

O novo perfil do Juiz deve ser o de uma figura dinâmica. Contrariamente ao hermetismo dogmático da Ciência Jurídica, nos comentários de Souza[34], "o direito é dinâmico e reflete – em tese – a realidade da vida social; por isso, também evolui com ela". O social servirá de catalizador das transformações positivas.

Coelho[35] traça a silhueta do novel magistrado brasileiro como um ativo operador jurídico, com o olhar voltado à realidade social. Finalmente, registra-se que cabe ao juiz idealizado buscar as concepções básicas que, na preleção de Souza[36], constituem o imaginário coletivo e seus signos, cuja atenção se volta para a práxis social.

O elo que vincula a área de saber da Política Jurídica encontra fundamentos no conceito de Justiça, que a seguir passa-se a examinar.

4 – O conceito de justiça em Kant como meio de criação judicial do direito

Kant teoriza a idéia do Direito, a partir do que chama Sistema da Metafísica dos Costumes. Tomado esse sistema como gênero, o filósofo distingue Princípios Metafísicos da Ciência do

Direito e Princípios Metafísicos da Ciência da Moral.[37] Releva assinalar que tanto um como outro dos princípios metafísicos acima referidos partem da concepção de Direito, como pura abstração racional. Um dos temas mais complexos da Filosofia de Kant consiste no reconhecimento de que o Direito, como ciência, classifica-se em Direito Natural e Direito Positivo.[38] O primeiro fundase em princípios *a priori*. Caygill explica que o Direito Natural em Kant não corresponde à tradição da cultura medieval aristotélica, fundada em princípios divinos.[39] O Direito Natural para Kant corresponde ao Direito que não integra o Direito legislado. O Direito Natural tem criação *a priori* pela razão.[40] A segunda modalidade de Direito corresponde ao Direito Positivo.[41] Kant observa que se torna impossível estabelecer o conceito do Direito a partir do Direito Positivo. Por mais que se investigue o Direito numa visão empírica, a partir de sua aplicação em casos práticos, vividos na experiência, tais fragmentos da realidade jamais fornecem elementos para um conceito universal. A visão do Direito, diante das múltiplas formas e variações de natureza empírica, não permite a elaboração da idéia do Direito em sentido universal. Diante dessas observações, Kant desenvolve a idéia do conceito *a priori* pela razão.[42] Em sentido amplo, entende-se por demonstração *a priori* aquela na qual toda proposição apresenta enunciado universal e necessário. Para a lógica do pensamento de Kant, demonstração *a priori* designa a forma pensada, gerada puramente pelo intelecto e vinculada a certa proposição necessária e universal.[43] O conceito a *priori* não leva em conta a experiência prática, visto ser algo criado puramente por atividade da razão. O conhecimento *a priori* consiste na demonstração de um objeto dado, em sentido abstrato, e demonstrado por enunciados que não se apóiam na experiência. As idéias formuladas por Kant, ora apresentadas em forma de síntese, constituem os fundamentos teóricos para o conceito de Justiça e do Direito.

A concepção de justo, na teoria de Kant, vincula-se à liberdade. Tem-se por justa a ação quando esta não ofende a liberdade do outro, segundo as leis universais.[44] Considera injusta a

ação que viola a liberdade de uma pessoa. Kant assinala que a moral exige, de cada um, que adote suas ações em conformidade com o Direito. Significa que a pessoa é a legisladora de sua liberdade segundo a existência de uma lei universal do Direito. Mencionada lei universal tem o seguinte enunciado: "age, exteriormente, de modo que o livre uso de teu arbítrio possa se conciliar com a liberdade de todos, segundo uma lei universal."[45] Trata-se de lei teórica criada pela razão pura. Releva assinalar que a lei universal volta-se para a ação prática. Por essa linha de entendimento, toda a ação individual submete-se à lei universal. Por regular ação prática externa, com respeito à liberdade dos demais membros da Sociedade, o conceito apóia-se em lei da fundamentação moral. Kant elabora inúmeras leis universais, dentre as quais destaca-se: "devo proceder sempre, de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal"[46]. Constituem máximas ou princípios práticos ou subjetivos. A razão legisladora elabora regras válidas para a pessoa humana agir, não segundo sua vontade, mas orientado pela razão. Assim, todo ser racional constitui o legislador de suas ações de liberdade, porém, submetido à lei universal da liberdade. Um dos fundamentos da razão legisladora consiste na idéia, segundo a qual, a máxima não se apóia na experiência.

Silva[47], em estudos que desenvolve sobre Kant, observa: "A vontade legisladora da liberdade moral deve corresponder à lei universal […]. Segundo o pensamento Kantiano, a lei jurídica define os limites da liberdade externa do cidadão em correspondência com a liberdade externa de todos". Entre os deveres do Direito, Kant recorre ao pensamento de Ulpiano[48], com as seguintes três máximas: 1ª "Sê homem honrado (*honeste vive*). A honradez em direito (*honestas juridica*) consiste em manter nas relações com os outros homens a dignidade humana, dever que se formula assim: 'não te entregues aos demais como um instrumento puramente passivo; procura ser para eles ao mesmo tempo um fim'"; 2ª "Não faz dano a terceiros (*neminem laede*), mesmo quando para isso tenhas que renunciar à Sociedade dos outros homens e fugir de toda a Sociedade Humana"; e 3ª "Entra (se não podes evitá-lo) com os homens em uma Sociedade em

que cada um possa conservar o que lhe pertence (*suum cuique tribue*)".

A seguinte concepção de Justiça em Kant tem correspondência com a lei criada, formalmente, pela Sociedade política. O filósofo chama de "leis suscetíveis de legislação exterior".[49] O conceito de Direito criado por Kant funda-se na lei exterior, ou seja, aquela formulada pelo legislador. O conjunto de leis dessa categoria pertence à Ciência do Direito Positivo. Kant conceitua o Direito o conjunto de leis que em determinada Sociedade prescreve modo de agir das pessoas, para atuar em certo lugar e tempo.[50] O Direito nessa concepção traz implícito o sentido de dever. Tem o caráter abstrato e se dirige para todos os membros da Sociedade. A liberdade na Metafísica do Direito importa o respeito à liberdade do outro. Por essa concepção, só há liberdade onde há o Direito. Kant denomina Ciência do Justo aquela que corresponde à Ciência do Direito.[51] O filósofo revela que o Princípio Universal do Direito corresponde ao seguinte: "É justa toda ação que por si, ou por sua máxima, não constitui obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos como a liberdade de cada um segundo leis universais". Agrega-se ao Princípio Universal do Direito a noção de obrigatoriedade. Por esse entendimento, aquele que desrespeita uma obrigação imposta pelo Direito comete ato de injustiça. Observado o princípio da obrigação que rege as pessoas que integram a Sociedade, outro princípio nasce desse raciocínio, o princípio da obrigação e do respeito mútuo. Trata-se de forma de exercer a liberdade em sentido recíproco.[52] Kant observa que a lei dotada de comando de obrigação mútua dirige-se, em abstrato, para todas as pessoas. Cada um em particular tem o direito de usar a liberdade, porém subordinado ao princípio geral da liberdade.[53]

Constituem espécies de Justiça para o autor: justiça comutativa, pertencente à esfera do Direito Privado e justiça Distributiva, integrante ao Direito Público.

A construção do conhecimento *a priori* kantiano, conforme Silva[54], "serve de fundamento à teorização da justiça. Significa que o conceito de justiça revela-se puramente no campo da abstração". Equivale a pensar que o conceito de justiça forma-se pelo

entendimento puro da razão. A leitura da filosofia de Kant conduz ao entendimento de que o conceito de Direito passa pela idéia de razão, de Justiça.[55] Por igual caminho, resulta a idéia do Direito como expressão da vontade humana, consagrada em leis positivas. O descumprimento das leis de caráter imperativas gera o injusto, segundo a vontade da Sociedade política. A seguinte concepção do Direito volta-se ao sentido natural, pelo qual toda pessoa humana o detém. Kant chama essa concepção de Direito Natural por ser obra da razão humana. Aquele que, voluntariamente, não observa um enunciado ditado pela razão legisladora ofende a justiça moral.

Considerações finais

As políticas públicas do ensino do Direito nos Cursos de Graduação em Direito no Brasil necessitam, com urgência, de tomada de decisão política. Objetivamente, há necessidade de se romper com o tradicional método do ensino jurídico. Dentre as reformas colocadas em discussão destaca-se a utilidade de implantação de sistema educacional que conduza a métodos de visão crítico-reflexiva do Direito. O fenômeno social, visto do ângulo jurídico, exige a integração de outras áreas do conhecimento humano, notadamente, o antropológico, o social, o ético, o político e o psíquico. O Direito como fenômeno cultural não pode dispensar o concurso da Filosofia do Direito.

Dentre as duas concepções de justiça estudadas na Filosofia de Kant opta-se pela que decorre do Direito Positivo. Privilegia-se, para o presente estudo, a noção de Justiça que dimana do conceito do Direito Positivo. Assim, considerado o Direito Positivo como o conjunto de leis abstratas, criadas pela razão humana, que atuam, imperativamente sobre as pessoas em Sociedade, constitui a única fonte do Direito. A concepção de Justiça que decorre desse entendimento não possui qualquer relação com a Idéia de Justiça moral, própria do Direito Natural.

Enfim, realça-se a importância da Política Jurídica. Por sua função epistemológica, à Política Jurídica incumbe a tarefa de construir, seja pela Ciência, seja pela Filosofia, conhecimentos críticos sobre o Direito Positivo. Dentro do binômio Utilidade e

Legitimidade, a Política Jurídica busca explicações sobre a Idéia de Justiça, os limites políticos, sociais, econômicos e antropológicos das leis. Não escapa à Política Jurídica o estudo da relação entre Direito e Ética, Direito e Moral e Ética e Justiça.

Notas

[1] Doutorando em Ciências Jurídicas do CPCJ/PDCJ/Univali. Mestre em Direito pela UFSC. Especialista em Instituições Políticas e Jurídicas pela UFSC. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Cruz Alta. Pesquisador do PIPG (Programa Integrado de Pós-Graduação e Graduação) do CPCJ/Univali. Professor Orientador do EMA (Escritório Modelo de Advocacia) do Cejurps, da Univali.

[2] Doutor e Mestre em Direito de Estado pela UFSC. Professor dos Programas de Doutorado do Curso de Pós-Graduação (*Stricto Sensu*) em Ciência Jurídica do CPCJ/Univali. Professor Orientador do PIPG (Programa Integrado de Pós-Graduação e Graduação) do CPCJ/Univali.

[3] A *Idéia de Justiça* corresponde ao sentimento do *justo*, envolve valores socialmente estabelecidos e inclui o *dever ser*, ou seja, é um fenômeno detentor de um forte conteúdo normativo. É o elemento constitutivo da construção teórica do conceito de direito. De acordo com a idéia do *justo*, todos devem ser igualmente contemplados com os bens da vida e os produtos da atividade social (ROSA, Augusto de Miranda. *Direito, justiça e ideologia,* p. 27 a 32).

[4] *Política Jurídica* é a disciplina que tem por objetivo o direito *que deve ser*, opondo-se à meta da Dogmática Jurídica que é a mera aplicação do *direito positivo*. Corresponde, ainda, aos procedimentos destinados à elaboração da norma, à correção, à alteração ou à proposta de normas jurisprudencial, com adequação aos valores jurídicos (MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. p. 77).

[5] C*riação Judicial do Direito* é a lógica da decisão judicial, que não se limita à pura aplicação da dogmática jurídica na solução dos litígios, mas que permite ao juiz, como político do direito, decidir com eqüidade, com bom senso, procurando substituir o princípio dogmático *dura lex, sed lex*, pelo *princípio da justiça*, sempre atento ao contexto axiológico, considerando os valores incorporados à Sociedade (COELHO, Luiz Fernando. *Introdução à crítica do direito.* p. 122).

[6] *Dogmatismo* significa uma atitude de acatamento acrítico e submissão do jurista ao estabelecido como Direito Positivo, que desempenha sempre a função de dogma (ANDRADE, Vera Regina de. *Dogmática jurídica*, p. 74).

[7] *Ideologia* é um contexto político-jurídico, conjunto de idéias, crenças e valores que orientam a escolha de alternativas e influenciam positiva ou negativamente a produção normativa e a formação da Consciência Jurídica Social (MELO, Osvaldo Ferreira. *Dicionário de Política Jurídica*, p. 49).

[8] RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Ensino jurídico para que(m)*, p. 29.

[9] RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Ensino jurídico para que(m)*, p. 29.

[10] PASOLD, Cesar Luiz. *Reflexões sobre o poder e o direito*, p. 89 a 92.

[11] MAROCLO, Luiz Carlos (Org.). *Ensino jurídico*: balanço de uma experiência, p. 10 e 11.

[12] MAROCLO, Luiz Carlos (Org.). *Ensino jurídico*: balanço de uma experiência, p. 43 a 49.

[13] ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, p. 317 a 321.

[14] SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Juizado de pequenas causas*, p. 20.

[15] AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, p. 67.

[16] NALINI, José Renato (Org.). *Formação jurídica*, p.128 e 129 e 147 e 148.

[17] MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 37.

[18] CASTRO, Honildo Amaral de Melo. *Justiça, Judiciário e Escola de Magistratura*, p. 289.

[19] CASTRO, Honildo Amaral de Melo. *Justiça, Judiciário e Escola de Magistratura,* p. 302.

[20] CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia jurídica*: ética e justiça, p. 49 e 50.

[21] ANDRADE, Lédio Rosa de. *Introdução ao direito alternativo*, p. 94.

[22] SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do direito*, p. 94 e 95.

[23] MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*, p. 129.

[24] MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*, p. 81.

[25] MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*, p. 17.

[26] OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da política jurídica*: propostas epistemológicas para a política do direito, p. 152.

[27] OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da política jurídica*: propostas epistemológicas para a política do direito, p. 127.

[28] MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*, p. 108 e 109.

[29] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 73.

[30] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?,* p. 73 a 75.

[31] HART, Herbert L. A. *O conceito de direito,* p. 336.

[32] MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*, p. 108 e 109.

[33] MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*, p. 100.

[34] SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do direito*, p. 17.

[35] COELHO, Luiz Fernando. *Introdução à crítica do direito*, p. 160.

[36] SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do direito*, p. 17.

[37] KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, p. 46.

[38] KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, p. 55.

[39] CAYGILL, H. *Dicionário de Kant,* p. 103.

[40] CAYGILL, H. *Dicionário de Kant,* p. 103.

[41] KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, p. 55.

[42] KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, p. 30.

[43] KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, p. 24.

[44] KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, p. 13.

[45] KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, p. 47.

[46] KANT, II. Textos Selecionados. p. 115.

[47] SILVA, Moacyr Motta da. *Direito, justiça, virtude moral & razão*, p. 109.

[48] KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, p. 54. Biogr. [Domitius Ulpiano (170-228). Jurisconsulto romano. Exerceu as funções de Prefeito do Pretório e Ministro de Alexandre Severo. Morreu assassinado. Suas obras figuram nas *Pandectas*, coleção de antigos jurisconsultos romanos, que se converteram em lei, chamadas também de *Digesto* de Justiniano].

[49] KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*, p. 44.

[50] KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito,* p. 45.

[51] KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito,* p. 44.

[52] KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito,* p. 47.

[53] KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito,* p. 48.

[54] SILVA, Moacyr Motta da. *Direito, justiça, virtude moral & razão*, p. 109 a 116.

[55] KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito,* p. 53.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Lédio Rosa de. *Introdução ao direito alternativo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 341 p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 118 p.

AZEVEDO, Planto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989. 79 p.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. 134 p.

CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia jurídica*: ética e justiça. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. 180 p.

CASTRO, Honildo Amaral de Mello. *Justiça, Judiciário e Escola de Magistratura*. São Paulo: Bertbook, 2001. 331 p.

CAYGILL, H. *Dicionário de Kant.* Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2000. 353 p.

COELHO, Luiz Fernando. *Introdução à crítica do direito*. Curitiba: Livros HDV, 1983. 212 p.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1966. 348 p.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito.* 2. ed. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. 224 p.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 3. ed. Trad. J. Rodrigues de Merege. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. 214 p.

KANT, II. Textos Selecionados. Prolegômenos – Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução Tânia Maria Bernkopf *et al*. São Paulo: Abril Cultural. Os Pensadores, 1980, 295 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. 167 p.

MAROCLO, Luiz Carlos (Org.). *OAB: Ensino jurídico:* balanço de uma experiência. Distrito Federal: OAB, 2000. 245 p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. Florianópolis: OAB/SC, 2000. 104 p.

— *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Fabris/CPGD-UFSC, 1994. 136 p.

MORA, José Ferrater. *Diccionário de filosofia*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994. Tomo III. 2002 p.

NALINI, José Renato (Org.). *Formação jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 173 p.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da política jurídica*: propostas epistemológicas para a política do direito. Itajaí: Univali, 2001. 332 p.

PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica*: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 8. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003. 243 p.

— *Reflexões sobre o poder e o direito*. Florianópolis: Estudantil, 1986. 92 p.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Ensino jurídico para que(m)?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. 158 p.

ROSA, Felippe Augusto de Miranda. *Direito, justiça e ideologia.* Florianópolis: Achiamé, 1980. 60 p.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia.* 3. ed. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires, 1974. 375 p.

SILVA, Moacyr Motta da. *Direito, justiça, virtude moral & razão.* Curitiba: Juruá, 2003. 200 p.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Juizado de pequenas causas*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985. 40 p.

SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1991. 123 p.

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E MINISTÉRIO PÚBLICO[1]

Clèmerson Merlin Clève*

"Não devemos parar de explorar e o fim de toda nossa exploração será chegar ao ponto de partida e conhecer o lugar pela primeira vez" (T. S. Eliot).

1. Introdução

Está em pauta a discussão a propósito da legitimidade do exercício, por membros do Ministério Público, de atividades de investigação dirigidas à apuração de infrações criminais[2].

* *Professor Titular das Faculdades de Direito da UniBrasil e da UFPr. Mestre e Doutor em Direito. Pós-graduado pela* Université Catholique de Louvain *(Bélgica). Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPr. Autor, entre outras obras, de* A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. *Procurador do Estado e advogado em Curitiba.*

1 Agradeço à advogada Alessandra Ferreira Martins, responsável pelo Departamento de Pesquisa do Escritório Clèmerson Merlin Clève Advogados Associados, pela preciosa colaboração no processo de elaboração do presente texto.

2 Cf. BARROSO, Luís Roberto. Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Parecer disponível na Internet em: <*http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/spi_investigadireta2*>. Acesso em: 23-8-2004; STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição*: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janei-

Decisão paradigmática sobre o tema está para ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade aforada contra dispositivos da Lei Federal n. 8.625 de 12 de fevereiro de 1993 e da Lei Complementar n. 75 de 20 de maio de 1993, que contemplam, entre as atribuições do Ministério Público, a realização de diligências investigatórias. Há outros feitos, igualmente tramitando perante a Excelsa Corte, que envolvem deliberação sobre a matéria.

A polêmica que ora se estabeleceu nos meios de comunicação de massa já era observada na seara jurídica. Tomando-se apenas julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, temos que neste a posição dominante sobre a competência investigatória do Ministério Público manifesta-se em sentido positivo[3], enquanto naquele caminha em sentido distin-

ro: Forense, 2003; LOPES Jr, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá Editora, 2004; ROXIN, Claus. *Posición jurídica y tareas futuras del ministerio publico In* MAIER, Julio B. J. *El Ministerio Público en el Processo Penal.* Buenos Aires: *Ad hoc* s.r.l., 2000, p. 37-57; MESQUITA, Paulo Dá. Notas sobre inquérito penal, polícias e Estado de Direito Democrático (suscitadas por uma proposta de lei dita de organização de investigação criminal). *Revista do Ministério Público*, Lisboa, abr./jun. 2000, p. 137-149; CHOUKR, Fauzi Hassan. O relacionamento entre o Ministério Público e a polícia judiciária no processo penal acusatório. Disponível na Internet em: *www.mundojuridico.adv.br*; MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ministério Público e poder investigatório criminal. Disponível na Internet em: *www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1055*. Acesso em 23-8-2004.

3 Recurso Especial n. 331.903/DF (2001/00844503) rel. Min. Jorge Scartezzini. Julgado em 25 de maio de 2004. "Ementa: REsp — Penal e processo penal — Poder investigativo do Ministério Público — Provas ilícitas — Inocorrência — Trancamento da ação penal — Impossibilidade. — A questão acerca da possibilidade do Ministério Público desenvolver atividade investigatória objetivando colher elementos de prova que subsidiem a instauração de futura ação penal, é tema incontroverso perante esta eg. Turma. *Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 129, I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva da polícia judiciária, seria incorrer-se em impropriedade, já que o titular da Ação é o Órgão Ministerial. Cabe, portanto, a este, o exame da necessidade ou não de novas colheitas de provas, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça mera-*

to[4], tratando-se, não obstante, de entendimento ainda não pacificado[5].

Não é o caso, aqui, de levantar todas as razões, jurídicas e extrajurídicas, que levaram determinados operadores jurídicos a questionar a legitimidade da atuação do Ministério Público quando suas atividades investigatórias bem sucedidas resultaram em material probatório consistente para a provocação da jurisdição penal. Convém limitar a abordagem ao campo técnico-jurídico, no qual a atividade investigatória do Ministério Público vem sendo combatida basicamente com dois argumentos: tal atividade a) não residiria, a partir da leitura da Constituição, entre suas funções, motivo pelo qual o *Parquet* não ostentaria atribuição no sítio investigatório, particularmente em matéria criminal (eventual atuação importando, por isso mesmo, em ofensa ao princípio do devido processo legal); *b)* a investigação criminal constitui função

mente informativa, pode o MP entendê-la dispensável na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal" (g. n.). Cf. Recurso Ordinário em HC n. 15.507/PR (2003/0232733-3) rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. Julgado em 28 de abril de 2004 e Recurso Ordinário em HC n. 12.871/SP (2002/0058385-0). Rela. Mina. Laurita Vaz. Julgado em 13 de abril de 2004.

4 RHC n. 81.326/DF. Relator: Min. Nelson Jobim. Ementa: "Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Ministério Público. Inquérito administrativo. Núcleo de investigação criminal e controle externo da atividade policial/DF. Portaria. Publicidade. Atos de investigação. Inquirição. Ilegitimidade. 1. Portaria. Publicidade. A Portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que tange à publicidade, não foi examinada no STJ. Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes. 2. Inquirição de autoridade administrativa. Ilegitimidade. A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do *parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido". Informativo STF n. 314.

5 Cf. n. MS n. 21729/DF (DJ 19-10-2001) rel. Min. Marco Aurélio; HC n. 75769/MG STF (DJ 28-11-97) rel. Min. Octávio Gallotti; HC n. 77371/SP STF (DJ 23-10-98) rel. Min. Nelson Jobim; HC n. 80948/ES (DJ 19-12-2001) rel. Min. Néri da Silveira; HC n. 81303/SP (DJ 23-8-2002) rela. Mina. Ellen Gracie.

exclusiva da polícia judiciária; por isso, o *Parquet* não poderia atuar nesse sítio sem ofensa ao princípio da separação dos poderes. Os argumentos decorrem de um específico modelo de interpretação constitucional que leva em conta, basicamente, a literalidade do texto normativo.

A idéia neste texto não é apontar quem é melhor para apurar infrações criminais, o policial ou o membro do Ministério Público. Não se trata, sem mais, de aderir a esta ou àquela tese. Trata-se, antes, de oferecer alguns elementos para a melhor compreensão do arranjo constitucional, envolvendo a competência dos órgãos dotados de dignidade constitucional, implicando isso, daí sim, tomada de posição. Cumpre, então, tecer breves comentários sobre o ponto chave da questão, qual seja, a interpretação constitucional.

2. Interpretação constitucional

As relações sociais hodiernamente travadas não raras vezes ensejam demandas complexas, cuja tutela jurisdicional adequada só pode ser aventada com o manejo de técnicas arrojadas de interpretação constitucional.

Nota-se uma mudança no campo metodológico que orienta a prática constitucional na busca de um modelo hermenêutico que permita conferir a dinamicidade necessária ao texto para potencializar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais e realizar as promessas constitucionais. Nesse passo, texto e norma deixam de manter uma relação unívoca e absoluta[6]. O texto é

6 "De um lado, a compreensão do significado como o conteúdo conceptual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um

o universo sobre o qual se debruça o operador jurídico. A norma, não se confundindo com o texto, é o resultado da operação hermenêutica.

Nos últimos anos, evidenciados os limites do positivismo, seja ele de matriz exegética, seja ele de matriz normativo-kelseniana, operou-se um deslocamento no campo das técnicas de interpretação, de molde a, especialmente nos *casos difíceis*, voltar o horizonte da ação à *razão prática*. Agora, portanto, além do exercício da *subsunção* ou da *categorização*, o intérprete haverá de manejar os recursos da argumentação e da ponderação para a resolução dos complexos problemas que se apresentam na sociedade contemporânea (*tecnológica, de informação, pós-industrial, em rede, de risco* etc.) insuscetíveis de enfrentamento a partir de um padrão metodológico próprio de sociedades e discursos constitucionais menos complexos.

Superado o *paradigma da consciência*, está-se, agora, a operar sob o influxo do *paradigma da linguagem*, exigente de um renovado papel para os operadores jurídicos:

"Como as Constituições na sociedade heterogênea e pluralista, repartida em classes e grupos, cujos conflitos e lutas de interesses são os mais contraditórios possíveis, não podem apresentar-se senão sob a forma de compromisso ou pacto, sendo sua estabilidade quase sempre problemática, é de convir que a metodologia clássica tinha que ser substituída ou modificada por regras interpretativas correspondentes a concepções mais dinâmicas do método de perquirição da realidade constitucional"[7].

A *força normativa* da Constituição depende grandemente da atualidade de suas normas para gerar a identidade dos diferentes grupos sociais que nela apostam suas esperanças.

---

processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, *a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto*" (g. n.) ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23.

7 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 494.

"[...] perde força hermenêutica qualquer interpretação que busque no desenvolvimento histórico da formação de determinado instituto a construção de uma *mens legislatoris* ou *mens legis*. Tal procedimento, de índole marcadamente historicista, mostra-se antitético com o que contemporaneamente se entende por hermenêutica. Quer-se dizer, o historicismo esbarra nos câmbios de paradigma; no caso do Direito, esse câmbio é evidenciado pelo advento de uma nova Constituição.

"A validade do 'método histórico', nos termos em que está colocado, poderia levar o processo hermenêutico à produção de decisões absolutamente desconectadas da realidade"[8] (g. n.).

É nesse quadro que as mais polêmicas questões afetas às prescrições normativas devem ser resolvidas. E o poder de investigação criminal do Ministério Público aí se apresenta. Cumpre lembrar que a instituição ministerial passou por profunda alteração funcional com o advento da Constituição Federal de 1988, já que no sistema anterior apresentava-se dependente do Poder Executivo. Diante disso, determinadas concepções acerca de suas atribuições não se coadunam com o paradigma democrático então instituído, demandante de constante afirmação. Daí por que não se deve compreender as funções ministeriais apartadas das transformações felizmente operadas com o sistema constitucional vigente[9].

Aliás, também a seara penal vem sofrendo mudanças necessárias para acompanhar as novas demandas sociais e refrear

8 STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição*: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 69-70.

9 É de transcrever aqui apontamento particularmente feliz de Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. Revista Forense* 304/152) sobre a postura dos juristas que operam interpretação com olhos voltados para o passado. "Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se o véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica".

o avanço de condutas criminosas aperfeiçoadas com a velocidade da modernização tecnológica. Não é crível que o Código de Processo Penal seja interpretado, ainda, sem levar em conta o processo de mutação desencadeado pela nova Constituição. É preciso sintonizar a legislação processual-penal com o texto constitucional, operar a sua constitucionalização, fazer vazar as conseqüências da *filtragem constitucional*, realizar, enfim, a leitura da lei com os olhos voltados para a Constituição e para o futuro.

A aplicação da lei penal e processual penal tem por escopo oferecer solução para as condutas desviantes, sempre tipificadas, atentatórias aos valores e bens, reconhecidos pela normatividade constitucional, que dão base à organização social. Para operacionalizar a atividade do Estado no sítio considerado, a Constituição cria órgãos e instituições, retirando do cidadão a possibilidade de manifestar ação de caráter persecutório, enfim, de fazer justiça com as próprias mãos. O Constituinte, portanto, confere ao Estado o monopólio de tal relevante ação. A paz social fica, é indubitável, em grande parte dependente da eficiência e eficácia dos métodos postos em prática pela estrutura estatal. Diante de semelhante circunstância, é natural que as instituições e os órgãos públicos incumbidos da fundamental tarefa possam contar com recursos e preparação adequados ao salutar atendimento das vítimas e à persecução, nos termos da lei, dos acusados de transgressão. A separação de funções nesse campo é instrumental, e assim deve ser considerada.

Traçado esse breve panorama, é possível perceber que a questão sobre a legitimidade da apuração de infrações criminais pelo Ministério Público deve ser avaliada com adequada dose de cuidado, isso para que não se reduza à significação de uma disputa contaminada por eventuais interesses intra-orgânicos em tudo distante do necessário compromisso com a realização dos postulados do Estado Democrático de Direito.

As normas constitucionais que disciplinam as funções do Ministério Público e também de outros órgãos e instituições estatais formam um *sistema*, significando isso que sua correta compreensão envolve esforço maior do que o consistente na singela leitura (interpretação simples e literal) das disposições

constitucionais pertinentes. O sistema em questão abriga disposições que orientam a evolução dinâmica de sentidos decorrente das mudanças operadas no plano da *faticidade*. O correto entendimento da matéria, portanto, envolve operação hermenêutica capaz de testar e, mais do que isso, superar o aprisionamento do território da *pré-compreensão*.

3. Uma questão de cooperação permanente e compartilhamento eventual

3.1. Investigação e acusação no juizado de instrução

A importância da devida interpretação das disposições constitucionais avulta quando se percebe, entre os argumentos na linha da ilegitimidade dos procedimentos investigatórios promovidos por membros do Ministério Público, a tentativa de petrificar os debates ocorridos no Congresso Constituinte em prejuízo da Constituição mesma. Como se sabe, o Constituinte, à época, recusou proposta no sentido de instituir-se, entre nós, o sistema de juizados de instrução. Esse é um fato. Mas daí não é possível extrair como conseqüência a idéia segundo a qual foi implantado, para a polícia judiciária, o monopólio das atividades investigatórias, quando na esfera criminal.

O juizado de instrução constitui modelo de investigação processual penal, adotado em alguns países europeus, no qual se manifesta rígida separação entre as funções de *acusação e instrução*. A separação, ensejada por razões históricas, deixa a cargo do promotor ou do procurador a acusação, a cargo do juiz a promoção da instrução e a cargo de outro órgão jurisdicional o julgamento. De modo que quem instrui não julga. É verdade que tal modelo foi sensivelmente modificado na atualidade, mas é preciso ressaltar, por outro lado, que mesmo aí não se opera separação rígida entre as funções de *acusação* e *investigação*, como se poderia imaginar.

Em alguns países que adotam o juizado de instrução, não é permitido ao membro do Ministério Público realizar a instrução, já que essa função é privativa do juiz. Este, detentor de amplos po-

deres, pode ordenar uma série de diligências para garantir a segura apuração do delito, como determinar a prisão preventiva, escutas telefônicas, busca e apreensão etc.

O Ministério Público, como órgão acusador, não tem poderes para promover a instrução criminal no sistema de juizados de instrução, nem no sistema processual penal brasileiro. Aqui, tanto o Ministério Público quanto a polícia judiciária devem (e é bom que continue assim) solicitar ao juiz medidas de maior gravidade que possam afetar direitos fundamentais. Entenda-se que isso não significa que o órgão ministerial esteja proibido de investigar, mas sim de promover a instrução do processo penal.

É preciso notar, não obstante, que o juizado de instrução vem cedendo passo a outro sistema no qual o Ministério Público é responsável pela investigação preliminar[10]. Nesse sentido, afirma Aury Lopes Jr:

"A instrução preliminar a cargo do MP tem sido adotada nos países europeus como um substituto ao modelo de instrução judicial anteriormente analisado (juizado de instrução). Neste sentido, a reforma alemã de 1974 suprimiu a figura do juiz instrutor para dar lugar ao promotor investigador. A partir de então, outros países, com maior ou menor intensidade, foram realizando modificações legislativas nessa mesma direção, como sucedeu, *v.g*,

10 O Comitê de Ministros do Conselho da Europa aprovou e encaminhou aos Estados Membros a Recomendação – Rec (2000)19 – sobre o papel do Ministério Público no sistema de justiça penal, que dispõe: "1. O 'Ministério Público' é uma autoridade pública encarregada de zelar, em nome da sociedade e no interesse público, pela aplicação da lei, quando o incumprimento da mesma implicar sanção penal, tendo em consideração os direitos individuais e a necessária eficácia do sistema de justiça penal. 2. *Em todos os sistemas de justiça penal, o Ministério Público: — decide se deve iniciar ou prosseguir um procedimento criminal*; — exerce a ação penal; — pode recorrer de todas ou algumas decisões. 3. Em determinados sistemas de justiça penal, o Ministério Público também: aplica a política criminal nacional, adaptando-a, quando for o caso disso, às realidades regionais e locais; — *conduz , dirige ou fiscaliza o inquérito*; [...] 16. O Ministério Público deve, em qualquer caso, estar em condições de proceder criminalmente, sem obstrução, contra agentes do estado, por crimes por estes cometidos, particularmente de corrupção, abuso de poder, violação grave dos direitos humanos e outros crimes reconhecidos pelo direito internacional" (g. n.).

na Itália (1988) e em Portugal (1995). Na Espanha, a Lei Orgânica (LO) 7/88 que instituiu o procedimento abreviado deu os primeiros passos nessa direção, ao outorgar ao *fiscal* maiores poderes na instrução preliminar"[11].

Ora, o debate constituinte do qual não resultou, entre nós, a adoção do sistema do juizado de instrução não é determinante para a solução da questão da constitucionalidade da atuação do Ministério Público, envolvendo a realização de certas diligências em investigação criminal. *Primeiro*, pela ressalva da interpretação constitucional adequada; *segundo* porque mesmo que tivesse sido adotado tal modelo, não se impediria a controvérsia instaurada, que está cingida ao binômio acusação/investigação, e não ao binômio acusação/instrução.

Não é demais lembrar, com Lenio Streck e Luciano Feldens, que "[...] a partir da superação da hermenêutica clássica, que trabalha(va) com a idéia de que interpretar é extrair do texto o seu sentido (*Auslegung*), pela hermenêutica de cunho filosófico, *passou-se a entender que o processo interpretativo não é reprodutivo, mas, sim, produtivo*. Interpretar é, pois, dar/atribuir sentido (*Sinngebung*). Com isto, deixa de existir equivalências entre texto e norma e entre vigência e validade, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica.

"Desse modo, se o texto não 'carrega' a sua norma e se a vigência de um dispositivo não implica diretamente a sua validade, *é possível afirmar que textos anteriores à Constituição recebem automaticamente novas normas*, atribuíveis a partir do *topos* hermenêutico que é a Constituição de 1988. Sentidos jurídicos atribuídos a textos legais, por exemplo, em 1963 (Projeto RÁO), 1941 (Código de Processo Penal) e 1957 (decisão do STF da lavra de Hungria) *não se mantêm na contemporaneidade pós-Constituição de 198*8, pela profunda alteração do papel do Estado, da Constituição e, fundamentalmente, da função a ser exercida pelo Ministério Público"[12].

11 LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 85.

12 STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano, *op. cit.*, p. 67.

Afasta-se, portanto, o argumento de que a frustrada tentativa de adoção do modelo de juizado de instrução possa justificar a opção de atribuir, de forma monopolizada, a função de investigação – apartada da acusação – à polícia judiciária. A legitimidade das diligências investigatórias do Ministério Público decorre da nova ordem constitucional e nela deve ser compreendida.

Se das deliberações dos Constituintes não pode ser deduzida a proibição da ação ministerial no campo investigatório criminal, eis que tal ação decorre, naturalmente, da interpretação atualizada do texto constitucional vigente, com mais razão o mesmo ocorrerá quando em questão as deliberações do legislador ordinário. A efetividade da Constituição não pode ficar a mercê de contingentes interesses políticos, nem sempre concertados com os interesses sociais que legitimam os respectivos mandatos. Daí por que projetos de lei e mesmo projetos de emenda constitucional eventualmente não aprovados não constituem diretriz hermenêutica séria para justificar determinada interpretação do texto ou para fechar questão sobre assunto que assume importância vital para a sociedade. Inclusive porque, em muitos casos, antes de ostentarem natureza verdadeiramente constitutiva, apresentavam finalidade meramente explicitadora, declaratória de uma condição disputada mas, todavia, perfeitamente extraível do texto constitucional.

De outra banda, conjuga-se ao argumento do juizado de instrução a idéia de que uma separação absoluta entre as funções de acusação e investigação asseguraria a imparcialidade dos órgãos respectivos. Patente equívoco por julgar, primeiramente, toda a instituição em função de valores que só a personalidade de cada pessoa vai determinar. Em segundo lugar não há fundamento jurídico para se creditar mais imparcialidade a membros do Ministério Público ou da polícia judiciária, seja qual função exerçam. Uma análise mais detida da função acusatória do Ministério Público permite aferir que o intuito investigatório é, a partir de indícios de um fato típico, identificar e comprovar sua autoria e materialidade, seja a partir de notícia que lhe foi confiada direta-

mente, seja a partir de inquérito policial, ou, ainda, a partir de investigação cível própria que apontou emergência também de ilícito criminal.[13]

Não há uma distância abissal entre Ministério Público e polícia judiciária no exercício de suas respectivas atribuições, o que pode ser deduzido já da finalidade precípua de cada qual: — defesa da ordem jurídica democrática e preservação da ordem pública, respectivamente. Tais objetivos convergem na direção de outro maior: — a pacificação social por todos almejada, cuja efetivação demanda a conjugação de esforços.

3.2. Investigação e acusação no sistema constitucional brasileiro

Tem-se, então, que no modelo brasileiro não há divisão rígida, insuperável, entre as funções de investigação e acusação, de modo que ambas podem ser exercidas com responsabilidade pelos membros do Ministério Público. Isso não afasta a concepção segundo a qual aos órgãos é dada uma função precípua a ser devidamente exercida. No caso da instituição ministerial, reconhece-se como precípua a função acusatória desde que entendida, reitere-se, no contexto do Estado Democrático de Direito (a função acusatória não pode ser exercitada a qualquer custo, uma vez que o membro do *Parquet* é, antes de tudo, o fiscal da ordem jurídica e, portanto, da Lei e da Constituição). A investiga-

13 A concepção de imparcialidade merece cuidados e deve afastar posições ingênuas a respeito da natureza humana. Nesse sentido, a imparcialidade do Ministério Público, e de outros órgãos afins, deve ser compreendida em cotejo com a legalidade inerente às funções públicas. Por isso, alegações de impedimento de membros do Ministério Público nas ações em que realizaram diligências não são procedentes na jurisprudência pátria. Do Superior Tribunal de Justiça colhe-se o julgado: "RHC n. 8106/DF (1998/0089201-0). Rel. Min. Gilson Dipp. Ementa: Criminal. RHC. Abuso de autoridade. Trancamento de ação penal. Colheita de elementos pelo Ministério Público. Constrangimento ilegal não configurado. Liminar cassada. Recurso desprovido. Tem-se como válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar esclarecimentos ou diligenciar diretamente, visando à instrução de seus procedimentos administrativos, para fins de oferecimento da peça acusatória. A simples participação na fase investigatória, coletando elementos para o oferecimento da denúncia, não incompatibiliza o Representante do *parquet* para a proposição da ação penal" (DJ 4-6-2001).

ção pode ser entendida como atividade típica da polícia judiciária, mas nem por isso exclusiva.

É evidente que a apuração de infrações penais requer uma série de ações que podem dar-se no bojo de procedimentos variados, dentre os quais o inquérito policial é o mais comum. Mais comum, porque nem todos os procedimentos de investigação criminal preliminar substanciam inquéritos policiais. Cumpre ter clareza quanto a isso.

Não se resolve o problema que constitui objeto do presente texto a partir da definição do titular do inquérito policial. Ora, é inegável que tal procedimento integra a esfera das atividades da polícia judiciária. A questão de fundo é outra: — diz respeito à legitimidade do Ministério Público, por meio de seus próprios procedimentos, realizar, em determinadas circunstâncias muito bem justificadas, diligências investigatórias que venham a subsidiar a formação da convicção a propósito da necessidade de provocação da jurisdição penal.

É preciso afastar argumentos apaixonados que insistem numa equivocada pretensão do Ministério Público de substituir-se à polícia judiciária ou mesmo de presidir inquéritos policiais, pois não é disso que se trata. Não há substituição dos órgãos encarregados, em princípio, da investigação criminal. A polícia judiciária deve continuar responsável pelos inquéritos policiais, sendo certo que o Ministério Público haverá de realizar investigações em casos excepcionais, devidamente justificados, sem que isso possa significar o esvaziamento da esfera funcional da instituição policial.

Exercer a função de polícia judiciária não significa exclusivamente realizar inquéritos policiais, pois envolve outras atividades (apoio ao Poder Judiciário para cumprimento de decisões liminares ou definitivas, promoção da segurança de magistrados e funcionários da Justiça ameaçados em razão de suas funções etc.). De outra banda, o inquérito policial – uma das formas de investigação de infrações penais – constitui procedimento típico da polícia judiciária.

Além dos inquéritos policiais, diligências investigatórias podem ser realizadas no contexto de diversos outros procedimen-

tos promovidos por órgãos do Executivo, Legislativo ou Judiciário. É o caso do procedimento fiscal da Receita Federal para investigação do delito de sonegação fiscal[14], das diligências do COAF na apuração de "lavagem" de dinheiro[15], do inquérito judicial[16] [17], das diligências das Comissões Parlamentares de Inqué-

14 Lei n. 8.137 de 1990: "Art. 1° Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
"I — Omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; [...]
"V — negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. [...]
"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".

15 Lei n. 9.613 de 1998: "Art. 14. É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras — COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades. [...]
"§ 3º O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas.
"Art. 15. O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito".

16 DL n. 7.661 de 1945: "Art. 103. Nas vinte e quatro horas seguintes ao vencimento do dobro do prazo marcado pelo juiz para os credores declararem os seus créditos (artigo 14, parágrafo único, n. V) *o síndico apresentará em cartório, em duas vias, exposição circunstanciada, na qual, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença declaratória, e outros elementos ponderáveis, especificará, se houver, os atos que constituem crime falimentar, indicando os responsáveis e, em relação a cada um, os dispositivos penais aplicáveis*.
"§ 1° Essa exposição, instruída com o laudo do perito encarregado do exame da escrituração do falido (art. 63, n. V), e quaisquer documentos, concluirá, se for o caso, pelo requerimento de inquérito, exames e diligência destinados à apuração de fatos ou circunstâncias que possam servir de fundamento à ação penal.
"§ 2º As primeiras vias da exposição e do laudo e os documentos formarão os autos do *inquérito judicial* e as segundas vias serão juntas aos autos da falência" (g. n.).

17 Regimento Interno do STF: "Art. 42. O Presidente responde pela polícia do Tribunal. No exercício dessa atribuição pode requisitar o auxílio de outras autoridades,

rito[18], da investigação de prática de crime por magistrados realizada pelo próprio Poder Judiciário[19]. Portanto, as hipóteses de investigação criminal preliminar não se resumem aos inquéritos policiais, não constituindo, por isso mesmo, atividade exclusiva da polícia judiciária.

Afirmar que à polícia judiciária incumbe presidir o inquérito policial nada acrescenta ao debate, já que o Ministério Público quando promove certas diligências investigatórias não o faz mediante instauração de inquérito policial. Não há falar, portanto, em usurpação de competência. Trata-se, antes, de cooperação entre instituições para a consecução de objetivo comum, qual seja, diminuir a impunidade na seara mais delicada do contexto jurídico, que é a criminal.

Cooperação é imperativo constitucional[20] decorrente de diversas disposições constitucionais, inclusive da interpretação

---

quando necessário.
"Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.
"Art. 44. A polícia das sessões e das audiências compete ao seu Presidente.
"Art. 45. Os inquéritos administrativos serão realizados consoante as normas próprias".

18 Conferir artigo 58, § 3º da Constituição Federal: "As *comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores" (g. n.).

19 Lei Complementar n. 35 de 1979: "Art. 33 — São prerrogativas do magistrado: [...] IV — não estar sujeito a notificação ou a intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial; [...]
"Parágrafo único — Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação".

20 Não só no Brasil, como também em outros países, por exemplo, os europeus que adotaram a Recomendação Rec (2000)19, que dispõe: "15. A fim de favorecer a eqüidade e eficácia da política criminal, *o MP deve cooperar com departamentos e instituições do Estado*, na medida em que isso esteja de acordo com a lei. [...]

hodierna do princípio da separação de poderes. Sobre esse ponto, leciona Konrad Hesse:

"Objeto da divisão de poderes é, antes, positivamente uma ordem de colaboração humana, que constitui os poderes individuais, determina e limita suas competências, regula sua colaboração e, desse modo, deve conduzir à unidade do poder estatal – limitado. Essa tarefa requer não só um refreamento e equilíbrio dos fatores de poder reais, senão ela é também, sobretudo, uma questão de determinação e coordenação apropriada das funções, assim como das forças reais que se personificam nesses órgãos"[21].

Cumpre cotejar a hermenêutica até aqui desenvolvida com as normas constitucionais de regência da matéria a fim de que nem mesmo aos mais apegados à literalidade textual reste dúvida sobre a legitimidade das investigações realizadas pelo Ministério Público.

4. Competência constitucional e Ministério Público

O sistema constitucional, como se sabe, comporta normas explícitas e também implícitas, todas dotadas de idêntica hierarquia normativa. O arranjo das competências dos órgãos públicos não escapa a esse panorama. Tanto é assim que, tratando da repartição horizontal de competências, a melhor doutrina reconhece que a União dispõe de competências expressas e implícitas, sendo as últimas, em geral, vinculadas aos meios necessários para o devido exercício das primeiras.

Trata-se de reforçar a idéia de que a efetividade da Constituição está ligada, entre outros fatores, à interpretação que possibilite uma compreensão do sistema constitucional apropriada ao Estado Democrático de Direito. Significa não congelar o con-

23. *Os Estados onde a polícia é independente do Ministério Público devem tomar todas as medidas para garantir que haja uma cooperação adequada e eficaz entre o Ministério Público e a Polícia*" (g. n.).

21 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 369.

teúdo normativo no tempo ou no espaço (no texto literal dos dispositivos). Com toda propriedade, ensina Hesse:

"[...] em casos, para cuja resolução a Constituição não contém critérios unívocos, isto é, porém, em todos os casos de interpretação constitucional, a Constituição ou o constituinte, na verdade, ainda não decidiram, senão somente deram pontos de apoio mais ou menos numerosos incompletos para a decisão. Onde nada de unívoco está querido, nenhuma vontade real pode ser averiguada, senão, quando muito, uma presumida ou fictícia e, sobre isso, também todas as fórmulas de embaraço como, por exemplo, aquela da 'obediência pensante' do intérprete não são capazes de ajudar a superar"[22].

Essa construção do direito constitucional não gera controvérsia digna de atenção nas mais autorizadas doutrina e jurisprudência. Curioso, então, ignorá-la ou confrontá-la para recusar ao Ministério Público as competências instrumentais indispensáveis para operar, do modo mais eficiente e dentro da legalidade, as suas atribuições expressas, em particular a consistente na promoção da ação penal. Ele, afinal, é o *dominus litis*. Ora, a delimitação da esfera de atribuições constitucionais do Ministério Público não pode ser desenhada, ignorando-se a particularidade, razão pela qual doutrina e jurisprudência coerentes conferem à instituição a função de, em determinadas circunstâncias, realizar investigação preliminar criminal para melhor decidir acerca da necessidade de provocação da jurisdição criminal[23].

22 HESSE, Konrad; *op. cit.*, p. 57.

23 Ilustra-se com o seguinte julgado do STJ: Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 13.728/SP (2002/0161350-0) rel. Min. Hamilton Carvalhido. Julgado em 15 de abril de 2004. Ementa: Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual penal. Procedimento investigatório. Ministério Público. Legalidade.

"1. O respeito aos bens jurídicos protegidos pela norma penal é, primariamente, interesse de toda a coletividade, sendo manifesta a legitimidade do Poder do Estado para a imposição da *resposta penal*, cuja efetividade atende a uma necessidade social.

"2. Daí por que a ação penal é pública e atribuída ao Ministério Público, como uma de suas causas de existência. Deve a autoridade policial agir de ofício. Qualquer do povo pode prender em flagrante. É dever de toda e qualquer autoridade comunicar o crime de que tenha ciência no exercício de suas funções. Dispõe significa-

Desde outra parte, tem sido alegado em proveito da tese da ilegitimidade da investigação criminal promovida pelo Ministério Público que, de acordo com o art. 144 da Constituição Federal, a apuração de infrações penais é uma das atribuições exclusivas da polícia judiciária. Diante disso, restaria configurada uma indébita invasão de competência por parte do Ministério Público. Ocorre que, *in casu,* parte-se de premissa superável sobre o preceito constitucional invocado.

Transcreve-se o texto normativo:

"Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

"I – Polícia Federal;

"II – Polícia Rodoviária Federal;

"III – Polícia Ferroviária Federal;

"IV – Polícias Civis;

"V – Polícias militares e corpos de bombeiros militares.

"§ 1.º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

"I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da união ou de suas atividades autárquicas e empresas públicas, assim como

---

tivamente o artigo 144 da Constituição da República que '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'.
"3. Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público.
"Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais, ambos sob o controle externo do Poder Judiciário, em obséquio do interesse social e da proteção dos direitos da pessoa humana" (g. n.).

outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

"II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

"III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

"IV – exercer, *com exclusividade*, as funções de polícia judiciária da União.

[...]

"§ 4.º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, *incumbem, ressalvada a competência da União*, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares" (g. n.).

Percebe-se que há uma distinção no texto, correta ou não, entre as funções de apuração de crimes e polícia judiciária. Diante disso, ressalva-se que, ao tratar da polícia federal, o Constituinte só reservou a exclusividade quanto à função de polícia judiciária, e não quanto à apuração de crimes. Em relação à Polícia Civil, a diferenciação também se manifesta, como se percebe pela leitura do § 4º do art. 144 da Constituição Federal.

Levando a cabo a interpretação do dispositivo em questão, resta assentado que à Polícia Federal é reservada, com exclusividade, a função de polícia judiciária da União, ou seja, não há exclusividade quanto à apuração de crimes e a exclusividade referida se opera em relação ao âmbito de atuação das funções de polícia judiciária – federal – em contrapartida ao das polícias civis. Assim, não há exclusividade constitucionalmente garantida aos órgãos que exercem função de polícia judiciária para a apuração de infrações criminais.

Por outros fundamentos também não se justifica uma atribuição exclusiva à polícia judiciária da função investigatória. Ilus-

tra-se com o entendimento esposado no elucidativo julgado do Recurso Ordinário em HC n. 13.728/SP, de lavra do Min. Hamilton Carvalhido do Superior Tribunal de Justiça, do qual se extrai o seguinte trecho:

"4. Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra do seu artigo 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função *exclusiva* da Polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo, sim, da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (parágrafo 1º, inciso IV).

"Essa *função de polícia judiciária* – qual seja, a de auxiliar do Poder Judiciário –, não se identifica com a *função investigatória*, isto é, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal, *verbis*:

'§ 4º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares'.

"Tal norma constitucional, por fim, define, é certo, as funções das polícias civis, mas *sem estabelecer qualquer cláusula de exclusividade*.

"5. O poder investigatório que, pelo exposto, se deve reconhecer, por igual, próprio do Ministério Público é, à luz da disciplina constitucional, certamente, da espécie excepcional, fundada na exigência absoluta de demonstrado interesse público ou social.

"O exercício desse poder investigatório do Ministério Público não é, por óbvio, estranho ao Direito, subordinando-se, à falta de norma legal particular, no que couber, analogicamente, ao Código de Processo Penal, sobretudo na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais e da satisfação do interesse social, que, primeiro, impede a reprodução simultânea de investigações; segundo, determina o ajuizamento tempestivo dos feitos inquisitoriais e, por último, faz obrigatória oitiva do indiciado autor

do crime e a observância das normas legais relativas ao impedimento, à suspeição, e à prova e sua produção.

"6. De qualquer modo, não há confundir investigação criminal com os atos investigatório-inquisitoriais complementares de que trata o artigo 47 do Código de Processo Penal.

"7. 'A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia' (Súmula do STJ, Enunciado n. 234)" (HC n. 24.493/MG, da minha Relatoria, *in* DJ 17-11-2003).

"2. Recurso improvido".

Não é outra a conclusão decorrente da interpretação do dispositivo constitucional senão a de que a exclusividade conferida à polícia federal dá-se apenas em relação a outros órgãos policiais[24], e não em prejuízo dos demais mecanismos de apuração de infrações penais. Frise-se que não se pretende aqui restringir a interpretação constitucional à técnica gramatical, olvidando os métodos mais festejados de otimização dos preceitos superiores. Assim, nem mesmo a regra da exclusividade da polícia federal deve ser entendida de forma absoluta[25].

---

24 Nesse sentido conferir STRECK e FELDENS: "Logicamente, ao referir-se à 'exclusividade' da polícia Federal para exercer funções 'de polícia judiciária da União', o que fez a Constituição foi, tão-somente, delimitar as atribuições entre as diversas polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar), razão pela qual reservou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do mesmo art. 144, daí porque, se alguma conclusão de caráter exclusivista pode-se retirar do dispositivo constitucional seria a de que não cabe à Polícia Civil 'apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas' (art. 144, §1º, I), pois que, no espectro da 'polícia judiciária', tal atribuição está reservada à Polícia Federal". *Op. cit.*, p. 93.

25 Lembra-se aqui os objetivos do Conselho Nacional de Segurança Pública estabelecidos no Decreto n. 2.169 de 4 de março de 1997:
"Art. 1 º O Conselho Nacional de Segurança Pública — Conasp, órgão colegiado de cooperação técnica entre a União, os Estados e o Distrito Federal no combate à criminalidade, com sede no Distrito Federal, subordinado diretamente ao Ministro da Justiça, tem por finalidade:
"I — formular a Política Nacional de Segurança Pública; [...]

Ainda que se entenda que a separação entre as funções de polícia judiciária e de apuração de crimes decorra de censurável técnica legislativa – o que parece ser correto – e que a titularidade da primeira engloba a segunda, não se poderia concordar com a impossibilidade de qualquer outro órgão público exercer excepcionalmente atividades enquadradas na função de polícia judiciária. Tanto é verdade, que nem mesmo os resistentes mais empedernidos podem olvidar o que está disposto expressamente no Código de Processo Penal, *in verbis*:

"Art. 4.º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

"Parágrafo único. *A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função*" (g. n.).

Apenas por hipótese, ainda que o dispositivo conferisse literalmente à polícia judiciária a exclusividade das investigações criminais em quaisquer circunstâncias, não feriria a harmonia da ordem constitucional a previsão, explícita ou implícita, de outro órgão dotado de semelhante atribuição. A explicação é simples, exigindo, apenas, compromisso com a concretização da Constituição: — as normas constitucionais formam um sistema em que a dotação absoluta de sentidos cede passo a uma relativização tributária da otimização no quadro de inter-relação dinâmica em que se encontram os órgãos constitucionais, atravessados pelos valores, bens, interesses e objetivos (positivados) da sociedade plural.

É fato que o sistema é textualmente formulado por legisladores e não por exímios técnicos em redação jurídica, razão por que não é de se estranhar que exceções a prescrições constitucionais apresentem-se em catálogos ou lugares normativos

"IV — desenvolver estudos e ações visando a aumentar a eficiência dos serviços policiais e promover o intercâmbio de experiências;
"V — estudar, analisar e sugerir alterações na legislação pertinente;
"VI — promover a necessária integração entre órgãos de segurança pública federais e estaduais" (g. n.).

distintos, demandando sensibilidade e atenção do intérprete. Nesse passo, não é prudente afirmar que o sentido de determinada disposição isolada é absoluto, ainda que nela sejam utilizados termos delicados como "sempre", "nunca", "privativo", "exclusivo" etc. Exemplo disso é a clara incumbência exclusiva da ação penal pública (art. 129, I)[26] conferida ao Ministério Público, pela Constituição Federal, e a previsão constitucional da ação penal privada subsidiária da pública (art. 5º, LIX)[27].

Verdadeiramente, a Constituição Federal não conferiu à polícia judiciária a exclusividade das investigações criminais. Pode-se afirmar a exclusividade do inquérito policial, mas este não se apresenta como o único procedimento dirigido à apuração de infrações penais.

Nesse sentido pronunciou-se a ilustre Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Laurita Vaz, no voto referente ao Recurso Ordinário em HC n. 12.871/SP, de sua relatoria, julgado em 13 de abril de 2004:

"Verifica-se, pois, que a legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar, mesmo porque proceder à colheita de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria, é um consectário lógico da própria função do órgão ministerial de promover, com exclusividade, a ação penal pública.

"Ademais, dispensável dizer que a polícia judiciária não possui o monopólio da investigação criminal. De fato, o próprio Código de Processo Penal é claro ao dizer, no parágrafo único do seu art. 4º, que a competência da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas. Exemplos disso são as investigações efetuadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito; o inquérito judicial presidido pelo juiz de direito da vara falimentar;

26 "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei".

27 "Art. 5º, LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal".

o inquérito em caso de infração penal cometida na sede ou dependência do Supremo Tribunal Federal (RISTF, art. 43), entre inúmeros outros.

"Por fim, cumpre ressaltar que, como se sabe, a atuação do *Parquet* não está adstrita à existência do inquérito policial, podendo este ser dispensado, na hipótese de já existirem elementos suficientes para embasar a propositura da ação penal" (g. n.).

5. Autorização constitucional: legitimidade do poder investigatório do Ministério Público

É de fazer o resumo da ópera: — os argumentos contrários à investigação criminal preliminar, providenciada pelo Ministério Público, convergem para a tese da ausência de autorização expressa na Constituição para tanto. Um olhar atento sobre as atribuições da instituição ministerial na Constituição exige enfrentar, no entanto, a cláusula de abertura que dispõe *explicitamente* que o Ministério Público poderá "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas"[28].

Nem mesmo uma interpretação literal, histórica e restritiva das funções institucionais do Ministério Público poderia, sem quedar em erro grosseiro, afirmar que as atribuições prescritas no art. 129 da Constituição Federal são taxativas. Claro que a cláusula de abertura não é ilimitada, seja do *ponto de vista negativo* (há restrições quanto à representação judicial e consultoria jurídica a entidades públicas), seja do *ponto de vista positivo* (a função que não está expressa deve ser adequada à finalidade do Ministério Público).

Em decorrência da disposição constitucional, foi promulgada a Lei Complementar n. 75 de 1993, que dispõe sobre as atribuições do Ministério Público da União, contemplando expressa

28 Artigo 129, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

autorização para a realização de inspeções e diligências investigatórias[29].

A legitimação do poder investigatório do Ministério Público tem, portanto, sede constitucional e, no plano infraconstitucional, autoridade própria de lei complementar. A Lei Complementar n. 75 de 1993 apenas conformou no plano infraconstitucional o que já podia ser deduzido a partir da acurada leitura da Constituição. A cláusula de abertura opera um reforço na esfera de atribuições do Ministério Público, que fica potencializado com a ação do legislador complementar.

Em que pesem as mais singelas técnicas de concretização constitucional e a patente instrumentalidade do procedimento investigatório para o exercício da ação penal revelarem a constitucionalidade da legislação de regência da matéria, importa demonstrar a compatibilidade da atividade com a finalidade do Ministério Público. São os seguintes os preceitos constitucionais exigentes de atenção:

"Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

29 "Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:
"I — notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;
"II — requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;
"III — requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;
"IV — requisitar informações e documentos a entidades privadas;
"V — realizar inspeções e diligências investigatórias;
"VI — ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;
"VII — expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;
"VIII — ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;
"IX — requisitar o auxílio de força policial".

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

"I — promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

"II — zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

"III — promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

"IV — promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

"V — defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

"VI — expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

"VII — exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

"VIII — requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

"IX — exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas".

A atividade de investigação tem clara natureza preparatória para o juízo de pertinência da ação penal, de modo que, sendo o Ministério Público o titular da ação penal pública, por ele é providenciada a fim de formar sua convicção de acordo com os elementos colhidos[30]. Sendo a investigação conduzida por meio de

30 "Se o MP é o titular constitucional da ação penal pública – atividade fim —, obviamente deve ter ao seu alcance os meios necessários para lograr com mais efetividade esse fim, de modo que a investigação preliminar, como atividade instrumental e de meio, deverá estar ao seu mando". LOPES JR., Aury, *op. cit.*, p. 264.

inquérito policial ou por outro meio, a finalidade é a mesma, porém, o deslinde não, já que a qualidade da investigação é determinante para a formação do juízo do titular da ação penal. Diante disso, parece lógico que, dispondo de meios apropriados e recursos adequados, a atuação do membro do Ministério Público não deve ser, em todos os casos e circunstâncias, *limitada* pela atuação da polícia judiciária. É que o limite, em última instância, pode significar o seqüestro da possibilidade de propositura da ação penal. E nem se afirme que o controle externo da atividade policial seria suficiente para remediar a possibilidade. Necessária e acertadamente externo, o controle possui fronteiras. Pode implicar possibilidade de emergência de censura à eventual desídia, mas nunca solução ao específico caso que, diante da dificuldade de encaminhamento do inquérito, produziu reduzida chance de êxito na propositura da ação penal. Em semelhante hipótese, sequer a possibilidade de requisitar a instauração de inquérito ou de diligências investigatórias, no limite, pode apresentar-se como solução para o impasse, uma vez que o órgão ministerial, titular da ação penal, sem poder interferir *diretamente* na ação policial, não dispõe de instrumentos, a não ser reflexos (controle externo), para garantir a *qualidade* das diligências providenciadas em virtude de requisição. A autoridade policial tem, com o inquérito policial, meios para *auxiliar* o *Parquet* na promoção da ação penal, mas se, em virtude de hermenêutica menos elaborada, lhe for atribuída a exclusividade da investigação preliminar criminal, terá também, e certamente, um meio para *limitar* sua função, o que importa em risco (sendo, na *sociedade de risco*, ainda mais grave e incompreensível) para o Estado Democrático de Direito.

O atendimento do requisito de compatibilidade com a finalidade institucional transparece, então, já diante da primeira das funções do Ministério Público prevista pela Constituição, qual seja, a promoção da ação penal de iniciativa pública, com a qual estabelece clara vinculação[31]. A compatibilidade pode ser certificada,

31 Cf. LIMA, Marcellus Polastri, *Ministério Público e persecução criminal,* 3. ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2002; MAZZILI, Hugo Nigro, *Regime Jurídico do Ministério Público*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1995; MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo

ademais, com a previsão de atribuição expressa da função investigatória ao Ministério Público em diferentes diplomas normativos. Dentre as passagens encontráveis no ordenamento jurídico vigente, cite-se, entre outras, o preceituado no art. 201, VII, da Lei n. 8.069 de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)[32] e art. 74, VI, da Lei n. 10.741 de 2003 (Estatuto do Idoso)[33] para instauração de sindicâncias, de natureza nitidamente criminal.

Penal, 14. ed., São Paulo: Atlas, 2003; STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição*: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003; LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, 2. ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003.

32 "Art. 200. As funções do Ministério Público previstas nesta Lei serão exercidas nos termos da respectiva lei orgânica.
"Art. 201. Compete ao Ministério Público: [...]
"II — promover e acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes; [...]
"VI — instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los:
"a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar;
"b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;
"c) requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas;
"VII — instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude".

33 "Art. 74. Compete ao Ministério Público: [...]
"V – instaurar procedimento administrativo e, para instruí-lo:
"a) expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar;
"b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;
"c) requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas;
"VI – instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso".

6. Investigação criminal, Ministério Público e devido processo legal

Um último argumento merece ainda ser enfrentado. Trata-se da afirmação segundo a qual os procedimentos investigatórios levados a cabo pelo Ministério Público são inconstitucionais porque ferem o princípio do devido processo legal e as garantias daí decorrentes.

Antes de mais nada é preciso lembrar que o Constituinte conferiu aos membros do Ministério Público a garantia da independência funcional — similar à dos juizes — não apenas para a atuação profissional livre de pressões, mas também para que pudessem não acusar quando fundamento jurídico para tanto não existisse. Esse aspecto da instituição ministerial representa garantia para o Estado e, principalmente, para os cidadãos.

As garantias constitucionais não podem, nem devem, ser afastadas na investigação criminal realizada por membros do Ministério Público tanto quanto na realização do inquérito policial. Isso para se dizer o mínimo, já que, como sabido, o descrédito das instituições policiais (nem sempre justo, é verdade!) tem pesado muito no juízo de justiça do cidadão comum, a ponto de conferir um *plus* de legitimidade ao procedimento realizado pelo *Parquet*[34]. Mas aqui, convém citar Luís Roberto Barroso[35], segundo o qual as vicissitudes pelas quais passa a polícia devem ser tributadas menos às qualidades ostentadas pelos seus integrantes, e mais ao contexto no qual operam suas funções. Por isso,

34 A confiança da comunidade na instituição ministerial é verbalizada com a autoridade de Paulo Bonavides: "Sem embargo de quantos obstáculos lhe foram postos pelo Executivo ao legítimo exercício de seu papel essencial à conservação do sistema constitucional, a instituição vanguardista do combate à corrupção cresceu, conforme já mostramos, na estima dos cidadãos, na opinião comum, na fé pública. Cresceu como nenhuma outra neste País". *In*: Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo. *Revista Latino-americana de estudos constitucionais*, n. 1, jan./jun. 2003, p. 58.

35 BARROSO, Luís Roberto. Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Parecer disponível na Internet em: <*http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/spi_investigadireta2*>. Acesso em: 23-8-2004.

não é demais imaginar que, eventualmente, um Ministério Público transformado em polícia possa conduzir os seus membros a experimentarem semelhantes contingências e demonstrações de fragilidade moral. Não se fala, portanto, da qualidade intrínseca das instituições em tela ou dos seus membros, e mais do lugar, mais seguro ou mais suscetível aos apelos da vantagem injustificável, no qual necessariamente transitam durante o desenrolar de suas atividades. Aqui, sim, a real compreensão do problema robustece, ao contrário de enfraquecer, a solução defendida neste texto. Se a sedução é real, e tão real que as próprias forças armadas são reticentes quanto à utilização de seu corpo, no campo da segurança pública, em vista dos riscos que tal atividade oferece à integridade moral da tropa, melhor que as interferências recíprocas entre os órgãos estatais, o intercruzamento de objetivos, a cooperação necessária, ajustem as condutas dos agentes públicos e a atuação dos órgãos, tudo com o fito de melhor facilitar a vida em sociedade e a proteção dos valores constitucionalmente tutelados. Sem se transformar em polícia, portanto, porque não é disso que se trata, é justificável, à luz de argumentos racionais deduzidos do texto constitucional, a ação investigatória do Ministério Público, em particular nos casos especialíssimos e mesmo naqueles nos quais, diante do material probatório já colacionado, em face do encaminhamento por outros órgãos públicos ou de investigação de outra natureza que não criminal (*v.g.*, improbidade administrativa ou matéria ambiental ou vinculada ao direito do consumidor ou da criança e adolescente ou ao idoso etc.) não se justifique a instauração de inquérito policial, já que singelas ou poucas, emboras complexas, diligências complementares são suficientes para a formação da convicção a propósito da necessidade ou não da propositura da ação penal.

A possibilidade de desvirtuamento da competência investigatória por membros do Ministério Público e a conseqüente lesão a direitos e garantias fundamentais não justifica a proscrição de seu exercício pela simples razão de que falhas humanas podem acontecer e acontecem no ambiente de qualquer instituição. As distorções devem ser prevenidas, corrigidas ou punidas no plano concreto, seja internamente pelas instâncias supe-

riores ou fiscalizadoras, seja externamente pela atividade jurisdicional em cada caso. O excesso no manejo de competências constitucionalmente assinaladas, expressamente ou não, é um risco inerente ao exercício das funções públicas, cuja gravidade não justifica a irracionalidade do arranjo hermenêutico limitado, perigoso e materializador do monopólio titularizado por determinado órgão. Ao contrário, trata-se antes de, aceitando a interpretação mais condizente com os desafios projetados em nosso tempo e, por isso mesmo, ajustada com as *démarches* por essa temporalidade requeridas, reclamar a satisfação dos direitos do homem no sítio investigatório. Nesse ponto avulta a importância dos Procuradores-Gerais, autoridades necessárias para, sem risco de quebra do princípio constitucional da *independência funcional*, condensar os parâmetros norteadores da atividade, tudo em prol da efetivação de outro princípio constitucional por vezes esquecido: — o determinante da *unidade* do Ministério Público. A unidade, para além do sentido clássico, neste novo momento constitucional, haverá de significar também o delinear de parâmetros mínimos necessários para a ação ministerial, ação pautada, antes de tudo, pela obediência aos cânones da legalidade e, também, da racionalidade controlável e justificável, tudo no contexto de uma coerência consensual e coletivamente construída no âmbito de cada carreira, a partir da provocação dos Procuradores-Gerais. A idéia da independência funcional não prescinde do sentido, das diretrizes necessárias para dotar a instituição de coerência, ainda que consensualmente construída. O Ministério Público haverá de agir como orquestra e não como coletivo despido de organicidade no qual, sem regente, cada um toca a música de sua predileção com o instrumento que bem entender. Avulta, igualmente, nesse caso, o papel do legislador, que poderá também, a partir da liberdade de conformação que lhe é própria, e comprometido com a integral realização da Constituição, dispor sobre o assunto no momento mais oportuno. Fala-se, aqui, de *meios* para melhor definir os *limites* da investigação levada a termo pela autoridade ministerial, especialmente para ajustá-los aos demais valores, regras e princípios dotados de dignidade constitucional. Está-se, aqui, todavia, no campo das medidas cuja ausência não importa, em absoluto, a supressão ou a paralisação da eficácia do

conjugado normativo que, corretamente interpretado, confere ao *Parquet* atribuição de natureza investigatória.

Afinal, a apuração das infrações penais, antes de constituir atribuição deste ou daquele órgão público, reveste-se da característica inafastável de matéria de interesse coletivo que deve ser eficazmente concretizado. Isso reclama frentes de trabalho múltiplas e não a compressão, mediante este ou aquele artifício doutrinário, da importante atividade de combate à criminalidade. Tal entendimento guarda consonância com a diretiva constitucional da colaboração entre as entidades estatais, repise-se, razão a mais para não serem repelidas as diligências investigatórias do Ministério Público.

Sabe-se que a investigação criminal preliminar deve servir como um "filtro processual" através do qual somente passarão para o plano jurídico-processual as condutas revestidas de evidente tipicidade. A eficácia desse filtro é garantia para os cidadãos, que não terão contra si promovidas ações descabidas, e também para o sistema judicial, que não desperdiçará recursos e esforços em processos natimortos. O bom funcionamento desse sistema requer amplo conhecimento, por parte dos encarregados da atividade investigatória, do ordenamento jurídico, especialmente dos princípios constitucionais, e sensibilidade quanto ao problema do abarrotamento dos órgãos judiciais. Esse é mais um motivo para se creditar ao Ministério Público a realização direta e pontual de diligências investigatórias.

7. Conclusão

Confiar, em função de uma operação hermenêutica singela, *o monopólio* da investigação criminal preliminar a um único órgão, no caso a polícia judiciária, equivale a colocar uma pá de cal nos avanços que a cooperação e, em determinadas circunstâncias, o compartilhamento de tarefas tem possibilitado. O país tem avançado, ninguém pode negar. A instituição ministerial tem acertado mais do que errado. As eventuais falhas podem ser corrigidas pela ação concertada dos membros do Ministério Público, ou em virtude da manifestação do legislador. O modelo, todavia, haverá de ser preservado.

A Constituição de 1988 desenha o novo Estado brasileiro a partir de um nítido perfil democrático, desafiando, para o que aqui interessa, a correta compreensão das competências conferidas aos órgãos encarregados de sua defesa. Nesse caso, o modelo adotado não é mais o das atividades radicalmente apartadas, mas, antes, o da cooperação, o das interferências, o da interpenetração e, mesmo, em determinados casos, o do compartilhamento. Da leitura pertinente da Constituição vigente, operacionalizada por uma *teoria constitucionalmente adequada* ao nosso espaço-tempo, infere-se, inegavelmente, a possibilidade, em hipóteses justificadas, pontuais, e transparentes à luz da *razão pública*, das investigações de natureza criminal, conduzidas pelo Ministério Público. Afinal, o inquérito policial, este sim instrumento exclusivo da autoridade policial, não consome todas as hipóteses de investigação. Trata-se, com efeito, de apenas uma delas, sendo certo que as investigações, mesmo com repercussão criminal, podem ser desenvolvidas das mais variadas formas no contexto da normativa constitucional vigente. O direito compreendido como *integridade* haverá de reconhecer o fato e dele extrair a inevitável conseqüência: — sim, o Ministério Público, autorizado pela Constituição Federal, pode, quando haja fundamento para tanto, conduzir investigações criminais. A discussão que haverá de ser travada, portanto, não envolve a *possibilidade,* mas, sim, os *limites* da atividade.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E FORO ESPECIAL: REFLEXÕES PONTUAIS

Daniel Santos Rocha Sobral*

1 – Introdução

É fato indene de dúvidas ter a Constituição de 1988 procurado imprimir sensível resguardo da moralidade no âmbito da Administração Pública, tanto que já no seio de seu art. 14, § 9º, inserto no Capítulo IV do Título II, dedicado aos direitos políticos, outorgara competência à Lei Complementar para estabelecer casos outros (de inelegibilidade) tendentes à proteção da probidade administrativa, tendo o constituinte, logo adiante, imbuído do mesmo propósito, optado por inaugurar no ordenamento jurídico pátrio o instituto da improbidade administrativa, estabelecendo, para tanto, plúrimas sanções aos agentes responsáveis por atos tidos como ímprobos (art. 15, IV, c/c art. 37, § 4º, CF/88), na forma e gradação previstas em lei.

Esse dever de probidade, na feliz lição de Marcelo Caetano, consiste no dever de o funcionário servir "à administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar

* *O autor é Juiz Federal Substituto da 5ª Vara/PI do TRF—1ª Região. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes/RJ.*

os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer"[1].

Sob os auspícios desse desígnio constitucional e da mais abalizada doutrina, houve por bem o legislador infraconstitucional editar a Lei n. 8.429/92, propiciando, a um só tempo, a regulamentação minudente das sanções decorrentes da improbidade administrativa, bem assim a correspondente ação de responsabilização, cuja utilização responsável do arcabouço legal pelas partes legítimas (pessoa jurídica interessada e/ou Ministério Público), vem, a cada dia que passa, otimizando o atingimento de resultados positivos no combate à sangria/malversação criminosa de recursos públicos.

Insatisfeito com esse desenlace jurisdicional espraiado por todos os rincões do país, quiçá arvorado no mais vil desejo da impunidade e do locupletamento ilícito, brindou-nos o poder legislativo derivado, em passado bem próximo, com um presente de grego, a saber, a Lei n. 10.168, de 24 de dezembro de 2002, que, dentre outras inovações, estendeu às ações de improbidade administrativa o foro especial por prerrogativa de função, até então restrito às ações de natureza criminal.

Passemos, pois, a abordar, pontualmente, a pertinência dessa extensão legislativa com seus potenciais e iníquos reflexos no trato da coisa pública.

2. Natureza Jurídica

De início, incumbe perscrutar acerca da natureza jurídica de eventual ação de improbidade administrativa: cível ou penal, resultado esse de importância ímpar, uma vez que legitimadora ou não da encetada extensão legislativa ora verberada.

Nesse escopo, urge transcrever os preceptivos legais de maior relevo sob o tema enfocado, *verbis:*

"Art. 15, CF/88 – É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º".

1 *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed., Coimbra: Almedina, 1999. tomo II, p. 749.

"Art. 37, § 4º, CF/88 – 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".

"Art. 12 da Lei n. 8.429/92 – Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: [...]".

"Art. 18 da Lei n. 8.429/92 – A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito".

Ora, não é preciso ser um exegeta de escol para chegar-se à ilação de que os mandamentos legais acima alinhavados, por si sós, rendem ensanchas à natureza cível das sanções decorrentes de improbidade administrativa, tanto que a Carta Magna não foi titubeante em expressar que as sanções serão aplicadas na forma e gradação previstas em lei, "sem prejuízo da ação penal cabível", não sendo demasiado frisar em prol desse entendimento: a) o caratér cogente e literal do termo "ação civil" expresso no art. 18 do instrumento legal acima citado; b) o fato de as sanções insertas no art. 12 dessa mesma lei haverem de ser aplicadas, independentemente de outras de natureza penal; c) o fato de as condutas ilícitas elencadas nos arts. 9º, 10º e 11º do multicitado instrumento legal, ante o emprego do vocábulo "notadamente", terem caráter meramente enunciativo, incompatível com o princípio da estrita legalidade em sede penal, tão bem cimentado pelo art. 5º, inciso XXXIX, da Carta Política vigente e d) o fato de qualquer processo criminal atingir de maneira indelével o *status dignitates* do indivíduo, imprescindindo de expressa caracterização da conduta como infração penal, o que não se reproduz fielmente no instrumento sob ataque.

Nesse trilhar, percuciente é o entendimento de Fábio Konder Comparato, ao afirmar que "se a própria Constituição distingue e separa a ação condenatória do responsável por atos de

improbidade administrativa às sanções por ela expressas, da ação penal cabível, é, obviamente, porque aquela demanda não tem natureza penal"[2].

Assim sendo, forte nos argumentos acima deduzidos, não há negar o caráter extrapenal da ação de improbidade administrativa, sendo de toda ilegítima qualquer tentativa, ainda que legal, de transmudar-lhe a natureza.

3 – Foro Especial – Lei n. 10.168 – Inconstitucionalidades

Fincadas as premissas básicas da imprescindibilidade da ação de improbidade administrativa, bem assim de sua natureza jurídica extrapenal, pergunta-se: Encontra arrimo constitucional a alteração engendrada pela Lei n. 10.168/02, que, dentre outras inovações, houve por bem estabelecer foro especial por prerrogativa de função aos agentes públicos envolvidos em atos tidos como ímprobos? É óbvio que não.

Antes, contudo, de adentrar no tópico em testilha, há de se ressaltar, por mero dever de informação, que a existência de foro especial (gênero), por si só, não reflete anomalia jurídica, nem privilégio pessoal, devendo existir se e quando estiver em cena o binômio: exercício da função pública e interesse público, sob pena de amesquinhamento do princípio da igualdade tão bem retratado no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988. Não é por outra razão que brada Luiz Flávio Gomes que "esse foro especial só tem sentido, portanto, enquanto o autor do crime está no exercício da função pública. Cessado tal exercício (não importa o motivo: fim do mandato, perda do cargo, exoneração, renúncia etc.), perde todo o sentido o foro funcional, que se transformaria (em caso contrário) em odioso privilégio pessoal, que não condiz com a vida republicana ou com o Estado Democrático de Direito"[3].

---

2 COMPARATO, Fábio Konder. *Ação de Improbidade: Lei n. 8.429/92. Competência ao juízo de 1º grau*. Boletim dos Procuradores da República, ano 1, n. 9, jan. 1999. *apud* Moraes, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003. p. 2.612.

3 Reformas penais: foro por prerrogativa de função. Disponível na internet: *http: // www.ibccrim.org.br*.

Voltemos, pois, ao caminho anunciado no parágrafo primeiro do presente tópico, trascrevendo, para tanto, a norma reprochada (§ 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 10.168/02), que reza: "A ação de improbidade administrativa, 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".

Com efeito, a ripostada alteração engendrada na Lei n. 8.429/92, via redação operada pela Lei n. 10.168/02, não merece beneplácito judicial, tamanha inconstitucionalidade material e formal, urgindo ser declarada inconstitucional, no âmbito difuso ou coletivo.

A inconstitucionalidade material salta aos olhos pelo singelo desrespeito à imposição implícita da Carta Magna de 1988, que bem estipula foro privilegiado/especial apenas aos crimes de responsabilidade e delitos penais, como se entrevê de seus arts. 102, I, 105, I, 108, I, sem olvidar a regra disposta no art. 29, X, do mesmo estatuto político, o que, sem sombra de dúvidas, permite tratamento diverso às ações dotadas de natureza cível.

A inconstitucionalidade formal, a seu turno, sobressai ante a impossibilidade de o legislador derivado, via pífia lei ordinária, alterar a estrutura jurídico-competencial dos tribunais da nação (STF, STJ, TRFs e TJ), reservando-lhe/estendendo-lhe competência ínsita a dispositivos constitucionais. Ademais, como é cediço, tratando-se o foro por prerrogativa de função de exceção às regras de competência dentro da sistemática processual pátria, a sua interpretação há de se dar de maneira estrita/estanque, sendo de todo desaconselhável o uso de interpretação extensiva ou analógica, como defendem alguns, como forma de preencher vazios em sede excepcional/constitucional, caindo como uma luva a sempre atualizada lição de Carlos Maximiliano para quem "O recurso à analogia tem cabimento quanto a prescrições de direito comum; não do excepcional, nem do penal. No campo destes dois a lei só se aplica aos casos que especifica[4]",

4 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 213

d'onde se conclui a despiciência da extensão legislativa propugnada pelo § 2º do art. 84 do CPP e, conseguintemente, a plausibilidade de que ações civis de improbidade administrativa, entre outras (populares, ações civis públicas, cautelares), ainda que referentes a autoridades com foro privilegiado (delitos penais e de responsabilidade), iniciem-se e continuem a tramitar perante o juízo de primeiro grau.

Nessa linha de intelecção, lúcida é a manifestação do ínclito Fábio Konder Comparato[5] ao afirmar ser induvidosa a competência do juízo de primeiro grau, não sendo nem mesmo lícito ao legislador instituir foro privilegiado: a um, por ser a instituição de foro privilegiado matéria de reserva constitucional, não havendo como igualar-se ação de improbidade com ação penal; a dois, porque o fato de o constituinte de 1988, ao contrário do de 1969, não vedar, às escâncaras, a possibilidade de estabelecimento de foro privilegiado, não denota por si só plausibilidade jurídica em sua criação via singela lei e, a três, por representarem os dispositivos constitucionais disciplinadores de foro especial exceção ao princípio da igualdade, cuja interpretação há de se operar de maneira restrita.

É o entendimento que pulula, igualmente, da melhor jurisprudência, senão veja-se:

"Senador da república. Inquérito civil. Ação civil pública. Medida processual a ser eventualmente adotada com empresas que estiverem sujeitas ao poder de controle e gestão do parlamentar, até a sua investidura no mandato legislativo. Alegada usurpação da competência originária do Supremo Tribunal Federal. Ausência de plausibilidade jurídica. Medida liminar cassada.

"O Supremo Tribunal Federal – mesmo tratando-se de pessoas ou autoridades que dispõem, em razão de ofício, de prerrogativa de foro, nos casos estritos de crimes comuns – não tem competência originária para processar e julgar ações civis públicas que contra elas possam ser ajuizadas. Precedentes. A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-

5 Competência de juízo de 1º grau. *In*: *Improbidade Administrativa.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 119-129.

se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os rígidos limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes" (Reclamação n. 1.110, rel. Min. Celso de Mello, STF).

"Ação ordinária. Antecipação de tutela contra ato de Ministro de Estado. Art. 105, I, da Constituição Federal. Competência originária do Superior Tribunal de Justiça. *Numerus clausus*. Extravasamento. Descabimento.

"I – Ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, medidas cautelares ainda que nelas figure autoridade jurisdicionada, originariamente, em sede de mandado de segurança, do Superior Tribunal de Justiça, devem ser processadas e julgadas pela instância comum, visto que 'o regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional [...] por efeito de Taxatividade do rol constante na Carta Política', autoriza que se afaste, 'do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional' (STF, Pleno, Agravo Reg. em Petição n. 1.738-2, rel. Min. Celso de Mello – DJ 1º-10-99, p. 42).

"II – Não conhecimento da causa com remessa dos autos à Justiça Federal de 1º grau" (Petição n. 1.143/DF – DJU de 29-11-99, p. 00119).

4 – Posicionamento STF

Diante da natureza da ação de improbidade, que definitivamente possui caráter cível, levantaram-se, na doutrina e jurisprudência, ácidas críticas à criação da apontada prerrogativa de foro (Lei n. 10.168/02), prerrogativa essa que, a princípio, estaria limitada às ações penais e de responsabilidade, conforme moldura esboçada pela Constituição Federal.

Nesse contexto, fora ajuizada, perante o STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2797-2/DF) na qual se fustiga o art.

1º da Lei n. 10.628/02, tendo o Min. Ilmar Galvão, no exercício interino da Presidência daquela Corte, indeferido, em 7-1-2003, o pleito liminar no qual se pretendia o não envio dos processos aos tribunais considerados competentes por força da lei sob açoite. Nesse ponto, inexistindo manifestação do Plenário do Pretório Excelso sobre o mérito da comentada ADI, há quem diga que o indeferimento da liminar reveste-se de eficácia *erga omnes* e tem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e tribunais, até o definitivo julgamento da ação, em vista do que se propugna a tese da inteira validade da Lei n. 10.168/02, acarretando, por conseqüência, a remessa imediata das ações de improbidade administrativa em curso aos tribunais tidos como competentes, tese à qual não se pode aderir, à míngua de absoluta ausência de previsão normativa, constitucional ou legal, que ampare mencionada interpretação (art. 11, § 1º, da Lei n. 9.869/99). Há, inclusive, quem não reconheça a existência de comentados efeitos nem na decisão concessiva de liminar (TRF – 1ª Região – AMS n. 01000844152), o que se dirá daqueles casos em que tal pleito foi indeferido.

Todavia, o STF, seguindo por trilha diversa, no julgamento da Reclamação n. 2.381, firmou, em decisão plenária, o seguinte entendimento:

"Enquanto não sobrevier o julgamento de mérito da ADI 2.797, é desta colenda Corte, nos termos do artigo 84, § 2º, do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei n. 10.628/2002), a competência para processar e julgar ação de improbidade administrativa a ser ajuizada em face de Senador da República" (STF – Órgão Julgador: Tribunal Pleno — Rel. Min. Carlos Britto — Fonte: DJ — Data 2-4-2004 — PP-00010 – Ement. vol. 02146-03 – p. 00500 — Julgamento: 6-11-2003).

Assim, com a aludida decisão da Suprema Corte, que, prestigiando a presunção de constitucionalidade das normas, admitiu expressamente a plena e efetiva aplicabilidade do § 2º do art. 84 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 10.628/02, até que seja julgada definitivamente a ADI n. 2.797, não há adotar posicionamento diverso pelo juízo de primeiro grau, sob pena de atraso desarrazoado no deslinde do feito, seja em razão do uso

do instrumento recursal cabível, seja, até mesmo, em conseqüência do manejo de Reclamação dirigida ao STF, com vistas à preservação da autoridade de suas decisões.

A propósito, não é demais frisar, que profusos já são os julgamentos do STF, levados a efeito em sede de Reclamação, no sentido de ver preservado o comando da decisão acima reproduzida, a exemplo do que ocorreu na Rcl n. 2.509-MC/BA — Rel. Min. Gilmar Mendes; na Rcl n. 2.623/PR — Rela. Mina. Ellen Gracie; e na Rcl 2.657/PR – Rel. Min. Celso de Mello.

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, mudando antecedente posicionamento (AGP n. 1964/PR – DJ Data 5-4-2004), quando indicava o juízo de 1ª instância como competente para o julgamento das ações de improbidade, passou a corroborar a intelecção perfilhada pela Corte Suprema, consoante bem reflete o aresto a seguir colacionado, prolatado à unanimidade pela sua Corte Especial, *in litteris*:

"Ação de improbidade. Ex-Governador de Estado. Posse como Deputado Federal. Lei n. 10.628, de 24-12-02. Competência do Supremo Tribunal Federal.

"1. Devem os autos da presente ação de improbidade, proposta contra ex-Governador de Estado, atual Deputado Federal, ser remetidos ao Supremo Tribunal Federal diante da Lei n. 10.628, de 24-12-02, e da decisão monocrática proferida pelo Supremo Tribunal Federal (McRCL n. 2.381-8, relator o Ministro Carlos Ayres Britto, DJ de 15-10-03), confirmada pelo Plenário, em 6-11-03, ao desprover agravo regimental do Ministério Público Federal. Segundo a orientação adotada, o referido diploma deve ser cumprido até o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade respectiva, na qual foi indeferido o pedido cautelar de suspensão.

"2 — Agravo regimental desprovido" (AGP n. 2.589/SC — Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito — Órgão Julgador: Corte Especial — Data do Julgamento – 19-5-2004 — Data da Publicação/Fonte DJ 14-6-2004, p.00152).

Ao que se vê, pois, intensas são as correntes que levam à imposição da remessa das ações de improbidade administrativa

aos tribunais competentes por força da regra inserta no § 2º do art. 84 do CPP, introduzido pela Lei n. 10.628/02, podendo-se afirmar que, após conturbados dissensos, hoje está assentado nas instâncias superiores, ao menos até cognição exauriente a ser operada no bojo da ADI n. 2.797, o reconhecimento dos regulares efeitos advindos da apontada lei, que, enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, merece o devido acatamento, com lastro na presunção de constitucionalidade que lhe reveste.

Nem tudo, no entretanto, encontra-se perdido, haja vista que o ínclito Min. Relator Sepúlveda Pertence[6], recentemente, no bojo da ADI n. 2.797, reconhecera induvidosamente a inconstitucionalidade do § 2º do art. 84 do CPP, na redação dada pela Lei n. 10.168/02, pelos mesmos motivos acima delineados (natureza cível da ação de improbidade administrativa – impossibilidade de extensão de foro especial via singela lei ordinária — rol exaustivo da Constituição Federal, entre outros), esperando-se que o bom-senso igualmente venha a prevalecer nos votos dos demais membros do Excelso Pretório.

N'outra banda, mas ante a simbiose do tema e momento histórico anterior ao advento da Lei n. 10.168/02, pertinente se faz a menção à Reclamação n. 2.138[7], em que o relator, Min. Nelso Jobim, já devidamente acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão, ensaia a distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na Constituição, quais sejam os referidos pelos arts. 37, § 4º, e 102, I, *c*, ambos da *Lex Mater*, assentando que os agentes políticos nesse último dispositivo citado, por estarem regidos por normas especiais, não se submetem ao império da Lei n. 8.429/92, mas apenas a crimes de responsabilidade, em ação a ser ajuizada perante o STF, o que, à evidência, igualmente causa preocupação, uma vez que a confirmação do provimento liminar causará ruinosos reflexos ao conteúdo teleológico cristalizado na Lei n. 8.429/92, uma vez que o público-alvo desse importante

6 Informativo STF 362.
7 Informativo STF 291.

instrumento legal de combate ao ato administrativo tido como ímprobo restará circunscrito aos agentes públicos de baixo calibre, o que é de causar perplexidade.

5 – Conclusão

Ao lume do exposto, ante a intransponível natureza cível das ações de improbidade administrativa e as cristalinas pechas de inconstitucionalidade, material e formal, a que está encravada a Lei n. 10.168/02, em especial na parte em que consignou nova redação ao § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, outro entendimento não se exsurge senão a impossibilidade de se placitar juridicidade à malfadada tentativa de extensão de foro especial aos agentes públicos responsáveis pela prática de atos administrativos tidos como ímprobos.

Referências bibliográficas

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed., Coimbra: Almedina, 1999. Tomo II, p. 749.

COMPARATO, Fábio Konder. Competência de juízo de 1º grau. *In Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 1. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa, comentários à Lei n. 8.429/92 e legislação complementar*, São Paulo, Malheiros, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5. ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

USUCAPIÃO: CONCEITO, REQUISITOS E ESPÉCIES

João José Ramos Schaefer[1]

Sumário: O conceito — O usucapião antes do Código Civil de 1916 — O usucapião extraordinário — O usucapião ordinário — A soma dos tempos de posses — Disposições do novo Código Civil — Outras espécies de usucapião — Os usucapiões constitucionais: o usucapião especial urbano e o usucapião especial rural — O usucapião coletivo — O usucapião em defesa, na reivindicatória, de área considerável, por diversas pessoas, com indenização — O problema da indenização — O usucapião de composse — A ação de usucapião — O usucapião de terras na ilha — Precedentes judiciais — Prazos de prescrição.

O conceito

O usucapião, instituto a que o novo Código Civil se refere no feminino – a usucapião – numa forma sobre cuja aceitação tenho dúvidas, tão arraigado na tradição do direito brasileiro o uso da palavra no masculino, como no Código de 1916, é, basicamente, uma modalidade de aquisição de propriedade de bens móveis ou imóveis pelo exercício da posse nos prazos fixados em lei.

---

1 Advogado. Ex-Presidente da OAB-SC. Desembargador aposentado. Ex-Presidente do TJSC.

Um velho acórdão do Supremo Tribunal Federal, por sinal em recurso extraordinário originário de Santa Catarina, disse que: "o usucapião é a aquisição do domínio pela posse ininterrupta e prolongada: são condições para que ele se verifique a continuidade e a tranqüilidade" (RE 6287/SC, RT 49/352).

Clóvis, o autor do Código Civil de 1916, não diverge desse entendimento, definindo o usucapião como "a aquisição do domínio pela posse prolongada".

Adiante diz Clóvis que o fundamento do usucapião é a posse unida ao tempo (Direito das Coisas, Ed. Justiça, p. 170).

Esclareça-se, outrossim, que a posse *ad usucapionem* é a configurada nos termos do Código Civil, qual seja, o exercício de fato, "pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade" (art. 1.196 do novo Código Civil, correspondente ao art. 485 do antigo Código).

De outro lado, consoante o art. 1.208 do novo Código, em reprodução literal do art. 497 do antigo: "Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade".

O usucapião antes do Código Civil de 1916

Antes do Código Civil de 1916 não havia usucapião sem a boa-fé do possuidor, qualquer que fosse o tempo de sua posse.

Segundo o relato do notável Ministro Orozimbo Nonato, Lei de 1534, em palavras que se projetaram nas Ordenações Filipinas, aludindo aos possuidores de má-fé, era peremptória e desenganada: "estes tais não poderão prescrever em tempo algum" (Ac. unân. no RE n. 9.979, de 28-9-49).

Era necessária, então, antes do Código Civil de 1916, a posse prolongada e de boa-fé para ser reconhecido o usucapião.

O usucapião extraordinário

Somente depois do Código Civil daquele ano, o registro é do Min. Carvalho Mourão, em acórdão em recurso também de

Santa Catarina (Revista Justiça, vol.10, p. 312) “foi estatuído adquirir o domínio independentemente do título e boa-fé, que, em tal caso, se presumem, aqueles que, por trinta anos, sem interrupção, nem oposição, possuírem como seu um imóvel”.

Esse usucapião, denominado extraordinário, estava previsto no artigo 550 do Código Civil, exigindo-se posse de 30 anos, que veio a ser reduzida a 20 anos pela Lei n. 2.437, de 1955.

Eu era, então, acadêmico de Direito, e a redução do prazo foi saudada como um avanço por grande maioria, mas alguns viram na diminuição do prazo do usucapião extraordinário um atentado ao direito de propriedade.

O usucapião, contudo, em qualquer hipótese, não representa um ataque ao direito de propriedade, mas um tributo à posse, pois para ser possível o usucapião exige-se do possuidor posse por longo período, exercendo-se esse direito contra quem, embora tendo título de propriedade, abandonou o imóvel, deixando que outrem o ocupasse e lhe conferisse função social e econômica mais relevante.

Preenchidas essas condições de tempo, continuidade e incontestabilidade, o possuidor pode requerer ao juiz que declare, por sentença, sua posse *ad usucapionem*, servindo a sentença como título para transcrição no registro de imóveis.

O usucapião ordinário

Já os possuidores de boa-fé, dotados de justo título (entre estes se inclui o compromisso particular de compra e venda, TJSC, Ap. Cív. ns. 2000.021336-7, Des. Carlos Prudêncio e 88.083613-6, Des. Eládio Torret Rocha e STJ, REsp n. 171.204, Min. Aldir Passarinho Jr.), já esses possuidores podiam, na vigência do Código Civil revogado, usucapir imóvel tendo posse, entre presentes, de dez anos, e vinte, entre ausentes, desde que titulares de posse contínua e incontestada.

Era o que estabelecia o art. 551 do antigo Código Civil, esclarecendo o parágrafo único desse artigo que se consideram presentes os habitantes do mesmo município e ausentes os que habitam municípios diversos.

A soma dos tempos de posses

De notar-se que não se exige tempo de posse *exclusiva* do requerente do usucapião, podendo o tempo exigido resultar da soma da posse atual com a de antecessores.

Nesse sentido o disposto no artigo 552 do Código Civil de 1916, em norma que tem sua correspondência no artigo 1.243 no novo Código Civil, nestes termos: "O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas e pacíficas".

Esse fenômeno da soma de posses era chamado pelos romanos de *"accessio possessionis".*

Acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, transcrito por José Geraldo Rodrigues Alckmin em seu "Repertório de Jurisprudência do Código Civil", sob n. 929, p. 353, assentou que "para efeito de usucapião, a *acessio possessionis* só se realiza mediante ato transmissivo devidamente formalizado". Isto é, somente havendo um título escrito de transferência de posse é que seria admitida a soma de posses para alcançar o tempo mínimo para o usucapião.

No mesmo sentido, decisão do TJRS, na mesma obra, sob n. 872, p. 329.

O Tribunal de Justiça do Estado, durante muito tempo, assim também entendeu, como se vê, dentre outras, a Apelação Cível n. 32.935, de que "A soma de posses deve decorrer de título hábil tal qual como o de compra e venda de imóvel, revestido das formalidades legais".

Em 1997 fui relator da Apelação Cível n. 50.250 e impressionei-me com o parecer do Procurador que oficiou nos autos, Dr. José Antônio Salvadori, que, fundado em precedente do TJSP, admitia a soma de posses mediante prova testemunhal inequívoca. Pesquisei a matéria e encontrei três outros julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, dois da lavra de membros daquela Corte, alçados depois ao Superior Tribunal de Justiça e que vieram a constituir-se em dois grandes Juízes do

STJ, os Ministros Athos Gusmão Carneiro e Ruy Rosado de Aguiar. Consignei, então, na respectiva ementa:

"*Accessio possessionis*. Admite-se a prova por testemunhas, como de moderna e reiterada jurisprudência (TJSP, "Jurisp. Brasileira", 145/145; TJRS, RF 288/159, RJTJRS 119/357 e TA 658/175). Acresce que os transmitentes são também confrontantes e nessa condição foram citados e nada impugnaram".

Disposições do novo Código Civil

O novo Código Civil, em vigor desde 10 de janeiro de 2003, dispõe sobre o usucapião extraordinário no art. 1.238, praticamente nos mesmos termos do Código Civil de 1916, mas com redução *para 15 (quinze) anos* do prazo necessário para alcançá-lo, prazo que, conforme o parágrafo único, se reduz a 10 anos "se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo".

Penso que a jurisprudência vai admitir essa redução de prazo somente na hipótese de a moradia ou as obras ou serviços de caráter produtivo datarem de, pelo menos, 10 anos.

A mesma redução existe em relação ao *usucapião ordinário* no art. 1.243, que estabelece o prazo de dez anos para o usucapião com justo título, reduzido tal prazo a *cinco* anos se o possuidor adquiriu o imóvel por justo título, em caráter oneroso e o registro houver sido cancelado, desde que o possuidor tenha estabelecido moradia no imóvel ou nele haja realizado investimentos de interesse social e econômico.

Penso que podia perfeitamente ser dispensada essa condição, aliás um pouco. De registro cancelado, por forma a bastarem, para a redução, a aquisição a justo título e a realização de investimentos de caráter econômico ou social.

Vê-se que a redução do prazo, tanto do usucapião extraordinário como do ordinário, presta homenagem ao princípio constitucional da função social da propriedade, beneficiando aquele que nela instala sua moradia ou implanta obras e serviços de caráter social ou econômico.

Outras espécies de usucapião

Além dessas espécies de usucapião, que são as tradicionais, de largo uso no foro – o *extraordinário* e o *ordinário* –, há duas outras previstas na Constituição Federal, e, a partir dela, no Estatuto da Cidade e no Código Civil*, o usucapião especial urbano* e o *usucapião especial rural,* e ainda outra, que seria a quinta, objeto do art. 10 da Lei n. 10.257 – o "Estatuto da Cidade", com alguns pontos de contacto com a de que trata o novo Código Civil, no § 4º do art. 228, como veremos adiante.

OS USUCAPIÕES CONSTITUCIONAIS

O usucapião especial urbano

O art. 183 da Constituição Federal e, na sua esteira, o art. 9º do Estatuto da Cidade disciplinaram o usucapião especial urbano, assim tratado no art. 1.240 do Código Civil:

"Art. 1.240 — Aquele que possuir como sua área urbana até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural".

Os requisitos para esse usucapião, portanto, são a área máxima de 250m², a utilização como moradia, a posse tranqüila e sem oposição e não possuir o requerente outro imóvel.

O usucapião especial rural

O art. 191 da Constituição Federal dispõe sobre o usucapião rural, nestes termos:

"Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela moradia, adquirir-lhe-á a propriedade".

Prestigia-se o possuidor que há mais de cinco anos lavra a terra e nela mora com a família, dando inequívoca finalidade social à terra.

A norma foi reproduzida no art. 1.239 do Código Civil.

Os dispositivos legais são suficientemente claros, dispensando maiores considerações.

O usucapião coletivo

Há um quinto tipo de usucapião, o de que cuida o art. 10 do Estatuto da Cidade, o *usucapião coletivo* de áreas urbanas com mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, "desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel rural ou urbano".

É admissível a soma do tempo de posses (§ 1º); a declaração do usucapião coletivo será feita por sentença, para fins de registro no Cartório de Imóveis (§ 2º) e, ainda na sentença, o juiz "atribuirá igual fração ideal do terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo a hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas".

O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação por dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos, obrigando os demais, discordantes ou ausentes.

Em norma inspirada no art. 923 do CPC, que veda a propositura de ação de reconhecimento do domínio na pendência do processo possessório, o art. 11 do Estatuto da Cidade manda sobrestar quaisquer outras ações petitórias ou possessórias que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo. Naturalmente até decisão final do pedido de usucapião coletivo.

O art. 12 indica os legitimados à propositura da ação de usucapião especial, entre eles os possuidores em estado de

composse e, como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados.

Na ação é obrigatória a intervenção do Ministério Público, tendo o autor os benefícios da justiça gratuita, inclusive perante o registro de imóveis.

O rito é o sumário (art.14).

O art. 13 da lei em causa é expresso, ainda, que "a usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis".

As normas constantes do Estatuto da Cidade, por si sós, comportariam uma palestra específica pelas inovações que encerraram, sendo certo, contudo, que vêm ao encontro de justas aspirações sociais de comunidades que passaram a ocupar com ânimo definitivo áreas na zona urbana, com centenas de famílias e, decorrido algum tempo, são ameaçadas de desocupação com todo o rol de problemas que isso pode acarretar.

O usucapião em defesa, na reivindicatória, de área considerável, com indenização

O projeto do Código Civil, de 1975, preconizou disposição análoga (no § 4º do art. 1.266), que veio a se constituir no § 4º do art. 1.228, com esta redação:

"O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante".

A diferença entre essa disposição e a que se refere ao usucapião coletivo de que trata o Estatuto da Cidade é que este é requerido em ação própria, por pessoas de baixa renda, ocupantes da área com propósito de moradia, como vimos precedente-

mente, e — no caso do § 4º do art. 1.228 do Código Civil — a alegação é feita *em ação reivindicatória*, não se exigindo posse para fins de moradia, nem se questionando a renda dos ocupantes.

Esta ação, como se sabe, é a ação do proprietário não possuidor contra o possuidor não proprietário.

O direito brasileiro sempre admitiu e continua a admitir, nas contestações em ações reivindicatórias, a alegação de prescrição extintiva, também chamada de alegação de usucapião em defesa (Súmula 237 do STF). Nela, o réu diz que possui o imóvel de maneira pacífica e incontestada, indicando o tempo dessa posse e afirma que embora não tenha título de domínio reúne os requisitos necessários para obtê-lo.

Reconhecida essa defesa (evidentemente após a instrução probatória), o juiz mantém o réu na posse do imóvel e julga improcedente o pedido do autor, pois o tempo decorrido desde que ele deixou de exercer posse do imóvel fez com que perdesse os direitos conseqüentes do domínio.

Essas decisões não serviam para o registro de imóveis.

A partir de janeiro de 2003, com a entrada em vigor do novo Código Civil, a exemplo de como ocorre com o usucapião coletivo do Estatuto da Cidade, a sentença a que se refere o § 4º do art. 1.228 é, agora, suscetível de transcrição.

Uma observação a mais sobre este tema.

O problema da indenização

No Estatuto da Cidade não se prevê indenização ao proprietário despojado do imóvel em tais condições. Na verdade, sendo o usucapião requerido por pessoas de baixa renda, nem há cogitar de pagamento, por elas, de indenização.

Mas, em relação ao usucapião em defesa, a que se refere o § 5º do art. 1.228 do Código Civil, que pode ser apontado como uma sexta modalidade de usucapião, porque a sentença é suscetível de assento no registro de imóveis, vigora a seguinte disposição:

"No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores".

Não se esclarece quem deverá pagar a indenização, mas vai tomando corpo a tese de que são os próprios usucapientes que deverão fazê-lo, como lembra Maria Helena Diniz – que considera a hipótese uma desapropriação judicial, só que, é claro, em favor de particulares, como, conforme a aludida autora, entenderam os participantes de uma *Jornada de Direito Civil,* realizada pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal (*in* Novo Código Civil, 1ª ed., Saraiva, p. 871).

Pelo Estatuto da Cidade, a sentença que acolher o usucapião coletivo serve, desde logo, para o registro de imóveis (art. 13).

De acordo com o § 4º do art. 1.228 do novo Código, contudo, somente após pago o preço "valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores".

O usucapião de composse

O usucapião coletivo do Estatuto da Cidade e o em defesa na reivindicatória (novo Código Civil, § 4º do art. 1.228), não se confundem com o requerido em litisconsórcio, por diversas pessoas *em composse*, que sempre se admitiu nas modalidades extraordinária ou ordinária.

Os titulares da composse, que geralmente decorre de indivisão de heranças por não ter sido providenciado o inventário, estão, também, legitimados a requerer o *usucapião coletivo*, ou mesmo alegar, em defesa, na ação reivindicatória da área que ocupam, a perda da propriedade pelo reivindicante (art. 1.228, § 4º).

A ação de usucapião

Para obter a respectiva sentença declaratória da propriedade pelo usucapião, deve o autor, por intermédio de advogado, promover ação própria, no juízo competente, expondo os funda-

mentos do pedido; juntando planta do imóvel (deve ser apresentada a ART e o memorial descritivo elaborado pelo agrimensor ou engenheiro que confeccionou a planta); pedindo a citação da pessoa em cujo nome estiver o imóvel registrado (ou juntando certidão de que não há registro anterior) e requerendo, ainda, a citação dos confrontantes e, por edital, dos interessados incertos ou eventuais interessados. O pedido deve ser feito com outorga uxória, se casado o requerente (STJ, REsp n. 60.592-0).

Serão intimados os representantes das Fazendas Federal, Estadual e Municipal.

O representante do Ministério Público intervém no processo, obrigatoriamente.

Havendo contestação, adota-se o rito ordinário, cumprindo ao autor, por testemunhas, perícias e demais meios, provar a sua posse.

Não havendo contestação o juiz profere a sentença.

Duas outras palavras finais.

O usucapião de terras na ilha

A primeira a de que, embora os bens públicos sejam insuscetíveis de usucapião, o que foi enfaticamente reafirmado na atual Constituição, é possível o usucapião de imóveis localizados nas ilhas costeiras se a posse *ad usucapionem* se completou antes da data de promulgação da atual Constituição (5-10-1988).

É que a Constituição, editada naquela data, declarou, de maneira enfática, de domínio da União também as ilhas costeiras e não só as ilhas oceânicas, como o fizera a Constituição de 1967/69. Mas, por entendimento doutrinário e jurisprudencial, ressalvam-se as posses cujos requisitos para o usucapião se completaram antes do dia da promulgação da Constituição, na esteira de entendimento do Supremo Tribunal Federal, nestes termos:

"É possível o usucapião de bens públicos na vigência do Código Civil, desde que consumado anteriormente à vigência do Decreto n. 22.785, de 1933".

Esse decreto, registre-se, declarou imprescritíveis os bens públicos.

Precedentes judiciais

A Justiça Federal de primeira e segunda instâncias vem admitindo o usucapião de imóveis localizados nas ilhas costeiras, desde que os requisitos respectivos (a posse pacífica, com ânimo de dono, por vinte ou mais anos) tenham-se consumado antes de entrar em vigor a Constituição de 1988.

São inúmeras as decisões a respeito, do colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, podendo ser referida, dentre elas, a lavrada na Ap. Cív. n. 97.04.51605-3/SC, rela. a Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrére, com esta ementa, no ponto em que interessa:

"2. As ilhas marítimas, dentre elas compreendidas as oceânicas e costeiras, efetivamente se encontram no rol dos bens pertencentes à União. Contudo, há que se ter presente que tal situação somente foi consolidada com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Decorre daí que se a posse tiver sido exercida no período de 20 (vinte) anos anteriores à atual Carta Magna, o imóvel é indiscutivelmente passível de usucapião".

Mais recentemente, acórdão relatado pelo Desembargador Federal Amaury Chaves de Athayde, na Apelação Cível n. 494.685, restou decidido:

"Administrativo e processual civil. Usucapião extraordinário – Imóvel situado em ilha costeira – Implemento dos pressupostos legais sob o ordenamento constitucional anterior (CF/67) – Factibilidade.

"— Consabido que a ordem constitucional anterior não elencava as ilhas costeiras no rol de bens públicos, é factível a acolhida de usucapião extraordinário de área ali situada, desde que preenchidos os requisitos legais a tanto em momento anterior à Constituição Federal de 1988 que, expressamente, ressalvou essa situação pré-constituída".

Prazos de prescrição

A outra observação é a de que na contagem do tempo necessário ao usucapião, em face da diminuição do prazo, do Código Civil antigo para o novo, há de se observar as regras de direito intertemporal, constantes dos artigos 2.028 a 2.030 do novo Código Civil.

Como regra geral, de acordo com o art. 2.028, se já houver decorrido mais da metade do tempo exigido pelo Código anterior, o prazo de prescrição regula-se pelo antigo Código Civil. Do contrário, isto é, não tendo decorrido mais da metade do prazo, este, para efeito de prescrição, é o do novo Código Civil.

O art. 2.029 fixa regras de transição para a contagem dos prazos reduzidos, tanto no usucapião extraordinário como no ordinário, em face do estabelecimento de moradia e obras de caráter social e econômico, bem como para a hipótese do § 4º do art. 1.228 do novo Código Civil, relacionada com a alegação de usucapião em defesa na reivindicatória ou no usucapião coletivo do Estatuto da Cidade.

Em todas essas hipóteses, e pelo prazo de dois anos após a entrada em vigor do novo Código Civil, esses prazos são acrescidos de dois anos.

Estas as considerações que julguei oportuno trazer-lhes sobre o usucapião, esse importante instituto de direito, que, por isso mesmo, é alvo de constantes inovações.

O NOVO ORDENAMENTO JURÍDICO CONCURSAL NO DIREITO DE EMPRESA

Jorge Luiz Lopes do Canto*

I. Introdução

A atual lei de falência que vigora há quase 60 (sessenta) anos já não atende plenamente às necessidades da sociedade brasileira moderna, embora seja um texto muito bem elaborado, o qual contém disposições de ordem mercantil, no campo do direito privado, e de ordem processual, na seara do direito público.

Assim, trata da execução coletiva de empresário ou empresa comercial em estado de insolvabilidade, contudo, não é dada a devida atenção na atual legislação ao princípio da preservação da empresa, pois ocupa-se mais com a liquidação do ativo da empresa do que com a sua recuperação e com a manutenção de postos de trabalho, com a conseqüente produção de riquezas para o país e distribuição de renda.

A par disso, a limitação da execução coletiva falimentar apenas ao comércio e a alguns tipos de indústria deixa de fora

* Juiz na Vara de Falências e Concordatas da Capital; Mestre em Direito Público pela Unisinos; especialista em Economia e Finanças Empresariais pela FGV; Professor de Direito Comercial na Unisinos e na Escola Superior da Magistratura.

dos benefícios existentes nesse tipo de processo o setor da prestação de serviços, sendo que este poderia valer-se da extinção das obrigações existentes antes da declaração da quebra com a possibilidade de reabilitação em lapso de tempo menor do que ocorre na insolvência civil.

Situação análoga ocorre com o benefício legal da concordata que também não é estendido ao setor de prestação de serviços, ou seja, parte das empresas, definidas como tal no atual Código Civil, está desassistida pela atual lei que trata das crises econômicas e financeiras daquelas.

Dessa forma, o Brasil deve proceder à atualização de sua legislação falimentar, a fim de adaptá-la ao que existe de mais avançado nas nações ocidentais no campo de direito concursal, atendendo aos princípios vigentes nessa área, com a possibilidade de satisfazer a um maior número de credores e envolvê-los no processo de recuperação de empresa, pois há interesse público na manutenção desse sistema produtivo.

1. O tratamento da insolvência comercial na atual lei de falência

A lei falimentar em vigor tem como fundamento, para decretação da quebra, dois tipos de sistemas, um de presunções e outro de fato. Na primeira hipótese, presume-se o estado de insolvabilidade, tanto com base na impontualidade como nos denominados atos falenciais, respectivamente, artigos 1º e 2º da Lei n. 7.661/45; já naquele último, há a confissão do empresário comercial quanto a sua insolvência (art. 8º da LF). Aliás, a exigência comum nas situações atinentes à presunção de crise econômica é que o autor do pedido comprove a sua condição de credor, sem qualquer limitação quanto ao valor do referido crédito.

Ademais, o diploma legal precitado já não atende plenamente à necessidade do empresariado nacional, tendo em vista que este tem por base o sistema francês estabelecido no Código Napoleônico de 1808, de ordem objetiva, quando então era levado em conta o comerciante individual, ou seja, para qualificar a empresa como mercantil eram considerados os denominados atos

de comércio (art. 19 do regulamento n. 737 de 1850), não se inserindo nesse contexto as empresas prestadoras de serviços.

Ainda, a falência na formatação vigente, na qual se encontra estruturada, serve apenas para proceder à liquidação do ativo subsistente, sem levar em consideração a recuperação da empresa ou a sua importância social e econômica para a comunidade na qual está inserida.

Além disso, a concordata é um instituto que também não resolve mais a situação das empresas no país, pois aquela se destina a solucionar crise financeira, ou seja, considera apenas as obrigações de curto prazo mantidas com os fornecedores, quando se sabe que atualmente as principais dívidas das empresas são as relativas aos créditos fiscais, trabalhistas e bancárias com garantias reais, sendo que todos esses créditos não estão submetidos à concordata.

Portanto, a possibilidade de êxito na recuperação de uma empresa hoje em dia é muito pequena, por exemplo, cerca de noventa por cento (90%) das empresas que pedem concordata na Vara de Falências de Porto Alegre terminam por fechar as suas portas com a decretação da quebra, em função de estar envolvida nesse processo apenas uma das categorias de credores daquela, mais precisamente os quirografários.

2. O direito de empresa e a nova lei de falência

O Código Civil atual muda o enfoque a ser levado em conta quanto à atividade comercial, passando para o sistema italiano, com base no Código Civil italiano de 1942, de ordem subjetiva, cujo vértice principal é o elemento empresa, ou seja, não importa apenas qual o ato praticado, mas quem o faz e de que forma.

Assim, a definição de empresa está disposta com seus elementos integradores no art. 966 do CC, isto é, trata-se de pessoa (física ou jurídica) que exerce profissionalmente atividade econômica organizada, a qual se destina à produção ou à circulação de bens ou serviços para o mercado, com o fim de lucro e submetida aos riscos do negócio, noção que ultrapassa o capitalismo comercial e ingressa no industrial.

A alteração estrutural precitada quanto ao conceito do que seja atividade comercial exige uma mudança da lei de falência a fim de adaptá-la aos novos setores da economia que passaram a integrar a atividade mercantil, por exemplo, aquelas pertencentes ao terceiro setor, como as imobiliárias, pois não há previsão de quebra quanto a estas ou de poderem valer-se do instituto da concordata.

No momento presente, o que existe para atender à referida mudança no campo do direito privado é o Projeto de Lei n. 4.376, de 1993, que tramitava há cerca de 10 (dez) anos na Câmara dos Deputados quando foi aprovado naquela Casa, versando sobre recuperação de empresa, judicial e extrajudicial, além da falência de pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividades econômicas, tendo como relator o Deputado Osvaldo Biolchi.

Entretanto, o projeto de lei da Câmara sofreu nova e substancial modificação no Senado Federal, no corrente ano, quando de sua aprovação sob o n. 71/2003, cuja relatoria coube ao Senador Ramez Tebet, devendo o texto em questão ser objeto de revisão e aprovação na Câmara dos Deputados.

3. A mudança de enfoque com a recuperação de empresa na nova lei

A recuperação de empresas importa em mudar a mentalidade da lei de quebras, tendo por escopo fundamental o princípio da preservação de uma empresa e não apenas proceder à liquidação desta, pois é levado em conta a sua importância social e econômica para determinada região, inclusive quanto à mão-de-obra e tecnologia empregada.

Dessa forma, a abrangência da recuperação é maior do que a existente no sistema atual com a concordata, uma vez que leva em consideração não só a crise financeira, mas também a econômica, que ocorre quando o patrimônio líquido é negativo, ou seja, com o estado de insolvabilidade. Ainda, aquele instituto deveria envolver a totalidade dos credores, desde os trabalhistas, passando pelo fisco, até os quirografários, e não apenas estes últimos como na moratória legal, a fim de que o conjunto de credores financie a manutenção daquela atividade empresarial.

Outro fator positivo é o de que o pedido de quebra só poderá ser formulado a partir de determinado *quantum*, ou seja, entre 20 (vinte) ou 40 (quarenta) salários mínimos vigentes no país, dependendo do tipo e do porte da empresa, e não com base em valor irrisório atinente a determinado crédito, individualmente considerado, disposições que se fizeram presentes em todas as versões da referida lei.

Ademais, embora seja mantida boa parte dos institutos que conhecemos no que tange à falência, há um sensível avanço quanto à forma de liquidação na hipótese de quebra, pois esta possui uma gama maior de possibilidades e é mais ágil na alienação do ativo de determinada empresa, que não tenha a menor condição econômica de prosseguir com a atividade comercial e não haja interesse social para tanto.

4. Perspectiva econômica com a mudança da lei de falência

Há muito tem-se a noção de que a lei de quebras é um dos três vértices jurídico-econômicos que despertam maior interesse para os investidores nacionais e estrangeiros, sendo que dois deles já foram atualizados mediante as novas regras atinentes às instituições financeiras e mercados de capital bem como relativas às marcas e patentes, restando apenas definir para aqueles a forma de recuperarem os seus créditos na hipótese de falência de empresa nacional.

A partir da premissa precitada, parte-se para o exame dessa questão sob o viés econômico no qual o interesse a ser preservado é o dos credores, aqui indistintamente considerados, pois é inevitável algum grau de inadimplência em qualquer sistema econômico. O que se pretende na hipótese de insolvabilidade é que o prejuízo a ser suportado seja o menor possível em termos quantitativos, bem como que a recuperação do crédito ocorra de forma mais rápida.

Assim, a partir desses parâmetros é que começou a ser revisada a legislação que trata dos institutos atinentes à falência não só nos países em desenvolvimento como também nas nações economicamente estáveis, como no caso da Alemanha, com

o claro intuito de manter a empresa em funcionamento e os seus recursos produtivos, a fim de preservar a geração de riquezas decorrente dessa atividade e, conseqüentemente, os empregos daí advindos.

Vista dessa forma, a concepção parece ser bastante singela e eficiente, o problema maior resulta da maneira pela qual os objetivos precitados serão atingidos, pois para tanto é necessário reorganizar as prioridades, de forma que todos cedam um pouco para ganharem mais ao final do processo. Nesse ponto é que reside o maior problema para a aprovação da referida lei, pois todos os credores envolvidos na ordem legal do processo falimentar concordam que os créditos sejam atingidos com algum grau de restrição para preservação da empresa, desde que não seja *o seu*.

Essa concepção de manutenção da integralidade do crédito ficou evidente no embate de forças para a elaboração da nova lei de recuperação de empresas e falências, em especial no que tange aos créditos fiscais, os quais não se sujeitaram a participar daquele instituto, embora estejam situados entre os maiores credores das empresas, até mesmo em função da elevada carga tributária que envolve a atividade produtiva no país.

Recusa-se a Fazenda Pública, em todas as suas esferas, a fazer parte do plano de recuperação, ou seja, dos agentes que financiariam o soerguimento de uma empresa, ao contrário do que ocorre em outros países, como no caso dos Estados Unidos da América e da Alemanha, apenas para exemplificar.

Fruto das divergências entre os inúmeros interesses envolvidos no processo de recuperação de empresas e falência, a nova lei claudica em definir qual o sistema econômico-jurídico a ser utilizado, ora aproximando-se da legislação americana quanto à recuperação, em especial o denominado capítulo 11, no qual a empresa inadimplente pode ser transferida para os credores, ora permanecendo com os rígidos mecanismos de intervenção do Estado, à semelhança do direito francês, que, de regra, resultam na liquidação do patrimônio da empresa, naquela com a prevalência dos credores na gestão do processo, e nesta com

uma maior intervenção do Estado-Juiz na resolução do procedimento.

Esse dilema quanto ao sistema a ser adotado, no que tange à elaboração do novo diploma legal para o instituto da falência e a criação da possibilidade jurídica de recuperar empresas, resulta em elevado custo econômico-financeiro. A esse respeito é interessante o estudo realizado por Aloísio Araújo e Eduardo Lundberg[1] no que se refere à importância da reforma do sistema falimentar para recuperação de empresa e, conseqüentemente, diminuição dos juros bancários em decorrência disso, o qual é transcrito parcialmente a seguir:

"Como é notório e sabido, o Brasil é um dos países que conta com as mais altas taxas de juros sobre empréstimos e onde o crédito só representa 26% do PIB. Esta situação que não favorece o desenvolvimento de novas empresas e a boa utilização do capital tem várias origens. Uma das mais importantes é sem dúvida a alta necessidade de financiamento do setor público que absorve boa parte da poupança doméstica. Contudo existem vários outros fatores explicativos, entre os quais a capacidade do credor reaver o crédito em caso de inadimplência do devedor, conforme se pode observar a partir das diferenças entre as taxas de juros e o montante das várias modalidades de crédito. Por exemplo, a existência de mecanismos adequados de recuperação de crédito explica a menor taxa de juros e o alto volume de crédito, no caso dos financiamentos a veículos, das operações de *Vendor* e dos ACCs, comparativamente ao que se verifica no crédito pessoal, cheque especial e conta garantida.

"No caso específico do setor empresarial, vital para o processo de crescimento econômico e geração de emprego, nossa legislação de falências é um importante entrave ao crédito e causa de perpetuação do funcionamento de empresas inadimplentes. Em função de institutos dessa legislação, a mecânica básica do

1 ARAÚJO, Aloísio Pessoa de, e LUNDBERG, Eduardo Luis, V — *A Nova Lei de Falências* — Uma avaliação, Economia Bancária e Crédito/Avaliação de 4 anos do projeto Juros e *Spread* Bancário — Banco Central, p. 46, www.bcb.gov.br/ftp/rel_economia_bancario_credito.pdf, acesso em 15-10-2004.

sistema creditício brasileiro pode ser descrita da seguinte forma: bancos e outros agentes fazem créditos moderados às firmas sadias. Ao menor sintoma de dificuldades financeiras, os credores procuram reduzir seus créditos e as firmas a atrasar o pagamento de impostos. Em resposta, os credores ficam ainda mais receosos em não reaver seus créditos, pois em caso de liquidação da firma, serão os últimos a receber, dada a prioridade dos créditos trabalhistas e fiscais na falência. Isto faz com que eles diminuam ainda mais os créditos, inclusive executando garantias, enquanto as firmas tendem a atrasar ainda mais os impostos até que elas fiquem desprovidas de crédito e numa situação extremamente frágil. Os credores porventura restantes não se atrevem a pedir a falência da firma, em função da mesma prioridade já apontada da Lei de Falências, enquanto o fisco devido a várias razões, também não o faz".

Dessa forma, em tese, a modificação da legislação falimentar, adaptando esta à nova realidade jurídico-econômica vigente, seria um fator importante para a manutenção sustentada do desenvolvimento econômico do país, na medida em que daria maior garantia para o resgate mais célere e eficiente de créditos de empresas inadimplentes. Possibilitaria, ainda, a recuperação de empresas em crise econômico-financeira, com a manutenção da atividade produtiva e a conseqüente geração de riqueza e empregos tão necessários ao Brasil.

5. Vetores tempo e espaço quanto à nova lei

O primeiro fator a ser perscrutado é a evolução do tratamento da insolvência comercial no Brasil no curso do tempo, tendo em vista que esta deixou de ter o caráter punitivo estabelecido nas ordenações portuguesas numa primeira fase, passando a ser adotado um sistema de execução coletiva a partir da república, inicialmente com o Decreto n. 917 de 1890 até a atual Lei n. 7.661 de 1945. Aquele diploma republicano com a prevalência da autonomia dos credores para concessão de concordata e na liquidação do ativo. Já esta lei com a intervenção do Estado-Juiz e a supremacia do interesse público nas questões em exame.

Ademais, o decreto precitado também tratava da denominada moratória amigável, qualificada como concordata extrajudicial, figura jurídica tipificada no atual diploma falimentar como uma das hipóteses de atos falimentares que fazem presumir o estado de insolvabilidade, consoante estabelece o art. 2º, inc. III, daquele texto legal.

Assim, sob o ponto de vista puramente temporal e no que diz respeito ao aspecto da autonomia dos credores, o substitutivo aprovado no Senado Federal seria um retorno ao decreto do século XIX, cuja experiência no país não foi alvissareira, em razão do *abuso das vantagens*[2] obtidas pelos credores, com o desvio de bens e a apropriação indevida do patrimônio de empresas submetidas àquela legislação.

Frisa-se que tanto na época do decreto precitado como no substitutivo ao projeto de lei aprovado no Senado não há a intervenção do Ministério Público, o qual exerce na legislação atual dupla função fiscalizadora, pois atua no sentido de apurar e coibir a prática de crimes falimentares e de resguardar o interesse público quanto ao crédito comercial para que haja a correta liquidação do ativo e o pagamento dos credores na ordem fixada em lei.

No que diz respeito ao vetor espaço, pretende-se abordar aqui as questões geopolíticas que têm interferido na premente modificação da lei de falências, tendo em vista que há recomendações de diversos organismos internacionais no que se refere à insolvência corporativa, dentre os quais o Banco Mundial e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no sentido de integrar a legislação falimentar com o sistema jurídico e econômico.

O modelo previsto pelos organismos multilaterais supracitados visa a permitir a reorganização ou a liquidação de empresa de forma célere, eficiente, transparente e imparcial, mediante um tratamento eqüitativo dos credores de mesma classe, o qual decorreu da análise de problemas existentes no processo falimentar de diferentes países.

2 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, vol. 3. SP: Saraiva, 2004, p.14.

A esse respeito é interessante trazer à baila alguns pontos de convergência entre as legislações de países desenvolvidos, como Estados Unidos, Alemanha e França, e em desenvolvimento, como Argentina e México, estes dois com alterações recentes em seus diplomas legais, a seguir transcritos[3]:

"1. Regimes incentivam recuperação da empresa.

"2. Suspensão das ações contra a empresa na recuperação judicial (*automatic stay*).

"3. Manutenção do devedor na administração da empresa durante a recuperação (*debtor in possession*).

"4. Aprovação pelos credores do plano de recuperação da empresa (exceto na França).

"5. Votação dos credores por classe.

"6. Regime falimentar geral não abrange determinados segmentos".

Portanto, fica cada vez mais evidente a necessidade de serem utilizados instrumentos jurídicos comuns na resolução das questões atinentes à insolvência corporativa, o que também vem sendo objeto de estudo por parte da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (CNUDMI) desde 1995, e resultou na aprovação da Lei Modelo sobre a Insolvência Transfronteirissa[4], em Viena na data de 30 de maio de 1997, que visa a administrar de forma mais eficiente as insolvências de empresas transnacionais.

Dessa forma, cabe ao Brasil adequar a sua legislação falimentar à realidade jurídica e econômica atual, restando apenas definir qual o sistema que melhor se adapta à conjuntura vigente e à nossa experiência jurídica, levando em conta as peculiaridades e os interesses de nossa coletividade.

3 IEDI — Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial — A reforma da Lei de Falências, vol. 1: Conceitos, comparações internacionais e propostas para o Brasil, setembro/2003, www.iedi.org.br/admin/pdt/20031008_fal_1pdf, acesso em 15-10-2004.

4 www.uncitral.org/spanish/texts/insolvency/insolvency-s.htm, acesso em 15-10-2004.

Nesse sentido talvez quem melhor defina o norte a ser seguido, a fim de suplantar esta crise legislativa quanto ao direito falimentar, seja o jurista argentino Efraín H. Richard[5] ao tratar da ética existente no âmago do direito comercial, ao asseverar que:

"Se trata de mirar la realidad y el sistema jurídico, para determinar su congruencia y aplicabilidad.

"Volver a lo que nosotros llamamos el 'viejo corazón del derecho comercial', siempre renovado, em um doble esfuerzo: um derecho substancial más simple, configurando lo que llamamos la 'economía del derecho', com menos normas pero más efectivas, livrando las conductas e la autonomía de la voluntad en cuanto no infrinja el orden social pretendido, y cuando se adviertan desvíos o la necesidad de regulación, disponer de técnicas normantivas pluscuam-perfectas. Al mismo tempo una justicia inmediata, o por lo menos más eficiente, punto en que se encuentran concentrados esfuerzos de la Uncitral, conforme informe que recibimos el 5 de julio de 2002 em la Universidad Nacional de Córdoba de la profesora Aída Kemmelmajer de Carlucci, quien participa de la comission respectiva".

6. Análise das inovações trazidas pelos projetos da Câmara e do Senado Federal

Feitas as considerações anteriores sob os vieses jurídico, econômico, temporal e geopolítico, é possível proceder a uma melhor análise quanto às modificações legislativas trazidas tanto pela Câmara quanto pelo Senado Federal, levando em conta uma maior ou menor proximidade destes projetos dos sistemas vigentes no mundo ocidental.

Há que se esclarecer que não se pretende aqui adentrar nas minúcias de cada um dos textos legais elaborados nas casas legislativas precitadas, o que não é objeto do presente artigo, mas examinar algumas das novas bases trazidas por aqueles e

5 ARECHA, Martín, DASSO, Ariel, NISSEN, Ricardo A., e VÍTOLO, Daniel R. – Coordinadores. *Conflicto actuales em sociedades y concursos*. Buenos Aires-Argentina: AD-HOC Villela Editor, 2002, p. 3-4.

nos quais se assenta o procedimento que trata da insolvência corporativa.

O primeiro ponto a ser abordado diz respeito ao tipo de empresa que possa valer-se tanto do processo de recuperação como da execução coletiva falencial, tendo em vista que o projeto da Câmara apresenta um espectro mais amplo, possibilitando isso para sociedades civis bem como para empresa simples, não fazendo distinção entre sociedade comercial e civil.

Já o projeto aprovado no Senado menciona apenas a expressão empresa, o que leva a crer que se trata de sociedade mercantil, tendo em vista que o referido texto legal tem o perfil mais aproximado com o capítulo 11 da legislação americana a esse respeito, na qual a recuperação de empresas se destina quase que exclusivamente quanto às sociedades anônimas, cuja natureza jurídica é comercial por excelência.

Outro aspecto a ser examinado é quanto à inovação trazida do direito americano que trata da recuperação de empresas, o que, dentro de determinadas condições e atendido a certos requisitos, permite que a sociedade mercantil prossiga com sua atividade produtiva, mediante a comprovação de sua viabilidade econômica ou diante do interesse social e estratégico de mantê-la, devendo ser comprovado no denominado plano de recuperação mediante a apresentação de laudo econômico-financeiro.

É oportuno salientar que o plano precitado deve prever a forma de reorganização da empresa mercantil, o que pode ocorrer mediante uma cisão, incorporação, fusão ou transformação da sociedade, bem como mediante a concessão de prazos ou condições especiais de pagamento, dentre outras hipóteses, como a alteração do controle acionário. Situações jurídicas que, por si sós, demonstram a abrangência maior desse instituto em relação à concordata, pois, ainda que de forma indireta, atingiria a todos os credores.

Contudo, ao contrário de países como a Alemanha e os Estados Unidos, o Fisco no Brasil não participa com os seus créditos do financiamento da recuperação de uma empresa, inclusive pode obstá-los, caso não haja a apresentação das certidões

negativas de débito fiscal no prazo de cinco dias após a aprovação do plano de recuperação, o que é causa para a decretação da falência da empresa recuperanda.

Frisa-se que as microempresas e as denominadas empresas de pequeno porte, esta última sem definição jurídica em nosso sistema legal, sujeitam-se a um plano especial de recuperação, o que atinge apenas os créditos quirografários. Nesse ponto haveria apenas a troca de nomenclatura, mas estaríamos diante da já conhecida concordata dilatória, com a suspensão do pagamento pelo prazo de seis meses, e a satisfação do débito com pagamentos mensais no interregno de tempo de até três anos.

O texto legal em exame prima pelo fortalecimento da autonomia dos credores, tanto no que tange à recuperação de empresas, como também quanto à falência, pois torna obrigatória a criação de comitê, composto por três classes de credores, e a instauração de assembléia-geral com o poder de fiscalização e decisório no que concerne à aprovação do plano de recuperação, assim como para liquidação do ativo da empresa falida.

Outra modificação realizada em relação ao sistema atual é a de que a verificação dos créditos passa a ser feita diretamente com o administrador judicial, na hipótese de recuperação de empresa, podendo ser apreciada judicialmente a habilitação de crédito se houver impugnação quanto a esta.

A par disso, a classificação dos créditos também sofreu sensível modificação, uma vez que houve uma nítida cisão entre os denominados créditos extraconcursais, compreendendo aqui, primordialmente, os atuais encargos e dívidas da massa, como, por exemplo, a remuneração do administrador judicial e os créditos concursais, cuja inovação é a limitação dos créditos trabalhistas a cento e cinqüenta salários mínimos e o pagamento precedente dos créditos com garantia real até o valor do bem gravado em relação aos créditos tributários.

Assim, todas essas alterações apontam no sentido da desjudicialização dos procedimentos da recuperação de empresa e da falência, pois os credores têm toda a autonomia de decidir a forma de condução do processo, cabendo ao magistrado,

na apreciação destes, verificar o cumprimento dos requisitos legais e apenas homologar a vontade manifestada por aqueles. Exemplo disso, é que na recuperação de empresa, tanto extrajudicial como judicial, o plano apresentado para ser aprovado depende da vontade dos credores, enquanto que na falência estes decidem a forma de liquidação do ativo.

Ademais, o projeto do Senado Federal, diferentemente daquele aprovado na Câmara dos Deputados, faculta a atuação do Ministério Público para as hipóteses de indício de crime ou de infração à lei, não exercendo mais esse órgão a função de *custos legis*, o qual detém extenso direito na atual legislação falimentar de intervenção e de controle do processamento da falência e da concordata.

Outro ponto que se pretende sinalar é a criação de uma limitação do projeto aprovado no Senado à utilização das ações falenciais no que tange aos negócios ocorridos durante o processo de recuperação da empresa, os quais não estariam sujeitos a exames em sede de ações revocatórias no que diz respeito à eficácia daqueles atos quanto à massa falida, ainda que praticados mediante fraude ao concurso de credores.

Por fim, em relação à apuração dos crimes falimentares, houve importante avanço com o término do inquérito judicial, procedimento que na maioria das vezes servia apenas para facilitar a impunidade, em decorrência da prescrição dos delitos devido ao tempo de tramitação. Em contrapartida, não houve a incidência automática dos efeitos de inabilitação para o exercício de atividade empresarial, dentre outros, o que pode acarretar prejuízos a terceiros que negociarem com apenados pela prática dos referidos crimes.

7. Crítica às propostas da Câmara e do Senado Federal para nova legislação em função dos princípios incidentes no direito concursal

A principal crítica a ser feita ao texto aprovado no Senado diz respeito à desjudicialização do processo de insolvência corporativa, tendo em vista que é dada prevalência à autonomia dos credores, o que até se justificaria para a hipótese do denomi-

nado acordo pré-concursal, composição feita pela devedora com aqueles para *superar dificuldades econômicas e financeiras de caráter geral, ou a cessação de pagamentos, podendo estipular-se qualquer objeto lícito para esses fins*[6] , mas não para o processo judicial, pois aqui trata-se de uma *função exclusiva do Estado*[7], na qual o Estado-Juiz visa a atender ao interesse público na composição do litígio.

Ademais, o direito concursal tem o caráter publicístico, uma vez que envolve não apenas questões de ordem processual, tanto na recuperação de empresa como na falência, como também a ordem legal de preferencialidade na satisfação dos credores, além do tratamento a ser dado ao ativo da empresa devedora, como na hipótese de alienação daquele patrimônio, o que deve ter como norte a preservação deste.

Assim, o direito concursal é de ordem pública e não pode ser sobrepujado pelo interesse privado dos credores, sob pena de serem desrespeitados determinados preceitos constitucionais, como o da função social da empresa[8] , a qual tem por finalidade não apenas defender os direitos de seus sócios e acionistas, como também atender às garantias atinentes aos empregados de determinada empresa e aos consumidores que negociam com esta, gama de interesses coletivos que não podem ser desconsiderados em favor da garantia da satisfação dos créditos comerciais inadimplidos.

De outro lado, a prevalência do interesse particular dos credores no processamento das ações concursais de recuperação de empresa e de falência pode ocasionar problemas maiores do

6 LOBO, Jorge Joaquim. *Direito Concursal*: contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal. RJ: Forense, 1996, p. 36.

7 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 2.ed., Campinas: Bookseller, 1998, p. 9.

8 A esse respeito Modesto Carvalhosa ensina que tem *a empresa uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais* — CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, vol. 3. SP: Saraiva, 1977, p. 237.

que as soluções esperadas com o texto legal aprovado. Veja-se, por exemplo, a questão relativa à tomada de decisões por parte do comitê ou da assembléia de credores que contém fator de imprevisibilidade maior do que a decisão monocrática judicial, assim como aquela resulta em maior demanda de tempo, o que contraria o princípio de celeridade na retomada do crédito previsto na referida legislação.

Nesse sentido é oportuno trazer à baila a situação jurídica relativa ao fato de o comitê decidir quanto à venda de bens perecíveis, os quais podem ser alienados antecipadamente. Caso haja divergência entre os membros daquele, surgiria a possibilidade de ser convocada uma assembléia-geral para decidir quanto a esta questão, o que pelo decurso do tempo por certo importaria no perecimento dos referidos bens, em prejuízo da coletividade de credores e da própria empresa submetida ao procedimento concursal.

Portanto, não há a menor dúvida de que estamos diante da aplicação do princípio da prevalência do interesse público no direito concursal, para o qual é imprescindível o respeito às garantias constitucionais anteriormente mencionadas, as quais serão concretizadas mediante o fortalecimento dos poderes e o aumento das atribuições do Juiz[9] naquele procedimento.

Outros dois pontos que motivaram intensas discussões em ambas as casas legislativas, quando da elaboração do projeto de lei em exame, dizem respeito à não participação do fisco no procedimento concursal, tanto no que se refere à recuperação de empresas como a falência, quanto à limitação do *quantum* dos créditos trabalhistas a serem pagos na recuperação de empresas.

A recuperação de empresas necessita da participação de todos os credores para o financiamento da reestruturação empresarial ou mesmo na tomada de decisão da forma em que esta será feita, concepção que vem sendo adotada nos mais diversos ordenamentos jurídicos, em especial na legislação alemã, a qual

9 Nota n. 6, p. 19.

estabelece a participação do Estado[10] nesse processo, priorizando aqui o princípio da eqüidade, tanto para a preservação da empresa quanto para a sua liquidação.

Dessa forma, a omissão do Estado em participar dos procedimentos previstos no projeto de lei concursal vem gerando desconfiança de parte dos credores, em especial dos trabalhistas, pois não haveria sentido em limitar o crédito destes, contrariando a garantia constitucional da irredutibilidade dos valores que lhes são reconhecidos judicialmente, em função de sua natureza alimentar. Situação jurídica que, em tese, modifica a preferencialidade dos créditos trabalhistas em relação aos fiscais, permitindo que a Fazenda Pública não só prossiga com as execuções fiscais para perceber integralmente seus créditos, mas também que estes possam obstar a recuperação se não forem satisfeitos.

Sob o prisma precitado fica evidente não só o desrespeito à ordem legal de percepção dos créditos fixada em lei complementar tributária (art. 186 do CTN), como também ao princípio da eqüidade, o qual se fundamenta em motivos de ordem social e exigências do bem comum, pois seria injusto e desarrazoado impedir a percepção integral de crédito trabalhista para satisfazer o crédito fiscal em sua totalidade, embora este seja de hierarquia inferior àquele.

Ademais, o PLC n. 71/2003 aprovada no Senado Federal atenta ao princípio da economicidade no que diz respeito à regulação da relação custo a ser suportado pela coletividade com a recuperação de empresas ou mesmo na liquidação do patrimônio empresarial na hipótese de quebra e o benefício daí advindo para os credores e a própria sociedade, com a prevalência deste último. Quanto à importância daquele paradigma principiológico já tive[11] a oportunidade de referir que:

"Assim, pelo princípio antes invocado, objetiva-se definir qual o tipo de lucro que se pretende, ou seja, se o individual ou o

10 BERGER, Dora. *A insolvência no Brasil e na Alemanha.* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2001, p. 39.

11 CANTO, Jorge Luiz Lopes do. *Entre o público e o privado*: a regulação dos juros bancários e a sua aplicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 80.

social, de sorte que, se a opção for por este último, a aplicação hermenêutica terá em mente as circunstâncias e peculiaridades de cada fato econômico-jurídico a ser analisado, a fim de levar em conta na decisão a ser tomada qual aspecto se apresenta mais vantajoso sob o ponto da justiça social, ou por outra, que tipo de valoração jurídica é mais adequada e traz maior benefício ao agregado coletivo e ao interesse social".

Outra das questões a serem discutidas quanto ao substitutivo ao projeto de lei concursal aprovado no Senado Federal é a impossibilidade de reexame dos atos praticados durante a recuperação da empresa por meio de ações revocatórias, mesmo que esses fossem praticados com o intuito de fraudar o concurso de credores e viessem em prejuízo destes, por maior que fosse a prioridade na satisfação dos referidos créditos, como, por exemplo, os trabalhistas, aqueles com garantias reais e os fiscais.

Ora, as ações revocatórias têm por objeto examinar os negócios realizados com bens da empresa falida, em período de tempo anterior à quebra, e restituir à massa os bens retirados de seu acervo patrimonial irregularmente, a fim de que este ativo possa garantir aos credores a recuperação dos créditos inadimplidos pela empresa devedora.

Diga-se de passagem que instituir a recuperação de empresas como causa impeditiva das ações falenciais importa em verdadeiro desvio de finalidade desse procedimento, o que atenta não só contra à ordem pública, vigente no processo falimentar, como também ao princípio da afetação patrimonial à autonomia da empresa. Isso deve-se ao fato de que o patrimônio de sociedade mercantil constitui o perfil objetivo do fenômeno econômico denominado de empresa, segundo a teoria de Alberto Asquini[12], bem como aquele serve de garantia aos credores desta. Portanto, a dissipação dos bens e direitos de determinada empresa inviabilizaria a execução coletiva falencial e a satisfação dos créditos concursais.

12 OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Tratado de direito empresarial brasileiro*. Campinas: LZN, 2004, p. 366.

O substitutivo do Senado Federal afasta a intervenção do Ministério Público, contrariamente ao projeto aprovado na Câmara dos Deputados, o que contraria o princípio da prevalência do interesse público no direito concursal e impede a fiscalização da sociedade mediante a atuação daquele órgão do Estado quanto ao exato cumprimento da lei, bem como no interesse da coletividade concursal, em evidente prejuízo aos credores.

O último ponto a ser analisado no presente artigo quanto ao substitutivo aprovado no Senado diz respeito à correta aplicação das leis penais, tendo em vista que, ao contrário do projeto advindo da Câmara, houve a exclusão da possibilidade jurídica de responsabilização criminal nas hipóteses de recuperação extrajudicial, ficando as vítimas dos delitos praticados nesta seara ao desamparo dessa legislação, bem como não há a imediata incidência dos efeitos da condenação criminal no âmbito civil.

Essas medidas contrariam o princípio da boa-fé, na medida em que diminuiriam a confiança na recuperação extrajudicial, além de propiciar que credores e terceiros que negociarem com empresários inidôneos sejam prejudicados por estes, em razão da falta de informação quanto à condenação por delito falimentar.

Assim, só a fixação automática dos efeitos acessórios da condenação criminal no âmbito civil e comercial permitiria afastar empresários improbos da administração ou gerência de sociedades empresárias, restrição de direito que serviria para dar maior segurança jurídica não só àqueles que contratam com as referidas empresas como também aos sócios destes empreendimentos empresariais.

II. Conclusão

O projeto de lei de falência em exame no Congresso Nacional apresenta como fundamento o princípio da preservação da empresa, pois a continuação da atividade desta mediante a sua recuperação mantém a geração de riquezas e de empregos, o que é essencial para fazer frente à nova realidade econômica que vivenciamos.

A mudança da legislação civil ocorrida recentemente em nosso país exige alteração da lei falimentar, a fim de que esta se adapte à alteração de sistema verificada quanto ao direito empresarial, em conformidade com os princípios que norteiam o direito concursal.

A modificação legislativa em questão estabelece um novo tratamento quanto à insolvência de empresas regidas pelas regras do direito comercial bem como deve possibilitar a recuperação daquelas mediante a participação de todos os credores desta, tanto na esfera privada quanto na pública, o que seria um avanço em termos de financiamento da atividade empresarial.

É fundamental, ainda, para o sucesso da nova legislação concursal que esta norteie o princípio da prevalência do interesse público nos procedimentos que normatiza, pois só assim será garantida a plêiade de interesses coletivos e sociais que se fazem presentes no projeto em análise.

É claro que o referido estatuto concursal não é uma obra pronta, mas necessita de aprimoramentos, o que não o desmerece, pois a mudança com seus acertos e erros é sempre bem vinda, possibilitando uma nova visão sobre o secular instituto da quebra, em consonância com o contexto atual da sociedade brasileira.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Aloísio Pessoa de, e LUNDBERG, Eduardo Luis, V. — *A Nova Lei de Falências* — Uma avaliação, Economia Bancária e Crédito — Avaliação de 4 anos do projeto Juros e *Spread* Bancário — Banco Central, www.bcb.gov.br/ftp/rel_economia_bancario_credito.pdf, acesso em 15-10-2004.

ARECHA, Martín, DASSO, Ariel, NISSEN, Ricardo A., e VÍTOLO, Daniel R. – Coordinadores. *Conflicto actuales em sociedades y concursos*. Buenos Aires, Argentina: *AD-HOC*- Villela Editor, 2002.

BERGER, Dora. *A insolvência no Brasil e na Alemanha.* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2001.

CANTO, Jorge Luiz Lopes do. *Entre o público e o privado*: a regulação dos juros bancários e a sua aplicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas,* vol. 3. SP: Saraiva, 1977.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil,* vol. II, 2.ed. Campinas: Bookseller, 1998.

IEDI — Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial — A reforma da Lei de Falências, volume 1: Conceitos, comparações internacionais e propostas para o Brasil, setembro/2003, www.iedi.org.br/admin/pdt/20031008_fal_1.pdf, acesso em 15-10-2004.

LOBO, Jorge Joaquim. *Direito Concursal:* contemporâneo, acordo préconcursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal. RJ: Forense, 1996.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa,* vol. 3. SP: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Tratado de direito empresarial brasileiro.* Campinas: LZN, 2004.

_____. www.uncitral.org/spanish/texts/insolvency/insolvency-s.htm, acesso em 15-10-2004.

INOVAÇÕES NO DIREITO IMOBILIÁRIO *

José Isaac Pilati **

Introdução

Em face do título da palestra, devo abordar inovações (pontuais) no regime jurídico dos bens imóveis, nos campos da posse, da propriedade, dos direitos reais limitados de gozo e de garantia, partindo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 e do Código Civil brasileiro de 2002 – CC/02, diante da legislação esparsa, até os dias atuais. Antes, porém, peço a vossa permissão para começar com uma alegoria.

Perspectiva ético-filosófica da abordagem

O hipopótamo é, talvez, o único ser do reino animal que é dotado de dois ouvidos; com um ele escuta o que se passa embaixo da água e com o outro – simultaneamente – o que está acontecendo fora da lagoa. Desde o berço das instituições jurídi-

* Palestra proferida no II Congresso Nacional de Direito em Balneário Camboriú/SC – 2-10-2004. Texto revisto e ampliado.

** *Doutor em Direito pela UFSC, professor da graduação e da pós-graduação da mesma Universidade.*

cas, em Roma[1], ficou claro que o jurista também, perante os perigos da vida, deve ser dotado de ouvidos especiais. Deve estar habilitado a ouvir não só o que acontece dentro, na totalidade técnica e formal do Direito, mas também para perceber a tempo os ruídos da mudança, que costumam vir de fora, da surpreendente realidade econômica, com suas inovações tecnológicas, que abrem vazios jurídicos (Grossi, 1992)[2], criam monopólios e forjam novas instituições.

Cedo perceberam os romanos que os produtos e as leis envelhecem, que o novo exige e impõe desafios, e que o Direito, como a vida, deve ser sempre maior do que a lei; perceberam que o Direito deve ser previdente; sobretudo, deve ter a capacidade de absorver o novo sem sacrifício do social, com o máximo de utilidade para o indivíduo e a glória do Estado[3]. Quando se deixa ao alvedrio do particular o comando da mudança, deterio-

1 Falando sobre a influência de Aristóteles no Direito Romano Clássico, com seu conceito de direito natural, Rolim (2000, p. 78) chama a atenção para o método (dialético) que aplicavam os pais do direito, perante o caso concreto: "eles analisavam, de forma objetiva, tanto as circunstâncias presentes como as tendências naturais próprias da natureza humana, que envolviam o fato colocado *sub judice*". E assim, "buscavam aquilo que era *justo*, e não a aplicação pura e simples de qualquer regra já estatuída, que muitas vezes não se adequava à realidade dos fatos examinados". É esse o ponto de apoio da afirmação *supra*.

2 A afirmação de Grossi, de que o proprietário atua nos vazios jurídicos, fortalece a seguinte reflexão que fiz em Seminário de Doutorado, perante o Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Univali, em 2003: "A propriedade, como sistema, tendencialmente, permite ao proprietário e ao capital atuar em tempo real, ao passo que o controle social e jurídico, apesar da supremacia que se lhes garante, é, basicamente, formal e técnico; atua em tempo de reação. Por isso, a inovação tecnológica surpreende, abrindo 'vazios jurídicos' em favor do proprietário que às vezes passa a desfrutar de grandes privilégios às custas da Sociedade, até que a efetiva reação político-jurídica do sistema sobrevenha. Um bom exemplo são a indústria farmacêutica e a dívida externa brasileira, no mundo globalizado. A primeira começa a encontrar as primeiras, e tímidas, barreiras jurídicas perante a Organização Mundial do Comércio; e a segunda, não conhece outro campo que não o político. O grande capital, no sistema de globalização da economia, está imune à função social, o que se constitui em odioso desequilíbrio, a desafiar os juristas".

3 Entendo, com Pasold (2003, p. 21), que o Estado é "criatura da Sociedade", e que encontra sentido (e, portanto, glória) servindo "toda" a Sociedade.

ra-se o social e anula-se o Estado; quando se anula o particular pelo social, colhem-se estagnação e desordem, autoritarismo e decadência das instituições políticas.

Daí a função social[4] do jurista ao empenhar-se pelo triunfo da Consciência Jurídica[5] no seio da Sociedade; pois se o Direito não é a perna do organismo que formamos com a Sociedade e o Estado, é o senso do equilíbrio, e quem não se equilibra não anda, arrasta-se.

A CRFB/88 consagra a função social e a função sócio-ambiental da propriedade e da posse, como da cidade, e bem assim, no art. 225, o desenvolvimento sustentável, "que visa" – no dizer de Roxana Borges (1999, p. 20) – "a atender às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras atenderem as suas". É o que está expresso, aliás, no § 1º do art. 1.228 do Código Civil[6].

Esse é o perfil da propriedade hodierna, que é garantida constitucionalmente com esse pressuposto: a propriedade rural e a propriedade urbana devem atender a ideais de justiça econômica e social, incorporando o dever de atingir "finalidades consideradas legítimas pelo ordenamento jurídico" (Borges, p. 72). Pelo ordenamento e pela Sociedade, acrescente-se!

O modelo abre a perspectiva de a "responsabilidade de promoção do bem comum" ser partilhada com a Sociedade (Borges,

4 "Função social" é categoria antitética de "direito subjetivo"; no caso deste, atuo, com poder legitimado pelo Direito, em prol dos meus interesses particulares; no caso daquela, atuo (ou deixo de atuar) em prol da coletividade e dos interesses do bem comum, harmonizados com os meus. Tem a natureza de princípio (GONDINHO, 2001, p. 397), e a sua atuação não se esgota na desapropriação por interesse social por órgão da União ou do Município (CRFB, arts. 182, § 4º, e 184), evidentemente.

5 Pasold (2001, p. 54) assim define Consciência Jurídica: "é a noção clara, precisa, exata, dos direitos e dos deveres que o indivíduo deve ter, assumindo-os e praticando-os consigo mesmo, com seus semelhantes e com a Sociedade".

6 Diz o § 1º do art. 1.228 do CC/02: "O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".

p. 79). Vale dizer, se o proprietário perde o monopólio da propriedade, o Estado perde o monopólio do bem comum. Quando o Ministério Público propõe uma ação civil pública para proteger a ordem urbanística, por exemplo, atua no campo que lhe abre (e à Sociedade), a função social da cidade, campo este que escapa ao poder administrativo discricionário do Executivo Municipal.

Portanto, uma das grandes, se não a maior, inovações da propriedade hoje é a superação do paradigma individualista das codificações, estruturado à base de categorias como: bens móveis e imóveis, bens corpóreos e incorpóreos, direito absoluto e relativo, direito pessoal e real, direito público e privado.

Essa cortina de fumaça, metafísica e artificial, que é o método de distribuição das matérias nas codificações, tem contribuído para neutralizar aquele ouvido especial do jurista, diante das novas realidades da propriedade hodierna, na sua dimensão financeira, tecnológica, organizacional, institucional, globalizante e excludente.

A propriedade imóvel, nesse contexto, perdeu a importância (política) que teve na Idade Média e sob o Feudalismo, assim como já não apresenta o perfil (individualista) que teve nas codificações dos séculos XIX e XX. Quem adquire um lote urbano, hoje, adquire-o entre equipamentos públicos e dentro de uma ordem urbanística (art. 2º, § 4º, da Lei n. 6.766/79)[7]; o proprietário de um manto florestal tem antes o dever de preservá-lo do que o direito de destruí-lo: a biodiversidade que tal floresta abriga constitui um bem ambiental, pertencente a todos, e não pode ser prejudicada por uma exploração econômica predatória, ou extrativismo irresponsável de eventual proprietário.

Os aspectos mais significativos dessa nova ordem, porém, não se explicam apenas no campo do direito das coisas e de novos ramos afins como o direito ambiental, o direito urbanístico e o direito agrário. Rodrigo Leonardo (2003) publicou interessante obra sobre "redes contratuais no mercado habitacional". São os contratos conexos, em que o jurista deve considerar a operação econômica em sua totalidade, e não apenas um dos contra-

7 Diz o § 4º do art. 2º da Lei n. 6.766/79, com a redação da Lei n. 9.785/99: "Considera-se lote o terreno servido de infra-estrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe".

tos, isoladamente. Se uma cooperativa de agricultores de uma pequena cidade do interior catarinense, por exemplo, tem prejuízo na comercialização da safra, perante o atravessador que se aproveita de situação transitoriamente desfavorável da outra parte; e se o produto, em seguida, lá na ponta final, proporciona lucro estratosférico, a cooperativa não poderia pleitear o quinhão que pertence, de direito e de justiça, aos produtores prejudicados? O magistrado não poderia considerar a operação econômica como um todo e entender que uma simples manobra oportunista, diante de condições desfavoráveis dos produtores, não pode enriquecer apenas um dos lados, às custas e sem contrapartida ao trabalho de uma comunidade inteira?[8]

Assim, à função social da propriedade somam-se: função social do contrato (art. 421 do CC/02)[9] e o princípio do enriquecimento sem causa (CC/02, art. 884)[10]. Função social que, por sua própria natureza, não é um conceito isolado, que se esgote no âmbito das questões meramente fundiárias ou de reforma agrária.

Por outro lado, se a indústria do papel ocupa com *pinus eliotis* extensas áreas rurais, em prejuízo ao meio-ambiente em toda uma região, ninguém terá dúvida de que uma ação civil pública poderá obrigar proprietários e superficiários – perante a função social do contrato e a função socioambiental da propriedade – a adaptar o projeto à necessidade ambiental. Na pior das hipóteses, um ajustamento de conduta obrigará à criação de corredores ecológicos (Brito, 2004)[11].

8 Muitas vezes trata-se de uma comunidade inteira que depende de um único produto para subsistência, e que, além do mais, ainda fica penando nas mãos de instituições financeiras.

9 Diz o art. 421 do CC/02: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

10 O art. 884 do CC/02 tem a seguinte redação: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

11 O autor do presente artigo teve oportunidade de emitir parecer favorável, perante a Editora da Universidade Federal de Santa Catarina, à publicação dos originais da inspiradora obra de Francisco Brito: “Corredor ecológico: interligando regiões para proteger ecossistemas e a conservação da biodiversidade”. A edição está a caminho.

É nesse contexto que está situada a nova propriedade imobiliária: a sociedade detém instrumentos de tutela para impor aos particulares e ao próprio Estado o respeito aos interesses transindividuais ou difusos e aos direitos das futuras gerações.

Da mesma forma, o Plano Diretor, aprovado nos termos da Lei n. 10.257/01 em cada município a tanto obrigado, pode proibir o parcelamento do solo em determinadas regiões, atendendo aos interesses maiores da coletividade, protegidos (no caso da ordem urbanística) por ação civil pública.

O Código Civil, como lei comum, por outro lado e como se percebe pelos exemplos apresentados, esvazia-se cada vez mais perante a legislação esparsa e especial, tanto no campo da propriedade urbana como na rural (classificação esta, aliás, que o digesto de 2002 ignorou quase que completamente); e esse novo acervo, por seu turno, exige do jurista ouvidos especiais e diuturna vigilância.

Bem, convido-os agora a fazer um rápido passeio por algumas novidades do Código Civil, recentes alterações e novas perspectivas.

Inovações no campo da posse

No Título Da Posse, o Código introduziu a posse trabalho[12], eliminou os arts. 507 e 508 do CC/16[13] e diminuiu os prazos de

12 A posse trabalho é mencionada na Seção do CC/02 pertinente à usucapião ordinária e extraordinária, *v.g.*: art. 1.242, parágrafo único: "Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico". E o parágrafo único do art. 1.238: "O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo". O princípio também aparece no § 4º do art. 1.228, que trata da desapropriação judicial.

13 Dizia o art. 507 do CC/16 (herança dos praxistas portugueses): "Na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será manutenido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse". E o art. 508 arrematava: "Se a posse for de mais de ano e dia, o possuidor será mantido sumariamente, até ser

usucapião (arts. 1.238 e 1.242). Todavia, é a legislação do parcelamento do solo (Lei n. 6.766/79), com as alterações da Lei n. 9.785/99, no art. 26 e seus parágrafos, que "blinda" a posse das pessoas de baixa renda[14]. O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01) instituiu a usucapião coletiva urbana para essa faixa da população (art. 10). E a Medida Provisória n. 2.220/01 instituiu a concessão de uso especial para fins de moradia em terras públicas, utilizadas por pessoas necessitadas[15].

A raiz constitucional desse novo perfil da posse está, entre outros dispositivos, nos direitos sociais do art. 6º da CRFB (direito à moradia e ao trabalho), e nos princípios fundamentais do art. 1º (dignidade da pessoa humana e cidadania). O conflito possessório, por outro lado e perante o surgimento de novos ramos do direito privado, pode, também, deslocar o eixo da discussão para o Direito Agrário[16]. No passado mediato, talvez fosse mais difícil raciocinar nestes termos.

---

convencido pelos meios ordinários". Eliminados os dois dispositivos supérfluos, entenda-se: em caso de esbulho, até ano e dia após o esbulho, a ação será de força nova (CPC, art. 920 *et seq.*), e depois, de força velha, sem perder a natureza possessória (v. PILATI, 2004).

14 Jacomino (*id*) entende que a posse precisa "alcançar meios efetivos de blindar-se adequadamente", com a força de direito, e aponta como exemplo os §§ 3º e 5º do art. 26 da Lei n. 6.766/79, acrescentados pela Lei n. 9.785/99. Trata-se dos parcelamentos populares, em que a posse, independentemente de usucapião, pode ganhar *status* de propriedade, além de dispensar escritura pública nas respectivas cessões de posse.

15 Ribeiro (2004, p. 15-20) destaca as diferenças entre a Concessão de Uso Especial para fins de moradia (CRFB, art. 183, § 1º, e MP n. 2.220/01) e o Direito Real de Concessão de Uso do DL n. 271/67: ela independe de autorização, e, se negada administrativamente, pode ser exigida em juízo. O art. 1º da MP estabelece os requisitos: cinco anos de posse com moradia, área urbana de até 250m², "desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural".

16 Sobre a autonomia do Direito Agrário, como ramo, v. Godoy (1999, p. 113 *et seq.*); Ferreira (1994); Araújo (1994). A legislação agrária fornecerá elementos ao devido enquadramento do conflito como conflito agrário (CRFB, art. 184 *et seq.*, Estatuto da Terra – Lei n. 4.504/64 – Lei n. 8.629/93). *V.g.*, diz o art. 15 do ET: "A implantação da reforma agrária em terras particulares será feita em caráter prioritário, quando se tratar de zonas críticas ou de tensão social".

Inovações no campo da propriedade

No Título Da Propriedade, o CC/02 trouxe interessantes novidades como a do parágrafo único do art. 1.255 (acessão)[17] e a dos arts. 1.258 e 1.259 (invasão de construção)[18], além, é claro, da função social prevista no art. 1.228, § 1º. Mas ignorou a parte mais dinâmica da propriedade imobiliária, que trata da propriedade rural (Leis ns. 4.504/64 e 8.629/93) e urbana (parcelamento do solo, Lei n. 6.766/79, e incorporações, Lei n. 4.591/64). É como se o Código tivesse optado por não se ocupar do dia-a-dia dos imóveis.

Assiste-se nessa legislação especial a uma crescente relativização do Registro de Imóveis (Lei n. 10.267/01, atrelando o registro ao cadastro do Incra)[19], sem falar nos dispositivos da Lei n. 6.766/79 (nos parágrafos do art. 26, com a redação da Lei n. 9.785/99), para favorecer as pessoas de baixa renda. O § 6º do mesmo artigo dispensa, inclusive, a escritura pública no caso

17 Diz o parágrafo do art. 1.255 do CC/02: "Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo". Demandado em ação reivindicatória, o adquirente poderá alegar a acessão como defesa, ou seja, exceção de acessão (v. PILATI, 2002).

18 Os arts. 1.257 e 1.258 suprem lacuna do direito anterior, disciplinando a invasão de construção, ou "propriedade saliente". Se a invasão é de boa-fé, invade menos que a vigésima parte do outro terreno, e excede consideravelmente o valor do terreno, o construtor indeniza a parte invadida e a depreciação da área remanescente; se superior à vigésima parte, nas mesmas condições acima, indeniza o terreno invadido, o remanescente, e devolve o valor acrescido à construção com a invasão. O construtor de má-fé, por seu turno, deve pagar em décuplo a indenização no primeiro caso (invasão de menos da vigésima parte do terreno); e é obrigado a demolir, pagando perdas e danos em dobro, no caso de a invasão ser superior à vigésima parte.

19 V. a propósito Carneiro (2004, p. 71-78), em face da Lei n. 10.267/01 e do Dec. n. 4.449/02. A este respeito, há também a Instrução Normativa n. 12 do Incra, de 17 de novembro de 2003. Isso se observa também em outros pontos, como na Súmula 84 do STJ: "É admissível a oposição de Embargos de Terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro".

de aquisição de terreno loteado[20]. O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01), art. 48, caminha no mesmo sentido[21].

Essa legislação especial retira, também, do âmbito do Código Civil certas modalidades contratuais, como o Compromisso de Compra e Venda de Imóveis, especialmente de loteados (v. Pilati, 2004) e incorporados[22]. Tais contratos são irretratáveis, não dispensam a prévia constituição em mora do promissário comprador no caso de resolução (Súmula 76 do STJ)[23] e têm a cláusula penal prefixada em 2% do valor da prestação em atraso (art. 52, § 1º, da Lei n. 8.078/90).

Não é possível concordar, por isso mesmo, com a defesa do pacto comissório ou de cláusula resolutiva expressa na venda de imóveis, em face do CC/02 (Souza; Braune, 2004 e Kollet, 2004). A idéia é de que a ausência de proibição na nova lei comum possibilitaria o acesso ao registro como venda condicional (Lei n. 6.015/73, arts. 167, I, 29 e 250, III, c/c os arts. 474 e 475, 1.359 e 1.360 do CC/02, 585, III, do CPC e o protesto da Lei n. 9.492/97), facilitando o desfazimento sem necessidade de intervenção judicial.

---

20 Diz o referido § 6º da Lei n. 6.766/79, com a redação da Lei n. 9.785/99: "Os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerão como título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova da quitação".

21 O art. 48 do EC refere-se a programas e projetos habitacionais de interesse social desenvolvidos pela Administração Pública, os quais: "I – terão, para todos os fins de direito, caráter de escritura pública, não se aplicando o disposto no inciso II do art. 134 do Código Civil (art. 108 do CC/02); II – constituirão título de aceitação obrigatória em garantia de contratos de financiamentos habitacionais".

22 A compra e venda de imóveis loteados é tratada pela Lei n. 6.766/79, art. 25 *et seq.*,. e os incorporados pela Lei n. 4.591/64 (art. 32, § 2º, com a redação da Lei n. 10.931/04), sem falar no art. 46 *et seq.* da Lei n. 10.931/04 (contratos de financiamento de imóveis) e nos dispositivos pertinentes do Código de Proteção do Consumidor, Lei n. 8.078/90, art. 53.

23 Estatui a Súmula 76 do STJ: "A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor".

É evidente que em face da legislação especial, acima referida, tal entendimento não tem condições de prosperar. Mas nos casos em que não se cuidar, especificamente, de transação imobiliária, a proposta é viável. Assim, por exemplo, se alguém adquirir a "acienda" de uma empresa mediante contrato atípico, oferecendo dinheiro, imóveis e ações, não resta dúvida que, aí sim, por não se tratar de uma transação de natureza essencialmente imobiliária, daquelas protegidas pelas Leis ns. 4.591/64, 6.766/79 e 8.078/90, poder-se-á admitir o pacto comissório e, inclusive, a perda das prestações a título de cláusula penal. Será um contrato regido pelo Código Civil e não por leis especiais.

Inovações quanto aos direitos reais de gozo

Quanto aos direitos reais de gozo, pode-se dizer que é uma área mais comportada, e que os dispositivos do CC/02 podem permanecer em estabilidade nos próximos anos. A inclusão do direito real de superfície (art. 1.369) pode ser visto como positivo (embora na esteira do Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/01); cabe apenas perguntar, ante a omissão do Código, se tal direito pode ser adquirido por usucapião (o CC espanhol, nos arts. 1.655 e 1.656, na Seção intitulada: "*De los foros y otros contratos análogos de enfiteusis*", não permite a usucapião; o CC português, no art. 1.528, admite-o expressamente).

Aqui pode-se cogitar de um importante instrumento particular de defesa da qualidade de vida, ante a sanha especulativa do solo urbano. Basta, por exemplo, que a comunidade faça inserir, no memorial descritivo do projeto de loteamento (Lei n. 6.766/79, art. 6º *et seq*., especialmente no art. 9º, § 2º), servidões recíprocas de vista, ou de não construir mais alto. Em vez de ficar à mercê das leis municipais, a comunidade é que toma a dianteira, imunizando o loteamento residencial contra projetos de grande impacto e a sanha de lucro dos espigões.

Recentemente, Makowiecky (2004) defendeu interessante tese de doutorado, perante o Curso de Pós-Graduação em Engenharia de Produção da Universidade Federal de Santa Catarina,

estudando e relatando vitorioso esforço de uma comunidade, em Florianópolis, para manter o zoneamento urbano que lhe interessa, apesar de constantes investidas da especulação imobiliária na Câmara de Vereadores.[24] É outro caso típico. Os moradores, para manterem inalteradas as condições do bairro, poderiam estabelecer recíprocas servidões *altius non tollendi* (não construir mais alto), registrando-as com a matrícula de cada lote no Registro de Imóveis. Para desfazer ou remover tal barreira, de ordem privada, seria necessária a assinatura de todos os moradores, novamente, com os respectivos cônjuges[25], o que, com certeza, seria muito difícil de obter.

Inovações nos direitos reais de garantia

Prosseguindo esta breve e pontual exposição, cumpre dizer que o Título que denota maior esmero do CC/02, no meu modo de ver, é o dos direitos reais de garantia. A hipoteca, os penhores especiais e a anticrese são tratados de forma a dar grande dinamismo e flexibilidade aos créditos, ao mesmo tempo em que o capítulo da Propriedade Fiduciária (art. 1.361) incorpora em parte as supergarantias ou garantias reais impróprias, para usar da expressão de Noronha (2003, p.198). Poucos dias atrás, porém, a Lei n. 10.931/04, na linha de esvaziamento do CC/02, afastou, expressamente, a incidência de tal dispositivo no tocan-

24 Diz Makowiecky (2004, p. 17): "Para mostrar a importância da participação comunitária, elegeu-se como campo de observação, conforme dito, uma área localizada no Bairro Trindade, Florianópolis, Estado de Santa Catarina, Brasil, na qual a Comunidade, com sua Associação de Moradores, através de lutas e mobilizações, obteve significativos resultados na manutenção do zoneamento urbano da região como Área Residencial Exclusiva, apesar das sucessivas tentativas em contrário".

25 Uma das grandes dificuldades, com certeza, seria a despesa de escritura e registro, a cada lote. Todavia, a providência, de interesse social e comunitário, deveria ser facilitada e não dificultada. Bastaria, por exemplo, permitir o registro de tais acordos no cadastro da Prefeitura, cuja autoridade, assim, não autorizaria construção acima do padrão estabelecido pela unanimidade dos proprietários do loteamento ou quadra. A providência, de âmbito comunitário, poderia obter registro no Livro Auxiliar, n. 3, do álbum imobiliário. Neste particular, a "função social do registrador", em defesa da cidadania (JACOMINO, 2004, *op. cit.*) e (DIP, Ricardo, 2004), ganharia indiscutível concreção.

te às alienações fiduciárias (Decreto-Lei n. 911/69 e Lei n. 9.514/97). A aplicação poderá dar-se apenas supletivamente (art. 1.368-A).

Em compensação, a legislação esparsa vem criando novas garantias, tais como:

a. Patrimônio de afetação nas incorporações (Lei n. 10.931/04)[26];

b. Arrendamento residencial com opção de compra (Lei n. 10.188/01)[27];

c. Garantia em conta corrente, Lei n. 10.820/03 (modificada pela Lei n. 10.953/04, para incluir beneficiários de pensão do Regime Geral da Previdência Social)[28].

No mundo globalizado, aliás, a grande garantia, no consumo de serviços no Exterior, é o cartão de crédito. Estaria a garantia imobiliária em declínio?

Não, com certeza, mas a globalização da economia deve afetar esse tipo de instituto.

26 Segundo o art. 31-A da Lei n. 10.931/04: "A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes".

27 O art. 6º da Lei n. 10.188/01 dispõe: "Considera-se arrendamento residencial a operação realizada no âmbito do Programa instituído nesta Lei, que tenha por objeto o arrendamento com opção de compra de bens imóveis adquiridos para esse fim específico. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se arrendatária a pessoa física que, atendidos os requisitos estabelecidos pelo Ministério das Cidades, seja habilitada pela CEF ao arrendamento" (Redação dada pela Lei n. 10.859, de 2004).

28 Diz a Lei n. 10.820/03: "Art. 1º Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irretratável, o desconto em folha de pagamento dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos".

Vi, recentemente, um texto interessante de Frederico Lima (2004, p. 175 a 182), sugerindo a criação da "ameripoteca" no âmbito do Mercosul. As dificuldades para criar uma hipoteca supranacional são as diferenças no direito imobiliário interno de cada país. A mim, parece-me, no andar da carruagem e diante do exposto, que se deveria registrar tal hipoteca internacional pelas leis locais e extrair dela uma cédula hipotecária regida por direito comunitário, para circular no âmbito do Mercosul. Não seria mais simples?

Conclusão

A propriedade imóvel, portanto, se já não goza do prestígio e da hegemonia de outros tempos, hoje se adapta à realidade histórica, à função social e à feição socioambiental. Já não reina absoluta e vê surgir na sociedade ações e garantias em favor dos não-proprietários. A posse, embora sendo um simples fato, correspondente à exteriorização do exercício de um direito real, também ganha a blindagem legal em crescente número de casos, em face da função social e de conceitos como o de Posse Trabalho. Os direitos reais de gozo, por sua vez, também são contaminados pela dimensão social e podem, conforme visto, constituir importante baluarte de defesa da qualidade de vida, no campo das servidões. E no plano das garantias, os imóveis vão ganhando versões literalmente virtuais no plano jurídico, como direitos incorpóreos que sempre foram. Aliás, parece que nós todos, hoje em dia, estamos de mudança para um mundo virtual, em que a propriedade, a posse e os demais direitos reais, por seu turno, também já não são os mesmos.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. *O acesso à terra no estado democrático de direito*. Frederico Westfalen: URI, 1998.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo: LTR, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, altera o Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis ns. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 4.728, de 14 de julho de 1965, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em *www.presidencia.gov.br,* acesso em 30 de set. de 2004.

BRASIL. Lei n. 10.188, de 12 de fevereiro de 2001. Cria o Programa de Arrendamento Residencial, institui o arrendamento residencial com opção de compra e dá outras providências. Disponível em *www.presidencia.gov.br,* acesso em 30 de set. de 2004.

BRASIL. Lei n. 10.267, de 28 de agosto de 2001. Altera dispositivos das Leis ns. 4.947, de 6 de abril de 1966, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.739, de 5 de dezembro de 1979 e 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Disponível em *www.presidencia.gov.br*, acesso em 30 de set. de 2004.

BRASIL. Lei n. 10.820, de 17 de dezembro de 2003. Dispõe a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências. Disponível em *www.presidencia.gov.br*, acesso em 30 de set. de 2004.

BRASIL. Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, e dá outras providências. Disponível em *www.presidencia.gov.br*, acesso em 30 de set. de 2004.

BRASIL. Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em *www.presidencia.gov.br*, acesso em 30 de set. de 2004.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em *www.presidencia.gov.br*, acesso em 30 de set. de 2004.

BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana, e dá outras providências. Disponível em *www.presidencia.gov.br*, acesso em 30 de set. de 2004.

BRASIL. Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em *www.presidencia.gov.br*, acesso em 30 de set. de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 76. Compromisso de compra e venda, interpelação e mora. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.524.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 84. Dispensa de registro do compromisso de compra e venda para ajuizar embargos de terceiro. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.524.

BRITO, Francisco A. *Corredor ecológico*: interligando regiões para proteger ecossistemas e a conservação da biodiversidade. Florianópolis, 2004. Digit.

CARNEIRO, Andrea F.T. Intercâmbio de informações entre o Incra e os serviços notariais e registrais. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, n. 56, p. 71-78, jan./jun. 2004.

DIP, Ricardo. Sobre a função social do registrador de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, n. 56, p. 58-70, jan./jun. 2004.

ESPANHA. *Código Civil*. 23. ed., Madrid: Civitas, 2000.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito agrário*. São Paulo: Saraiva, 1994.

GODOY, Luciano de Souza. *Direito agrário constitucional*: o regime da propriedade. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 397 - 433.

GROSSI, Paolo. *La propriedad y las propriedades*: *un análisis histórico*. Trad. Angel López. Madrid: Civitas, 1992.

INCRA. Instrução Normativa n. 12. Fixa roteiro para troca de informações entre o INCRA e os serviços de registro de imóveis, nos termos da Lei n. 10.267/01 e do Decreto n. 4.449/02. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, n. 56, p. 350, jan./jun., 2004.

JACOMINO, Sérgio. Apresentação: o fortalecimento do registro: a quem interessa? *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, n. 56, p. 11-14, jan./jun., 2004.

KOLLET, Ricardo Guimarães. O novo Código Civil e o registro de imóveis: a registrabilidade da compra e venda com cláusula resolutiva expressa. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, n. 56, p. 105-112, jan/jun., 2004.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: RT, 2003.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Direito imobiliário registral na perspectiva civil-constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.

MAKOWIECKY, Nelson. *Participação social*: estratégias de legitimação do plano diretor. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2004. Tese de Doutorado em Engenharia de Produção.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol.1.

PASOLD, César Luiz. *O advogado e a advocacia*. Florianópolis: OAB/SC, 2001.

— *Função social do Estado Contemporâneo*. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

PILATI, José Isaac. Direito das coisas: posse. *In*: BITTENCOURT JÚNIOR, Juarez (org). *Compêndio doutrinário de direito*. Florianópolis: Voxlegem, 2004. p. 349-361.

— Acessões artificiais, invasão de construção e acessão como defesa perante o novo Código Civil. *Revista ESMESC*, Florianópolis, n. 14, p. 75-85, 2002.

— Panorama do compromisso de compra e venda de imóveis frente ao novo código civil. *In*: FREITAS, Douglas P. *O novo código civil*: comentado por artigos. Florianópolis: Voxlegis, 2003. p. 55-73.

PORTUGAL. Código Civil. Aprovado pelo Decreto-Lei n. 47.344 de 25 de novembro de 1966. Lisboa: Almedina, 2000.

RIBEIRO, Benedito Silvério. Concessão de uso especial para fins de moradia. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, n. 56, p. 15-22, jan./jun., 2004.

ROLIM, Luiz Antônio. *Instituições de direito romano*. São Paulo: RT, 2000.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de; BRAUNE, Marcelo. O pacto comissório na compra e venda de imóveis e o novo Código Civil. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, n. 56, p. 79-96, jan./jun., 2004.

USUCAPIÃO: HIPÓTESES DE IMUNIDADE E DE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA

J. Virgílio Castelo Branco Rocha Fº *

1. ITR – Competência para instituir e cobrar

Para atingir os propósitos que lhe são inerentes, voltados ao progresso material da sociedade e ao aprazimento do bem comum, o Estado necessita de recursos pecuniários, que são obtidos através da arrecadação de impostos, taxas e outros tributos, instituídos em lei.

Portanto, é a partir dessas carências e necessidades que se cria um liame entre o Fisco e o destinatário passivo da norma tributária, tudo com vista a formar uma relação obrigacional necessariamente derivada do texto da lei, "cuja vinculação se apura pelo meio técnico jurídico do lançamento ou determinação dos elementos 'de fato' e dos elementos 'de direito' que, somente quando vinculados, compõem o 'fato gerador'"[1].

Assim, dentre os pressupostos que erigem o relacionamento jurídico-tributário, entre o Poder Público e o contribuinte, surge

* *Advogado, ex-professor da Faculdade de Direito da Univel e da Escola da Magistratura do PR, magistrado aposentado.*

1 Ruy Barbosa Nogueira — *Curso de Direito Tributário*, 4ª ed., p. 46.

a prerrogativa de a União poder instituir, além de outros tributos, o imposto sobre a propriedade territorial rural — ITR[2].

Referido tributo esteve contemplado em todas as nossas Cartas Políticas, a saber: Constituição de 1891, art. 9º, § 2º; Constituição de 1934, art. 8º, I, *a*; Constituição de 1937, art. 23, I, *a*; Constituição de 1946, art. 19, I; Constituição de 1967, art. 22, III; Emenda Constitucional n. 1/69, art. 21, III; e Constituição Federal de 1988, art. 153, VI, respectivamente.

Em seu nascedouro, o ITR (imposto territorial rural) era de competência impositiva do Estado Membro. Somente através da Emenda Constitucional n. 10/64 é que tal prerrogativa passou à União Federal, isto sem que, nesse interregno de tempo, tal tributo tivesse deixado de pertencer à competência tributária do município[3].

---

2 "A história financeira registra o imposto territorial como um dos mais antigos tributos. Sua importância foi marcante nas finanças de alguns países, no início de sua organização tributária. Este fato, aliás, é explicável, por ter sido a terra a primeira fonte de riqueza para o homem. Provavelmente, teve sua origem em Roma, à época das grandes conquistas, o qual era exigido dos ocupantes da terra pública, *ager publicus*, nas províncias ou *ager provincialis*, até onde se estendiam as conquistas romanas.
"Já em outros povos, como em Portugal, por exemplo, o imposto territorial assumiu o caráter de tributo calculado sobre os produtos da terra, chamados 'dízimos', que eram pagos em produtos da natureza.
"Posteriormente, já no século XVII, os fisiocratas justificavam teoricamente o imposto único sobre o 'produto líquido' da terra, que deveria ser cobrado do proprietário da terra, não devendo ser confundido com o agricultor, propriamente dito, visto que este era apenas o arrendatário das terras que pertenciam ao clero e à nobreza, dentro das instituições feudais, que pelo direito de propriedade gozavam de considerável privilégio.
"Com a Revolução Francesa, surgiu o imposto territorial, baseado na renda líquida da terra" (Marilene Talarico Martins Rodrigues — Comentários ao Código Tributário Nacional, com. 5, p. 247 e 248).

3 Nesse sentido: "Inicialmente da competência dos Estados, e posteriormente dos Municípios, o imposto sobre a propriedade territorial foi outorgado à União através da Emenda Constitucional n. 10, de 9 de novembro de 1964. Incidindo sobre a propriedade rural, o tributo em referência pode ser usado como um instrumento da União em sua política agrária, tanto que, nos termos do § 4º deste artigo, as alíquotas do imposto serão fixadas de maneira a incentivar a produtividade de propriedades rurais, não incidindo nas pequenas glebas rurais, quando exploradas pelo proprietário e sua família, desde que este não possua outro imóvel" (Price Waterhouse — A Constituição do Brasil de 1988, ed. 1989, p. 652).

Assim é que, estribado em permissivo constitucional, o Código Tributário Nacional assenta que o ITR, de competência da União, tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel territorial rural, isto é, localizado fora dos limites urbanos do município onde se situe[4].

2. Natureza jurídica do ITR (imposto territorial rural)

Muito já se discutiu acerca da estrutura jurídica desse tributo.

Com efeito, há os que argumentam que o ITR (imposto territorial rural) se constitui em tributo de natureza imobiliária, haja vista que sua incidência se projeta, inclusive, sobre o patrimônio negativo, vale dizer, aquele submetido aos efeitos de dívida resultante de processo de financiamento, para a aquisição da propriedade.

Entretanto, temos para nós que o imposto territorial rural apresenta nuances próprias de tributo de natureza patrimonial, isto sem embargo da indagação acerca da positividade ou negatividade com que se apresente a hipótese de incidência.

Assim, o imposto em questão sempre terá a característica de tributo de natureza patrimonial, pouco importando o fato de existir ou inexistir dívida incidente sobre a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel localizado em zona rural.

Nesse sentido, contamos com a segura orientação do doutrinador Ives Gandra Martins: "O imposto sobre propriedade territorial rural é um imposto patrimonial. Corresponde para as áreas agropecuárias o que o IPTU corresponde para as áreas urbanas.

"Alguns economistas não o consideram um imposto sobre o patrimônio. Entendem que o imposto incide mesmo que o patrimônio seja negativo. Vale dizer, se alguém adquire um imóvel a prestação ou obtém financiamento correspondente a seu valor para pagá-lo, seu patrimônio, enquanto não pagar o

4 CTN, art. 29: "O imposto, de competência da União, sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido em lei, localizado fora da zona urbana do Município".

financiamento, é nulo, posto que ao crédito patrimonial da aquisição corresponde o débito patrimonial do financiamento. Desta forma, tanto o ITR como o IPTU seriam impostos imobiliários diretos, mas não impostos sobre o patrimônio".

E, mais adiante, continua o eminente constitucionalista: "Entendo que a crítica não procede. O imposto pode ser inclusive sobre o patrimônio negativo, mas incide sobre bem patrimonial. O que me parece essencial visualizar é que, se tal imposto for excessivo, há de se examinar a caracterização ou não do confisco. Em outras palavras, o nível da carga tributária é elemento de relevância superior em relação a outros impostos para que se estude a caracterização do confisco no direito brasileiro"[5].

3. Elementos da obrigação tributária: Sujeito Ativo, Sujeito Passivo e Fato Gerador

O imposto territorial rural (ITR), como toda obrigação de ordem tributária, haverá que se caracterizar pela concorrência simultânea de uma série de pressupostos, que soem ser indeclináveis. A este respeito, já tivemos a oportunidade de escrever:

"[...] são elementos essenciais à obrigação tributária: I — a lei como fonte primeira da obrigação; II — o sujeito ativo, representado pelo ente de direito público a quem a constituição outorga poderes para exigir o tributo; III — o sujeito passivo da relação tributária, ou destinatário dessa lei; IV — o fato gerador; e, finalmente; V — o objeto, que corresponde a prestação pecuniária propriamente dita"[6].

Assim, para os desígnios do tributo de que cogitamos, o sujeito ativo da relação jurídico-tributária é a Fazenda Pública Federal, única detentora de legitimidade para instituir e arrecadar referido tributo, isto sem embargo de que ao município da situação do imóvel caberá metade do produto arrecadado com a referida tributação[7].

5 Comentários à Constituição do Brasil, 6º vol., tomo I, p. 264 e 265.
6 J. Virgílio Castelo Branco Rocha Fº — *Certidão da Dívida Ativa*, 1980, p. 13.
7 Cfe. CF/88, art. 158, II.

Agora, no que é pertinente ao sujeito passivo da relação tributária, cumpre seja ele identificado sob as feições de *contribuinte*, ou de *responsável*, conforme seja a hipótese com a qual venhamos a nos defrontar.

Assim, revestir-se-á da característica de *contribuinte* aquele que mantiver relação pessoal e direta de proprietário com a situação que constitua o respectivo fato gerador. Em contrapartida, será considerado responsável aquele que, conquanto não se revista da condição de *contribuinte*, está obrigado a responder pelo tributo, mercê de expressa disposição legal.

Disso resulta que, para os desígnios do art. 31 do CTN, tanto poderá ser devedor do imposto (contribuinte, *lato sensu*) aquele em cujo nome esteja registrada a propriedade, como o titular de seu domínio útil (enfiteuta), ou, ainda, o mero possuidor, no sentido que lhe dá a lei civil.

Acresça-se, por outro lado, que a conceituação de sujeito passivo, na relação jurídico-tributária, é de natureza *ex lege*, daí por que eventuais convenções particulares, quanto à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não serão oponíveis à Fazenda Pública, para efeito de alterar a indicação legal do devedor.

Vencidos esses aspectos, passemos ao enfoque do fato gerador do tributo sob comento.

Com efeito, cumpre não olvidar que a lei é a fonte primeira da obrigação tributária, daí dizer-se que a relação obrigacional que se estabelece entre o Fisco e o contribuinte nasce em virtude da lei, independentemente da vontade das partes.

Todavia, insta considerar que a só existência de preceito normativo não basta para que se estabeleça a vinculação jurídico-tributária entre os sujeitos da referência obrigacional. Torna-se de rigor que exista, ainda, um fato imponível, isto é, um comportamento tipificado na descrição da lei e do qual possa resultar uma relação concreta de débito e crédito entre o contribuinte e o Erário Público.

É o que já tivemos a oportunidade de dizer em outra oportunidade: “a relação obrigacional, erigida pela lei, reclama, para seu

efetivo surgimento, a materialização de fatos até então configurados de modo apenas abstrato, como pressuposto da ocorrência da relação jurídico-tributária. Assim, a relação de que cogitamos depende, em um primeiro momento, da preexistência de lei definidora do fato jurídico tributável; depois, da concretização desse mesmo fato, que daí por diante arrastará o nome de fato gerador"[8].

Em verdade, o fato gerador do imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR), nos termos do artigo 29 do CTN, tanto pode ser o domínio pleno, caracterizado pela propriedade em si mesma; como o domínio útil, representado pela enfiteuse; ou até mesmo a simples posse do imóvel por natureza, isto é, a exercida sobre a classe de bens referidos nos artigos 79 a 81 do Código Civil vigente[9].

Ainda que sem um maior poder de persuasão, mercê da dificuldade ínsita na tese, há quem vislumbre laivos de inconstitucionalidade nas disposições do art. 29 do CTN, a pretexto de que a Carta Magna vigente, em seus arts. 153, VI, e 158, II, respectivamente, apenas se refere à *propriedade territorial rural*, não à posse.

Idêntico questionamento já fora feito, sem maiores repercussões, sob a égide da anterior Carta da República. Àqueles tempos, o eminente jurista Aliomar Baleeiro dera a pronta resposta ao tema, com a percuciência que lhe é característica: "Não nos

8 J. Virgílio Castelo Branco Rocha Fº — *Execução Fiscal*, 2ª edição, 2001, p. 31 e 32.

9 "A materialidade do fato gerador deste imposto é a propriedade territorial rural. Entretanto, para que não fique restrito ao imóvel pertencente ao proprietário, no sentido daquele que possui título devidamente registrado no Registro de Imóveis, com título, domínio e posse, a lei complementar (art. 29 do CTN) ampliou o sentido, ao dizer que o imposto sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, e localizado fora da zona urbana do Município. Assim, o imóvel rural passível de tributação deste imposto é a propriedade rural, ou aquele do qual possui apenas o domínio ou a posse. Este último significa aquele que detém a posse, agindo como proprietário ou com ânimo de o ser, remetendo à lei civil o alcance destas definições, cfe. arts. 43 a 46 do Código Civil" (Yoshiaki Ichihara — *Direito Tributário na Nova Constituição*, Ed. Atlas, 1989, p. 130).

parece que a interpretação deva ser restritiva. Afinal, a posse é atributo da propriedade e deve ser incluída no conceito desta, para os efeitos do Direito Fiscal, como já o faziam anteriormente as leis estaduais. Por outro lado, há a realidade de que milhares ou milhões de fazendas ou sítios, no Brasil, ocupam terras públicas ou particulares de terceiros, já que seus possuidores não têm título hábil ou o título não se filia a uma cadeia sucessória até o desmembramento do patrimônio público".[10]

Não há negar que assiste inteira razão ao inolvidável tributarista.

Em verdade, impende considerar que o fato gerador do imposto territorial rural (ITR) é o próprio imóvel em si mesmo, independentemente da forma de sua ocupação, se a título de propriedade, enfiteuse ou posse.

Outrossim, para os desígnios da lei sob comento, deve-se, igualmente, abstrair quaisquer considerações acerca da produtividade das respectivas glebas rurais, ou da destinação que se lhes venha a dar.

4. ITR – Periodicidade e imunidade tributária

O imposto de que cogitamos se reveste do caráter de anualidade, isto é, incidirá sobre o imóvel a cada período de doze meses, independentemente de quantas vezes referido imóvel tenha mudado de mãos, a título de propriedade, enfiteuse ou posse, no aludido interregno de tempo. Nesse sentido, não pairam disceptações nos planos doutrinário e jurisprudencial[11].

10 Direito Tributário Brasileiro, 1981, p. 148.

11 "Quanto ao aspecto temporal, por ser um imposto que incide sobre a propriedade, subentende-se que o fato gerador ocorra uma vez por ano, e entendido pela doutrina e jurisprudência como sendo sempre no dia 1º de janeiro de cada ano. Por isso, o fato de a propriedade ser transferida a terceiros por várias vezes ao ano, ou permanecer com o mesmo proprietário, em nada altera este aspecto. Aliás, o débito pertinente a tributos que incidem sobre a propriedade, na forma do art. 130 do CTN, acompanha a própria propriedade ou bem, que serve como lastro para garantir a execução, com a exceção prevista no art. 5º, item XXVI, quando se tratar de pequena propriedade, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, e que não será objeto sequer de penhora" (Yoshiaki Ichihara — *Direito Tributário na Nova Constituição*, p. 131).

Mas, se a regra dominante é a incidência anual do imposto sobre a propriedade territorial rural — ITR, por suas proteiformes maneiras de ocupação (domínio, enfiteuse ou posse), há situações de imunidade tributária que são excepcionadas pela lei, em resguardo do interesse público e do harmonioso desenvolvimento econômico e social.

Para tal propósito, podem os entes federados utilizar-se do instituto da imunidade tributária, com vista a limitar ou suspender o poder de tributar que lhes são inerentes.

É o que nô-lo dizem os estudiosos do assunto: "A imunidade é uma decorrência do princípio constitucional, expresso ou implícito, que suspende, no todo ou em parte, o poder de tributar da União, dos Estados e dos Municípios, quando estejam eles em relação, de fato ou de direito, com qualquer dos elementos do fato gerador da obrigação tributária (imposto) ou, ainda, quando ocorram situações imponíveis igualmente protegidas [...]"[12].

Com efeito, nossa Carta Magna insere, em seu artigo 153, § 4º, a seguinte norma: "O imposto previsto no inc. VI terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas e não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel".

Referida imunidade tributária, concebida em defesa dos interesses econômicos do pequeno agricultor, visa a estimular a fixação do homem ao campo, com evidentes e benéficos reflexos na produção agrícola e na manutenção do equilíbrio do índice demográfico rurícola e citadino[13] [14].

12 Miguel Lins e Célio Loureiro. *Teoria e Prática do Direito Tributário*, Ed. Forense, p. 418.

13 "O ITR é imposto patrimonial e regulatório, servindo mais como instrumento de adequada política agropecuária do que como instrumento arrecadatório relevante" (Ives Gandra Martins, obra citada, p. 267).

14 Lei n. 6.969/81, art. 8º: "Observar-se-á, quanto ao imóvel usucapido, a imunidade específica, estabelecida no § 6º do art. 21 da Constituição Federal." Parágrafo único: "Quando prevalecer a área do módulo rural, de acordo com o previsto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, o imposto territorial rural não incidirá sobre o imóvel usucapido".

Mas, para que se possa validamente invocar o benefício da imunidade tributária, urge estejam necessariamente presentes os requisitos estipulados pelo art. 2º da Lei Federal n. 9.393, de 19-12-96, editada para os fins de definir as dimensões da propriedade, conforme previsto em nossa Carta Magna (art. 153, § 4º).

É verdade que ainda existem disceptações em torno de saber-se qual deveria ser a natureza do processo legislativo instituidor da lei editada para disciplinar a obtenção do benefício da imunidade tributária de que trata o art. 153, § 4º, da Carta Magna.

Com efeito, para Ives Gandra Martins, a lei que define as condições da imunidade "deverá ser complementar, visto que apenas esta poderá explicitar o pensamento do *constituinte*"[15].

Em posição antagônica se situam outros respeitáveis juristas que, exemplificativamente, assim contemplam a matéria: "Em sentido amplo, como ficou dito, toda vez que uma norma constitucional de eficácia limitada exige, para sua aplicação ou execução, outra lei, essa pode ser considerada complementar, porque integra, completa a eficácia daquela"[16].

Temos para nós que a razão está com os protagonistas da tese por último mencionada, até porque, quando a CF/88 deseja que alguma de suas normas seja especificamente regulamentada por lei complementar, *stricto sensu*, o faz pela expressa previsão, consoante nô-lo dizem os artigos 22, parágrafo único; 40, § 1º, e 43, § 1º, aqui referidos a título de exemplificação.

Enquanto isso, cumpre não perder de vista que, em inúmeras outras situações, a Constituição Federal vigente apenas alude que o tema objeto da abordagem constitucional será definido, ou regulamentado por lei que vier a ser editada (art. 7º, inc. IV, X, XIX, XX, XXI, XXIII e XXVIII; art. 20, inc. II; art. 33; art. 39, § 1º, além do art. 153, § 4º, este objeto destas considerações.

15 Comentários à Constituição do Brasil, vol. 6º, p. 310 e 311.

16 José da Silva Pacheco. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, ed. 1968, p. 226.

Em verdade, tanto em uma como em outra das hipóteses, a norma legal que advier terá a natureza de lei complementar estrito senso, no primeiro caso, e de lei complementar lato senso, no segundo.

Assim, impende concluir-se que lei definidora das pequenas glebas rurais, a que se refere o art. 153, § 4º, da CF/88, não precisa contar, em seu processo de elaboração legislativa, com o *quorum* a que se refere o art. 69, para que se revista do caráter de lei complementar, no sentido amplo da expressão[17].

Nesse diapasão, forçoso será admitir que a Lei Federal n. 9.393/96 se presta aos objetivos colimados pela constituição, quando assim define o que sejam "pequenas glebas rurais", para fins de imunidade tributária:

Art. 2º. "Nos termos do art. 153, § 4º, *in fine,* da Constituição, o imposto não incide sobre pequenas glebas rurais, quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel".

Parágrafo único. "Para os efeitos deste artigo, pequenas glebas rurais são os imóveis com área igual ou inferior a:

"I — 100 ha, se localizado em município compreendido na Amazônia Ocidental ou no Pantanal mato-grossense e sul-mato-grossense;

"II — 50 ha, se localizado em município compreendido no Polígono das Secas ou na Amazônia Oriental;

"III – 30 ha, se localizado em qualquer outro município".

Vejamos, agora, o alcance e sentido jurídico impressos no termo *imóvel rural*, para fins de imunidade tributária.

5. Conceito de imóvel rural e a imunidade tributária

Com efeito, comentando as disposições constantes do art. 29 do CTN, em cotejo com a regra do art. 21, § 6º, da CF/67, confor-

17 Nesse sentido, professa José Carlos de Moraes Salles: "Entendemos, portanto, que a lei em questão pode ser ordinária, nos termos do art. 59, III, da Constituição em vigor.

me redação que lhe dera a EC n. 1/69, já o dissera Aliomar Baleeiro: "Glebas rurais, para esse dispositivo e atenta à respectiva finalidade, não se regem pelo critério do art. 32, § 1º, do CTN, mas pela destinação econômica. A CF, nessa disposição, quer proteger a pequena propriedade e o pequeno agricultor, independentemente de sua proximidade em relação aos centros urbanos, que, aliás, se beneficiam dos chamados cinturões verdes. Gleba rural, no artigo 21, § 6º, da CF, é o imóvel rústico, utilizado para a agricultura sob as várias modalidades, ainda que na zona urbana. A impropriedade técnica da redação não deve prejudicar o fim que a constituição teve como objetivo"[18].

Entrementes, em face da nova roupagem que adquirira a matéria, por força de legislação superveniente, haver-se-á de concluir que, para os fins da imunidade tributária, o caráter de imóvel qualificado pela rusticidade não mais será aferido em consonância com o princípio da destinação econômica de que trata o Estatuto da Terra[19] senão pelo critério de localização a que se refere o CTN.

Com efeito, diz a Lei n. 5.172, de 25-10-1966 (CTN): "O imposto, de competência da União, sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, *localizado fora da zona urbana do Município*" (art. 29, grifos nossos).

Por outro lado, insta observar que a atual Carta Política de nosso País (art. 191), quando se refere à *área de terra, em zona rural*, certamente que está adotando, de forma deliberada, o requisito da localização do imóvel, como fator indicativo de sua rusticidade. A partir dessa visão, iniludivelmente se estará excluindo do conceito de imóvel rural aquele localizado em perímetro urbano, ainda que, mercê de sua específica característica, destine-se à exploração agrícola ou agropastoril.

18 Direito Tributário Brasileiro, 10ª edição, p. 149.

19 Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64), art. 29: "Imóvel rural é o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer da iniciativa privada".

Aliás, cumpre atentar para que qualquer imóvel situado no perímetro urbano, sem embargo da destinação a que esteja sendo momentaneamente submetido, sempre agrega elevado valor de mercado, o que não se compadece com o objetivo traçado pela legislação, pertinentemente às hipóteses de imunidade e de isenção tributária do ITR[20].

É inescusável dizer, pois, que o objetivo da norma ínsita na Carta Política, que acabara sendo disciplinada pelo legislador infraconstitucional (Lei Federal n. 9.393/96), está voltada à proteção da pequena propriedade, geograficamente localizada em zona rural, tornada produtiva com o trabalho do agricultor hipossuficiente e de sua família.

Assim, todo e qualquer imóvel rural, que se enquadre nas disposições do artigo 191 da Constituição Federal, combinadas com o texto do artigo 29 da Lei n. 5.172/66 (CTN) e art. 2º da Lei Federal n. 9.393/96, gozará de imunidade tributária, sendo irrelevante saber se o prédio rústico está sendo cultivado pelo próprio proprietário, ou pelo enfiteuta, ou ainda pelo possuidor. Todos, indistintamente, beneficiar-se-ão da referida imunidade.

De tudo o que ficara exposto resulta que a norma constante da cabeça do artigo 8º da Lei n. 6.969/81 não tem qualquer objetividade prática, salvo a de fazer lembrar a existência da imunidade tributária, de criação constitucional, expressa no Código Tributário Nacional e na Lei n. 9.393/96, respectivamente.

6. Imunidade e isenção tributária: Diferenças conceituais

Atenta-se, por outro lado, que além da imunidade tributária, a Lei Federal n. 9.393/96 também criara o instituto da isenção, voltada especificamente ao imposto territorial rural — ITR, consoante definido em seu art. 3º, *verbis*:

"São isentos do imposto:

"I — o imóvel rural compreendido em programa oficial de reforma agrária, caracterizado pelas autoridades competentes

20 Lei Federal n. 9.393/96, arts. 2º e 3º.

como assentamento que, cumulativamente, atenda aos seguintes requisitos:

"a) seja explorado por associação ou cooperativa de produção;

"b) a fração ideal por família assentada não ultrapasse os limites estabelecidos no artigo anterior;

"c) o assentado não possua outro imóvel.

"II — o conjunto de imóveis rurais de um mesmo proprietário, cuja área total observe os limites fixados no parágrafo único do artigo anterior, desde que, cumulativamente, o proprietário:

"a) o explore só ou com sua família, admitida ajuda eventual de terceiros;

"b) não possua imóvel urbano".

De outra parte, impende considerar-se que aqueles dois regramentos legais (imunidade e isenção) devem ser encarados sob diferentes enfoques conceituais.

Com efeito, diz-nos o mestre De Plácido e Silva: "*Isenção* é a dispensa de impostos. Revela a liberdade atribuída à pessoa ou ao estabelecimento, para que se livre do encargo fiscal"; "*Imunidade* tributária designa as vedações ao princípio jurídico da tributação obrigatória, oriundas de expressos e inextensivos preceitos constitucionais"[21].

Por outro lado, o tributarista Gilberto de Ulhoa Castra dispensa ao tema a seguinte abordagem:

"A isenção consiste na dispensa de um tributo, pelo órgão que poderia, em condições normais, exigi-lo. A imunidade, ao contrário, corresponde a uma limitação imposta à própria competência, a uma restrição ao exercício mesmo da capacidade tributária ativa. A isenção é, ou deve ser, em boa técnica de lei, emanada de órgão investido do poder de tributar. Por outro lado, a

21 Vocabulário Jurídico, 18ª edição.

imunidade, por ser uma redução de capacidade impositiva, há que resultar sempre da Constituição"[22].

7. Usucapião e imposto de transmissão de bens imóveis

Nos termos do CTN (Lei Complementar n. 5.172/66)[23], o imposto sobre transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos, de competência dos Estados, tem como fato gerador:

'I — a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis, por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;[24]

'II — a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

'III — a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II".

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o tratamento dispensado à matéria permaneceu o mesmo, exceto no que tange à competência para tributar, que passou a ser do Município.[25]

Infere-se, pois, do próprio texto legal, que o fato imponível da obrigação tributária pertinente à transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos repousa na transferência do domínio, caracterizada por suas proteiformes configurações, a saber:

22 *Apud* Miguel Lins e Célio Loureiro, obra citada, p. 420.

23 CTN, art. 35.

24 Nos termos do Código Civil, são bens imóveis por natureza "o solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e subsolo". Enquanto isso, consideram-se bens imóveis por acessão física "tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano" (art. 43, incisos I e II).

25 CF/88, art. 156: "Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I — *omissis*; II — transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição".

compra e venda, doação, ato de arrecadação, transmissão decorrente de *causa mortis* etc.

Desse contexto, exsurge a visão de que somente será dado cogitar-se acerca da ocorrência do fato gerador do imposto de transmissão sobre bens imóveis (ITBI), quando nos depararmos com atos e fatos jurídicos, resultantes da lei civil ou do direito tributário, capazes de operar a transferência do domínio sobre aquela específica categoria de bens, ressalvada a hipótese de *causa mortis*[26].

Ora, sendo a usucapião uma forma originária de adquirir-se a propriedade, pela simples ocorrência dos elementos caracterizadores de posse mansa e pacífica, exercida durante o lapso temporal estabelecido em lei,[27] logo veremos que nessa modalidade de aquisição não ocorrem atos ou fatos transitivos do domínio, capazes de caracterizar o fato imponível da obrigação tributária.

Em verdade, não há negar que a usucapião se constitui em forma originária de aquisição da propriedade, mercê da ausência de uma interposta pessoa que, na qualidade de titular do *dominus*, venha a transmiti-lo ao novo adquirente.

---

26 A propósito do assunto, lembra Aliomar Baleeiro: "Quando cabe ao Estado decretar impostos sobre a transmissão da propriedade imóvel *inter vivos*, entende-se que o tributo colherá apenas fatos e atos que, por lei civil, ou norma geral de Direito Financeiro, operem transferência de domínio sobre imóveis, ou bens a eles equiparados. Acrescentem-se os direitos à aquisição de imóveis e direitos reais, exceto os de garantia (Código Civil, arts. 43 e 44). Juridicamente, tem por fato imponível, ou 'fato gerador', da obrigação fiscal, a transferência de domínio, isto é, o contrato de compra e venda, a doação, o ato de arrecadação, etc., a transmissão por óbito — não a transcrição do instrumento no Registro Público (CC, arts 530 e 1.572). É o negócio jurídico de transmissão que dá nascimento à obrigação fiscal e não o instrumento: *non quod scriptum sed quod gestum inspicitur*, recordam Uckmar e Rotondi, a propósito da 'taxa de registro', que, na Itália, equivale ao nosso imposto de transmissão *inter vivos"* (Direito Tributário Brasileiro,10ª ed., p. 163).

27 Conceito advindo da definição emprestada ao tema, por Modestino: "*Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti"* (Digesto, Livro 41, Título III, 3).

Este, aliás, é o enfoque que vem sendo emprestado ao assunto, pelos nossos Tribunais, sob a segura liderança do Excelso Pretório[28].

Senão vejamos:

a) "O imposto de transmissão *inter vivos* só é exigível quando ocorre fato translativo da propriedade, mas no usucapião isso não acontece, porque, sendo modo originário de adquirir a propriedade, tal aquisição é direta, isto é, se faz sem transmissão" (RT 439/214).

b) "Usucapião — Imposto de transmissão *inter vivos* — Tributo não devido — Forma originária de aquisição da propriedade — Inexistência, portanto, de transmissão — Fato gerador não configurado. O registro da sentença declaratória de usucapião não tem natureza jurídica constitutiva de direito. Assim, sendo forma originária de aquisição da propriedade, inexistindo, portanto, transmissão, não se configura fato gerador do imposto de transmissão *inter vivos*" (RT 635/206).

Ainda mais:

"Usucapião — Imposto de transmissão *inter vivos* — Recolhimento — Dispensa, tendo em vista que o usucapião é modo originário de aquisição da propriedade" (RJTJESP 94/203).

E, por derradeiro, invoquemos a sempre percuciente lição do Excelso Supremo Tribunal Federal: "Imposto de transmissão de imóveis. Alcance das regras dos artigos 23, inc. I, da Constituição Federal e art. 35 do CTN. Usucapião. A ocupação qualificada e continuada que gera o usucapião não importa em transmissão da propriedade do bem. À legislação tributária é vedado 'alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado' (art. 110 do CTN — Registro da sentença de usucapião sem pagamento do imposto de transmissão)" (RJT 117/652).

28 RTJ 117/652; RT 439/214, 599/232 e 623/58; RJTJESP 99/203, 107/239, 109/277 e 112/283.

Enquanto isso, no trato doutrinário da questão sufraga-se o entendimento de que "a relação jurídica decorrente do usucapião brota como direito novo, independentemente de qualquer vinculação do usucapiente com o proprietário anterior, o qual, se existir, não será o transmitente do bem"[29].

Do exposto, impende concluir-se que, se na usucapião não existe ato translativo de domínio, de uma para outra pessoa, impossível será cogitar-se a respeito da incidência do imposto de transmissão sobre bens imóveis, mercê da ausência do fato imponível de que tratam os arts. 35 do CTN e 156, II, da CF/88, respectivamente.

8. Conclusões

I — O ITR (Imposto Territorial Rural) apresenta nuanças próprias de tributo de natureza patrimonial, independentemente da indagação acerca do caráter positivo ou negativo com que se apresente a propriedade, domínio útil ou posse, sob o enfoque econômico-financeiro.

II — Em se tratando do tributo ITR, o sujeito ativo da relação jurídico-tributária é a Fazenda Pública Federal, única detentora de legitimidade para instituir e arrecadar referido imposto, isto sem embargo de que ao município da situação do imóvel caberá metade do produto da arrecadação, quando da oportuna partilha.

III — O sujeito passivo, ou obrigado da relação tributária, no caso do ITR, poderá ser identificado sob uma dupla feição: *contribuinte*, quando mantiver relação pessoal e direta de proprietário com a situação que constitua o fato gerador do tributo; *responsável*, por sua vez, será todo aquele que, conquanto não se revista da condição de contribuinte, esteja obrigado por força de expressa disposição legal.

IV — Conquanto a lei seja a fonte primeira da obrigação tributária, esta, por si só, não basta para que se estabeleça a vinculação jurídico-tributária entre os sujeitos da referência

29 José Carlos de Moraes Salles, obra citada, p. 32.

obrigacional. Faz-se mister que exista, ainda, um fato imponível, isto é, um comportamento tipificado na descrição da lei e do qual possa resultar uma relação concreta de débito e crédito, entre o contribuinte e o Erário Público.

V — O fato gerador do ITR é o próprio imóvel em si mesmo, independentemente da forma de sua ocupação, se a título de propriedade, de enfiteuse, ou de posse, abstraídas as considerações acerca da produtividade das terras, ou da destinação que se lhe der.

VI — A imunidade tributária relativa ao ITR (Imposto Territorial Rural) concebida em defesa dos interesses econômicos do pequeno agricultor, visa a estimular a fixação do homem ao campo, com evidentes e benéficos reflexos na produção agrícola e na manutenção do equilíbrio demográfico rural e citadino.

VII — Para que o pequeno agricultor possa invocar o benefício da imunidade tributária, urge estejam necessariamente presentes os requisitos previstos nos arts. 1º e 2º da Lei Federal n. 9.393/96, editada para os fins previstos no art. 153, § 4º, da Constituição da República.

VIII — A lei regulamentadora das disposições constantes do art. 153, § 4º, da CF/88, não precisa observar, em seu processo de elaboração legislativa, a presença do *quorum* de que trata o art. 69 da Carta Magna, para que se revista do caráter de "lei complementar", no sentido amplo da expressão.

IX — Para os fins de imunidade tributária, objeto destes comentários, o caráter de imóvel qualificado pela rusticidade não será aferido em consonância com o princípio da destinação econômica de que trata o Estatuto da Terra, senão pelo critério de localização a que se referem o art. 191 da Constituição Federal de 1988, o art. 29 do Código Tributário Nacional e o art. 1º da Lei n. 9.393/96.

X — Os imóveis situados em perímetro urbano, sem embargo da destinação a que estejam sendo momentaneamente submetidos, não se compadecem com o objetivo traçado pela legislação, pertinentemente às hipóteses de imunidade e de isenção

tributária, até porque referidos bens quase sempre agregam elevado valor de mercado.

XI — A imunidade tributária legalmente assegurada (CF, 153, § 4º e Lei n. 9.393/96, art. 2º) está voltada à proteção da pequena propriedade, geograficamente localizada fora da zona urbana, tornada produtiva com o trabalho do agricultor hipossuficiente e de sua família.

XII — A norma inserida no artigo 8º, *caput*, da Lei n. 6.969/81, não tem qualquer objetividade prática, salvo a de fazer lembrar a imunidade tributária prevista na Constituição Federal (artigo 153, § 4º), que é abrangente, de forma a englobar todos os imóveis que se enquadrem em suas disposições, independentemente da indagação quanto à sua forma de aquisição.

XIII — A disposição contida no parágrafo único do artigo 8º da Lei n. 6.969/81 prevê uma hipótese de isenção tributária, não de imunidade, destinada a abranger os imóveis usucapidos especialmente, com prevalência da área do módulo rural.

XIV — Isenção e imunidade tributária são expressões indicadas para designar diferentes situações jurídicas. O termo isenção corresponde à dispensa de um tributo pelo órgão que poderia, normalmente, exigi-lo. Enquanto isso, a expressão imunidade refere-se a uma restrição ao próprio exercício da capacidade tributária ativa e haverá de resultar, sempre, da constituição.

PROGRESSIVIDADES DO IPTU

Luiz Antônio Zanini Fornerolli[1]

1 – Introdução

O Sistema Tributário Nacional, passado pela Constituição Federal de 1988, estabelece a faculdade a ser exercida por lei para as pessoas políticas de instituir os tributos, conforme modelo previamente disciplinado pela Constituição.

Da própria Lei da República se extrai que os três entes políticos federados foram dispostos em igualdade, cabendo a cada qual a possibilidade de instituir os tributos descritos na Carta das Competências, sem contudo haver ensanchas para que invada a competência um doutro sob pena de severa inconstitucionalidade.

Ao município[2], em especial, a Constituição Federal reservou a faculdade de instituição do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana no inc. I do art. 156.

---

1 Juiz de Direito, Especialista em Direito Processual Civil (Univali/UnC) e Mestre em Administração na área de concentração de Gestão Estratégica das Organizações, com ênfase em Gestão Tributária (Esag/Udesc).

2 Segundo o art. 147 da CF, a competência para instituir o IPTU pode ser exercida pela União, em Território Federal, desde que esse não seja dividido em municípios, e também cabe à instituição pelo Distrito Federal.

A história brasileira já conhece do referido imposto desde 1799 por uma Carta provinda da Rainha Dona Maria, conhecida como “décima urbana”. No constitucionalismo nacional até 1934, a instituição do IPTU pela municipalidade foi vacilante, porém, a partir da Constituição de 1934, ficou tarifado que o dito tributo passaria a ser de competência do município, e assim o é até os dias atuais.

Conforme é conhecimento geral, a Constituição Federal não cria ou institui tributo algum, apenas reparte a competência tributária descrevendo a faculdade de instituição deles por um ente público federado, de acordo com conveniências próprias, ditadas por interesses econômico, político e outros.

O que de ordinário acontece é que a Constituição, alicerçada no poder tributante passado pela Assembléia Nacional Constituinte, regra as competências, ditando quem tem a faculdade de criar os tributos, outorgando poderes para aqueles que de fato mantenham o interesse de instituí-los.

Portanto, a instituição do tributo fica alvitrada, no caso do IPTU, ao município, cabendo-lhe disciplinar a instituição observando os moldes entalhados nas normas gerais de direito tributário previstas no Código Tributário Nacional.

O CTN, em seu art. 32, estabelece que o IPTU é da competência dos municípios, e tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado em zona urbana.

Como se verifica, o IPTU é um tributo da urbe, pois expressamente o legislador restringiu ao aspecto material da hipótese de incidência tributária do referido imposto a zona urbana. Entende-se por zona urbana, segundo o § 1º do art. 32 do CTN, a observância do atendimento, no mínimo, de dois melhoramentos mantidos ou construídos pelo poder público. Os melhoramentos, também regidos pelo código em comento, são os seguintes: meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; abastecimento de água; sistema de esgotos sanitários; rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para a distribuição domiciliar; e escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de três quilômetros do imóvel considerado.

Ainda do CTN, a norma padrão de incidência veicula que a base de cálculo desse imposto municipal é o valor venal, isto é, o valor de venda à vista do imóvel pelo preço de mercado, sendo sujeito passivo da relação jurídico-tributária o contribuinte proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Dentro do arquétipo delineado na norma geral, buscando alcançar-se o valor da obrigação tributária a ser adimplida, observa-se que o aspecto quantitativo da hipótese de incidência do IPTU é ainda constituído de uma segunda parcela: a alíquota.

A alíquota tem por função graduar a obrigação tributária, observando a proporção da capacidade contributiva do sujeito passivo da relação impositiva. Tratando-se de IPTU, a alíquota é uma fração do valor venal, em face do que, sua multiplicação pela base de cálculo do imóvel, determinará o montante da obrigação a ser paga ao município pelo contribuinte.

Tratando-se desse aspecto quantitativo da hipótese de incidência tributária, a CF de 1988 em momentos distintos permite ao município a possibilidade de se louvar da utilização do supranominado imposto no sentido de instituí-lo com o fim de atender à capacidade econômica do contribuinte com função meramente arrecadatória e, por outro lado, disciplinar sua incidência sobre imóveis urbanos não conformados com o perfil de utilização ditado no plano diretor do município.

Nesses moldes, a Constituição confere a possibilidade de utilizar-se a alíquota com certa flutuação visando a atingir determinada finalidade. Dessa feita, temos então a concepção trazida pela norma constitucional de armar-se o IPTU com a função fiscal e extrafiscal. A primeira função é trazida com fincas no inc. I do § 1º do art. 156 da CF, sendo alcançada em prol da justiça fiscal observando a capacidade econômica do contribuinte, e a segunda com esteio no inc. II, § 4º, do art. 182 da mesma Carta, com o objeto de estabelecer um melhor aproveitamento do solo urbano.

2 – Fundamentação teórica

2.1 – Progressividade fiscal

Tem assento a progressividade fiscal se o fato imponível escolhido pelo legislador revelar capacidade econômica e o objetivo da norma tributária levar em consideração a função meramente arrecadatória do tributo.

Antes de descalvar a tormentosa discussão a respeito da progressividade fiscal do IPTU, há que se observar a seletividade que nada se confunde com a progressividade.

Segundo o inc. II § 1º do art. 156 da CF, a lei pode dar tratamento diferenciado em razão do uso e da localização do bem imóvel. Além do que pode estabelecer alíquotas diferentes para imóveis que se encontram em situações diversas, como é o caso de terreno edificado ou não.

Está-se, assim, tratando da seletividade do IPTU. Imposto seletivo é aquele que apresenta alíquotas diversas para objetos diversos. Nessa qualidade não importa o sujeito, o que se observa é o objeto[3].

A seletividade, segundo José Maurício Conti[4], consiste:

"[...] em graduar as alíquotas de forma diferente segundo a essencialidade dos produtos, de modo que o imposto seja proporcionalmente mais elevado quanto mais supérfluo for o produto tributado, e os produtos indispensáveis tenham pouca ou nenhuma tributação".

A questão da seletividade, em tratando-se de IPTU, ganhou corpo com a EC n. 29/00, que deu nova redação ao § 1º do art. 156, estabelecendo no inc. II do referido parágrafo que o IPTU poderá ter "alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel".

3 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 19. ed., rev., atual. e ampl., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 329.

4 CONTI, José Maurício. *Sistema constitucional interpretado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 166.

Assim prevendo, o Texto Maior o fez concebendo a possibilidade de o ente tributante estabelecer alíquotas diversas em razão da localização e do uso do imóvel. No particular, está-se tratando da função extrafiscal do IPTU, uma vez que esta tributação objeto não tem-se centrado na capacidade contributiva, e sim como instrumento de intervenção do Estado na ordem econômica e social.

À guisa de orientação, a rigor, não se está tratando de *progressividade* propriamente dita, pois a Constituição estabelece a possibilidade de alíquotas diferentes e não como o fez no inciso I, quando assentou a progressividade em face do valor do imóvel.

A progressividade é um artifício de extrafiscalidade que, de modo genérico, constitui-se na proporcionalidade do aumento da alíquota, na medida em que se aumenta a base tributável, perseguindo atingir o princípio da capacidade contributiva.

A suportar a tese da progressividade fiscal para o IPTU, hoje vige um novo comando constitucional instalado no § 1º do art. 156 da Constituição Federal. Convém anotar que, antes da EC n. 29, de 13-9-2000, o STF já havia proclamado seu entendimento a respeito da progressividade fiscal no IPTU.

Era o seguinte o texto revogado, *verbis*: "Art. 156 […] § 1º O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade".

Com sustento nesta redação o STF, por maioria de votos, tendo como relator o Ministro Moreira Alves, decidiu:

"— No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real.

"— Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico).

"— A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com a finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do art. 182 é explicitação especificada, inclusive com a limitação temporal do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no art. 156, I, § 1º.

"— Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constante dos §§ 2º e 4º do art. 182, ambos da Constituição Federal"[5].

Essa decisão, pelo menos na dimensão judiciária do STF, chancelou de forma definitiva que o IPTU é um imposto real e como tal não se admitia a progressividade, pois não se atém para a exação a observância da capacidade econômica do contribuinte.

Contudo houve o advento da EC n. 29 e a redação anterior se viu alterada. A nova redação é a seguinte:

"Art. 156 [...]

"§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, II, o imposto previsto no inciso I poderá:

"I – ser progressivo em razão do valor imóvel; e

"II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel".

Mister referir, ainda que seja desimportante para o fim intelectivo da disposição, mas interessante no plano histórico, que a EC n. 29 de 2000 foi inserida no corpo da Constituição Federal, tendo móvel o financiamento para ações e serviços públicos de saúde. A propósito, o berço da inserção não foi o mais propício, parecendo ajuste casuístico de última hora.

Em face da nova redação, a grita continua e não se cala, pois, afinal, agora pode haver ou não a progressividade de natureza fiscal? Com efeito, o STF ainda não se posicionou a respeito e a doutrina ainda está dividida.

5 STF, RE n. 153.771-0/MG, Ementário do STF n. 1881-03.

Da leitura que se faz da nova redação é possível observar que o constituinte derivado afastou qualquer concurso de inteligência (interpretação sistemática) que interligasse o § 1º do art. 156 com o comando do art. 182. É o que se evidencia no § 1º, quando o legislador constitucional ditou que "sem prejuízo da progressividade no tempo [...]" da retrocitada EC.

Ao assim dispor fez a abstração constitucional entre as duas progressividades (fiscal e extrafiscal), ditando nova regra para a progressividade calçada na capacidade contributiva do sujeito passivo da relação obrigacional tributária.

Observa-se ainda a desconexão que antes vigia entre o § 1º do art. 156 com o art. 184, § 4º, inc. II, porquanto, em face da EC n. 29, não mais vige a vinculação de leitura entre os dois dispositivos. Assim, o sentido do novo § 1º do art. 156 não é mais sancionatário.

Por sinal, como já analisado, a Emenda dissociou as progressividades, deixando tácito que uma cuida da progressividade no tempo, com conteúdo punitivo, e outra progressiva em razão do valor do imóvel, observando o § 1º do art. 145 da Constituição Federal, na consecução da finalidade fiscal, uma vez que visa a alcançar receitas públicas, numa concretização da política redistributiva.

Desse modo tem-se que, em face do novo texto, a alíquota do IPTU pode ser progressiva *no tempo* (CF, art. 182) e *em razão do valor do imóvel* (CF, art. 156, § 1º, inc. I).

Disso não discrepa Sacha Calmon Navarro Coêlho[6], pois:

"Pode-se dizer, sem medo, que o IPTU admite a progressividade estribado em duas matrizes: a matriz da política urbana, cujo fundamento constitucional tem sede na disposição que acabamos de transcrever, em prol da ordenação urbanística das municipalidades (progressividade extrafiscal no tempo); e a matriz da capacidade do contribuinte que exsurge do art. 145, § 1º, da CF".

6 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 356.

O modelo que se deposita sobre a progressividade calçada na capacidade contributiva nada mais é que um instrumento de justiça e igualdade, pois permite que os que têm mais paguem mais e os que têm menos, como curial, paguem menos.

A lei impulsionada pelo tratamento igualitário faz com que o mais abastado contribua economicamente com mais, enquanto que o hipossuficiente contribua com menos. Há uma proporcionalidade para que todos paguem à medida de suas posses, evitando-se, em descortino, o que seria uma desigualdade, forte e fraco, pagando a mesma coisa, a mesma alíquota.

Observa-se nesse perfilhar a capacidade contributiva que exige que os impostos tenham caráter pessoal e sejam graduados segundo a capacidade econômica dos contribuintes. E, é de se admitir, isso não refoge ao IPTU. Pelo contrário, como diz Misabel Abreu Machado Derzi[7] na atualização da obra Aliomar Baleeiro, é inteiramente aplicável a ele.

À guisa de exemplificação, o proprietário de um imóvel luxuoso, localizado em bom bairro residencial tido como nobre, deve ser proporcionalmente mais tributado pelo IPTU, com alíquotas maiores do que o proprietário de um bem imóvel modesto, localizado em um bairro periférico. Sob este enfoque, observa-se que a progressividade do tributo é útil para o Estado personalizar o imposto e eficacizar o comando disposto no § 1º do art. 145 da CF. Assim, o aumento da alíquota, à medida do aumento do valor do imóvel, é uma boa técnica para implementar a justiça tributária no Brasil.

Em suma, como diz Misabel Abreu Machado Derzi[8], na atualização do livro de Baleeiro:

"Na verdade, a progressividade (fiscal), em que alíquotas sobem à medida que se eleva o valor venal do imóvel é a mais simples e justa das progressividades. Trata-se simplesmente de cobrar mais de quem pode pagar mais, para que os economica-

7 BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed., rev. e compl. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 254.

8 *Ibidem*, p. 255.

mente mais pobres paguem menos. Mas ela somente interessa, por tais razões, àquela camada da população humilde e desinformada, que nem sempre se faz ouvir".

Tendo como ultrapassada esta compreensão, passa-se à evolução do raciocínio. Se considerar-se que o IPTU é um imposto direto de natureza real, a mudança constitucional em nada alterou a intelecção daqueles que já assim entendiam. Observa-se que o IPTU continua sendo um imposto real e, assim, não pode haver a conjugação da capacidade econômica do contribuinte.

Diz-se isso calcado na própria motivação do Ministro Moreira Alves, que, ao perscrutar a celeuma trazida à baila, fez anotar em sua decisão já referida que a distinção entre imposto real e pessoal é clássica, e visa a que os impostos, sempre que possível, tenham caráter pessoal, *caso em que serão graduados segundo critérios de alteração da capacidade contributiva*.

Tratando-se da capacidade contributiva, há a necessidade de se verificar o que se considera como imposto real e pessoal. Diz-se pessoal quando este é calculado atendendo às condições pessoais do contribuinte, sendo exemplo: a sua situação familiar, os encargos com a família, o conjunto de rendimentos etc. Por este critério, o imposto pessoal é encarado sobre todos os elementos relativos à capacidade contributiva do sujeito passivo da relação tributária, levando-se em conta as condições individuais do contribuinte como um todo.

Tudo é objeto de consideração para a análise da capacidade contributiva. Observa-se que há uma individualização da imposição tributária, levando em consideração aspecto de porte individual de cada contribuinte. É de se ressaltar que a alíquota utilizada como dimensão da capacidade econômica do contribuinte é fixada levando em conta as condições pessoais de cada contribuinte.

Imposto real, diverso do pessoal, é aquele que não leva em consideração as condições pessoais do contribuinte. Passa ao largo, pouco importando a capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária. A situação pessoal é ignorada, ha-

vendo a oneração da riqueza representada por uma coisa. Há uma abstração sobre as condições jurídicas do eventual sujeito passivo[9].

O gravame está centrado apenas na matéria tributável, prendendo-se a seus aspectos objetivos, independentemente das condições econômicas, jurídicas, pessoais ou de família, relativas ao contribuinte.

Aqui, no viés do pessoal, a alíquota tributária é fixada exclusivamente em função das circunstâncias materiais da situação de fato prevista em lei. Funda-se em casos isolados da capacidade contributiva, como, por exemplo, ser proprietário de um bem.

Enquanto os impostos pessoais levam em consideração a pessoa com sua manifestação de poder econômico, nos reais, a tributação recai sobre a matéria tributável, desconsiderando-se as circunstâncias individuais do contribuinte. Ele paga por ter, possuir, não importando haver capacidade contributiva para adimplir a obrigação. Esta, a rigor, fica presumida em face do truísmo.

Assim, o imposto real é aquele que é considerado o patrimônio por si só. Decorre de uma análise objetiva, pouco importando a situação do contribuinte de arcar com a imposição dele decorrente. Não bastasse isso, popula na doutrina que a própria mudança do texto constitucional é inconstitucional, uma vez que tocou o legislador derivado em cláusula pétrea do contribuinte (CF, art. 60, § 4º, inc. IV, c/c art. 5º, § 2º), no momento que impregnou na Carta adminículo do princípio da isonomia e da capacidade contributiva.

Dessa forma, para os que assim entendiam, e de lógico devem continuar a entender, o IPTU é um imposto real, dado que tem seu fato gerador na propriedade e nas figuras a ela assemelhadas, localizado em zona urbana de município, sem levar em consideração *a pessoa* de seu proprietário, titular do domínio útil ou do posseiro.

9 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed., 7ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 125.

Em posição diversa há os que defendem que o IPTU, a exemplo de qualquer outro imposto, deve obedecer ao princípio da capacidade contributiva (CF, art. 145, § 1º). Tal compreensão pode ser ratificada com a apropriação das palavras de Elizabeth Nazar Carrazza[10], que enfeixa ao tema boa clareza:

"Como já enfatizado, o princípio da capacidade contributiva está intimamente ligado aos princípios da igualdade e igualdade tributária. É um dos instrumentos para a realização, no campo tributário, dos ideais republicanos. De fato, é justo, jurídico e razoável que quem, em termos econômicos, tem mais, pague proporcionalmente mais imposto do que quem, em termos econômicos, tem menos".

Por essa vista, compreendendo o IPTU como sendo um imposto sobre direito[11], incide ele sobre a propriedade imóvel urbana. Dessa feita, a operação da capacidade contributiva vai-se estabelecer sobre a própria propriedade (aspecto material da hipótese de incidência tributária), devendo ser levada em consideração quando do engenho do imposto.

Segundo Elizabeth Nazar Carrazza[12] e Roque Antônio Carrazza[13], tudo passa pela ensinança de Alfredo Augusto Becker, quando este preconiza o fato-signo presuntivo de riqueza. A propriedade imóvel é uma manifestação objetiva da riqueza do contribuinte, uma vez que revela a sua capacidade contributiva.

Com outra visão não menos autorizada, tem-se Sacha Calmon Navarro Coêlho[14], ao expressar que a capacidade contributiva, tal modulada na Constituição Federal, é a subjetiva.

10 CARRAZZA, Elizabeth Nazar. *IPTU & progressividade, igualdade e capacidade contributiva*. 1. ed., 3ª tiragem, Curitiba: Juruá, 2001, p. 91.

11 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1972, p. 391.

12 CARRAZZA, Elizabeth Nazar. *IPTU & progressividade, igualdade e capacidade contributiva*, p. 92.

13 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 16. ed., rev, ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 77.

14 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 90, e *Curso de direito tributário brasileiro*, p. 79.

Diz o autor que é subjetiva quando leva em conta a pessoa do contribuinte (capacidade econômica real). Doutra banda, é objetiva quando toma em consideração manifestações objetivas da pessoa (ter casa, carro do ano etc.).

Ainda, o próprio Roque Antônio Carrazza[15] reconhece que a adoção do critério objetivo, em alguns casos, pode não ser justo. Argumenta que, embora injusto, é o direito, logo jurídico seu pensar.

Tal leitura do princípio da capacidade contributiva acompanha Sacha Calmon Navarro Coêlho, não entendendo como crível que uma pessoa, detentora de imóvel luxuoso recebido por herança, tenha que deste desfazer-se para pagar os encargos tributários a ele relativos. Por via transversa, está-se impondo ao contribuinte um desembaraçamento da propriedade não tolerável. É perda forçada da propriedade, não prevista em lei.

Também é de se ressaltar que o contribuinte inadimplente com o IPTU pode ter sua propriedade imóvel penhorada à luz da Lei n. 8.009/90, pouco importando que, nesse caso, a propriedade imóvel seja encarada como *objetiva* ou *subjetiva* manifestação da riqueza do contribuinte.

A lei anteriormente referida dispõe em seu art. 1º que o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam.

No inc. IV do art. 3º da lei em comento, o legislador estipulou que a impenhorabilidade não será respeitada em face da cobrança de impostos, predial e territorial, devidos em função do imóvel familiar, mesmo que seja ele o único.

Voltando à discussão, melhor será situar a leitura na capacidade econômica real do contribuinte, pois é nesta que se visualizará a aptidão concreta e específica de suportar a carga

15 CARRAZA, Roque Antônio. *Op. cit.*, p. 79.

econômica do imposto. Porém, é inegável que para administração tributária estaria criando um verdadeiro calvário, pois são consabidas as precárias condições que lhe são impostas; todavia teria-se de individualizar imposto por imposto para cada contribuinte.

O mau-trato do serviço público pelos governantes não pode ser erigido como condição para sobreposição de direitos constitucionais. Dessa feita, cabe aos governantes orientarem-se pela lei, aprestando o Estado com condições de aplicá-la com igualdade.

2.2 – Progressividade extrafiscal

Ao lado da progressividade fiscal tem-se presente no ordenamento positivo, mormente na Constituição Federal, a progressividade no tempo (art. 182, § 4º), que reverbera um instrumento da extrafiscalidade do tributo IPTU.

A função extrafiscal do tributo não se constitui na simples arrecadação de recursos financeiros para a manutenção do Estado. Seu fito é incentivar ou desestimular certos atos determinados ao contribuinte, ou seja, contém nítido caráter de interferência no domínio econômico.

Rege a Constituição Federal:

"Art. 182 [...]

"§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

"I – parcelamento ou edificação compulsórios;

"II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

"III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas

anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais".

À primeira vista, infere-se do preceito constitucional a previsão de um instrumento colocado à disposição dos municípios, para que estes imponham aos munícipes a observância de determinadas regras urbanísticas previstas em leis municipais.

O que se tem escorado no art. 182 da Constituição Federal é um veículo reanimador da política urbana municipal, que simultaneamente, além de nela apoiar-se e fazê-la cumprir, serve como perfil sancionatório para os munícipes que não cumprem o plano diretor. Verifica-se, assim, a possibilidade da instituição do IPTU progressivo no tempo pelo uso inapropriado da propriedade imóvel estabelecido em zona urbana, ou que não haja por parte do proprietário do imóvel observância das regras urbanísticas, assim como outras editadas no município aonde está situado o imóvel.

Antes de vaguear sobre a amplitude da questão convém observar que o conteúdo da disposição apresenta nítido caráter sancionatório, uma vez que a própria Constituição assim o refere (*sob pena*).

Este não é o entendimento de Sacha Calmon Navarro Coêlho[16], que posiciona-se querendo crer que se está diante de punição esgrimida contra aquele que mal usa a propriedade urbana. Como se sabe, o tributo (CTN, art. 3º) não decorre de um ato ilícito. Isso depõe contra o conceito legal.

A doutrina nacional entretanto, ancorada em seu conceito legal, é unânime no sentido de afirmar que o tributo incide sobre atos lícitos do mundo econômico. O estigma sancionatório da progressividade em razão do tempo, destarte, não nasce do fato ilícito e sim de lícito, constituinte na circunstância de uma pessoa ser proprietária de um bem imóvel em zona urbana.

Contudo, a reprovação sucede do mau uso da propriedade urbana pelo proprietário. Este uso inadequado tem como

16 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*, p. 357.

paradigma as disposições municipais a respeito da utilização do bem imóvel, conforme o caráter que melhor lhe derem os legisladores locais.

A discordância de Sacha Calmon Navarro Coêlho é meramente depositada na semântica, pois a respeito da expressão *sob pena*, entende ele que significa o rol de providências a que ficará sujeito o mau proprietário, pela disfunção da propriedade.

E nisso não há discordar, pois, em decorrência da não edificação do solo, sua subutilização ou não utilização estará o proprietário descumprindo os ditames da lei, sujeito assim às sanções previstas no § 4º do art. 182 da CF.

O esteio da previsão, ante o caráter social da Carta de 1988, é constranger o proprietário do imóvel urbano teimoso a cumprir com as normas especificadas em leis municipais. Isso porque, a princípio, não se justifica um imóvel não edificado, subutilizado ou não utilizado, uma vez que, conforme a Constituição Federal, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (182, § 2º).

Tem-se inserto no inc. II do § 4º do art. 182 da CF a progressividade-sanção, que se constitui como recurso empregado para a realização da política de desenvolvimento urbano (CF, art. 182, *caput*), tendo por anseio ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

O plano diretor do município, aprovado pela Câmara Municipal e obrigatório nas cidades com mais de 20 mil habitantes, serve como instrumento básico da política de desenvolvimento (CF, art. 182, inc. I).

A Constituição Federal deixou patente o que entende como função social da propriedade urbana. Disciplinou, assim, que a função social estará atendida quando a propriedade atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor. Como se vê, o plano diretor fora guindado à condição de baluarte para o sentido da leitura do que se entende como função social da *propriedade urbana*.

Faz-se necessário aqui o escólio de José Cretella Júnior[17], para o fim de se compreender o que é esta função social:

"Prédios e terrenos urbanos têm por finalidade única, quando residenciais, proporcionar o máximo conforto ao proprietário e sua família. Se, além da casa e do terreno construído, o proprietário reserva, ao lado, outra área para lazer, a função individual persiste, continuando a propriedade a cumprir sua função de bem-estar familiar, não se podendo dizer que o terreno, ao lado, é improdutivo e que seu aproveitamento é irracional e inadequado, pois isto se aplica tão-só à propriedade *rural*. A propriedade urbana, usada de modo *adequado e racional,* cumpre sua *função social"* [grifos no original].

Pois bem, o não atendimento das exigências fundamentais descritas nas ordenações das cidades, que estão por via de conseqüência vinculadas à política de desenvolvimento urbano, facultará ao Poder Público municipal a adoção das imposições trazidas nos incisos do § 4º do art. 182, sendo uma delas, justamente, a possibilidade de estabelecer-se o IPTU progressivo no tempo, com fito de compelir o munícipe a cumprir as ordenações das cidades.

Nesse passo, o IPTU ganha dimensão destacada, pois propicia a utilidade de concretizar, fundado na ordenação municipal, a política de desenvolvimento urbano, à medida que pode impelir o proprietário de imóvel situado em zona urbana a deixar de mal utilizar a propriedade e, assim o fazendo, estaria cumprindo a função social da propriedade urbana.

Geraldo Ataliba[18] enfatiza que o desdobramento da previsão do § 4º do art. 182 da Constituição Federal constitui-se numa disciplina extrafiscal. Essa extrafiscalidade consiste no uso de instrumentos tributários para a obtenção de finalidade não-arrecadatória, mas estimulante, indutora ou coibidora de compor-

17 CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito tributário constitucional*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 211.

18 ATALIBA, Geraldo. IPTU – Progressividade. *Revista de Direito Tributário* n. 93, p. 233-235.

tamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados, sendo o caso de valores urbanísticos.

A progressividade extrafiscal usa o aumento da alíquota sempre que se depara com determinadas situações a serem alcançadas, independentemente de que haja, a exemplo da progressividade fiscal, aumento da base de cálculo.

Aqui, os fins a coroar a intenção do legislador não são outros que os arrecadatórios do Estado, mas, sim, de políticas social e econômica, sem liame qualquer com a capacidade contributiva, no sentido de incentivar ou desestimular determinados comportamentos.

Fitando regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida como Estatuto da Cidade, deitou diretrizes gerais da política urbana, regendo outras providências atinentes.

O Estatuto da Cidade estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, assim como do equilíbrio ambiental.

O veículo legislativo utilizado pelo legislador fez reverberar em legislação infraconstitucional a norma contida na Constituição Federal, na qual a propriedade urbana deverá atender a sua função social. O direito à propriedade imobiliária urbana é assegurado desde que cumprida sua função social, aquela concebida pela legislação urbanística, sobretudo no plano diretor.

Ao governo municipal cabe promover o controle do processo de desenvolvimento urbano pela formulação de políticas de ordenamento territorial, nas quais os interesses individuais dos proprietários necessariamente coexistem com outros interesses sociais, culturais e ambientais de outros grupos e da cidade como um todo.

Nessa esteira, foi dado aos governos municipais o poder de, por meio de leis e diversos instrumentos urbanísticos, determinar a medida de equilíbrio possível entre interesses individuais e coletivos quanto à utilização desse bem não-renovável, essen-

cial ao desenvolvimento sustentável da vida das cidades, que é o solo urbano.

Referido Estatuto é movido por uma adequada política urbana que tem por objetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. A garantia do direito a cidades sustentáveis é uma de suas diretrizes de cunho geral.

O direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações, é entendido como garantia às cidades sustentáveis.

Como diretriz da política urbana, sintonizado com o espírito concebido na Constituição Federal de que a propriedade só deve ser garantida dês que cumprida sua função social, o Estatuto cuidou da ordenação e controle do uso do solo, com o fim de ser evitada a utilização inadequada dos imóveis urbanos e a retenção especulativa de imóveis, que resultem na sua subutilização ou não utilização.

3 – Considerações finais

À vista do exposto, observa-se que a Constituição Federal disciplina em dois momentos distintos uma diversidade de plexo ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. A manta constitucional permite, como artifício da função fiscal e extrafiscal, o exercício da progressividade de alíquotas mediante a prática no mundo fenomênico de determinada situação exposta ou promovida pelo contribuinte do imposto.

Dessa forma se vê hospedada no texto constitucional a possibilidade do ente político de munir-se do imposto municipal no sentido de instituí-lo com o fim de atender à capacidade econômica do contribuinte, observando o caráter pessoal do imposto, buscando assim promover a justiça fiscal. E, por outro lado, disciplinar a incidência da mencionada imposição sobre imóveis urbanos não conformados com o perfil de utilização do solo concebido pelo plano diretor municipal, a fim de promover a justiça de distribuição do solo urbano, arrefecendo práticas cumulativas e especulativas da propriedade privada.

4 – Referências bibliográficas

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed., 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. IPTU: Progressividade. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n. 93, p. 233-235.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed., rev. e compl. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1972.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. *IPTU & progressividade, igualdade e capacidade contributiva*. 1. ed., 3ª tiragem, Curitiba: Juruá, 2001.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 16. ed., ver. ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 2001.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CONTI, José Maurício. *Sistema constitucional interpretado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 166.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito tributário constitucional*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 211.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 19. ed., rev., atual. e ampl., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2001.

OMISSÃO DE SOCORRO NO CÓDIGO DE TRÂNSITO

Maurílio Moreira Leite[1]

I — O dever de solidariedade jurídica emerge do disposto no art. 135 do Código Penal, de seguinte teor: "Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: pena — detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa". Nos crimes de trânsito, até então previstos no Código Penal (homicídio culposo e lesão corporal culposa), a norma somente era aplicável no que dizia respeito à pessoa ferida, em decorrência do respectivo acidente, do qual fora protagonista a pessoa que se omitiu do dever de solidariedade. Mesmo assim, a conduta típica de não fazer era aplicável tão-somente como causa especial de aumento de pena (um terço), consoante o disposto nos arts. 121, § 4º, e 129, § 7º, ambos do Código Penal. O Código de Trânsito modificou o quadro existente, erigindo à condição de crime a omissão de socorro decorrente de acidente de circulação. A respeito dispõe o art. 304: "Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar

1 *Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.*

de solicitar auxílio de autoridade pública: pena — detenção, de seis meses a um ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave". Trata-se, portanto, de crime subsidiário, isto é, somente será considerado se não constituir elemento de outro mais grave. E tal nuança está presente, pois a omissão de socorro constitui causa especial de aumento de pena (de um terço à metade) no homicídio culposo, como também na lesão corporal culposa, consoante deflui dos arts. 302, parágrafo único, inciso III, e 303, parágrafo único. Em conseqüência, somente em situações excepcionais prevalecerá o crime de omissão de socorro, como, por exemplo, absolvido o agente da prática de homicídio culposo ou lesão culposa, restar demonstrada a ocorrência da omissão do dever de solidariedade, a qual constituiria, tão-somente, repita-se, causa especial de aumento de pena se acolhida fosse a pretensão punitiva mais grave.

II — Conforme deflui do art. 304, o crime em questão somente poderá ser praticado por quem, na direção de veículo automotor, envolver-se em acidente, deixando de prestar imediato socorro à vítima, ou, na impossibilidade de fazê-lo, deixar de solicitar auxílio à autoridade. Outro condutor de veículo, não envolvido no acidente, ou qualquer outra pessoa, não poderá ser enquadrado no crime de omissão de socorro previsto no Código de Trânsito, mas, sim, no Código Penal, art. 135, cuja pena cominada é mais branda (detenção de um a seis meses ou multa). Embora o Código de Trânsito, no seu art. 96, considere como veículo os de propulsão humana (bicicleta, carro de mão) e os de tração animal (carroça, charrete), os crimes praticados por seus condutores (homicídio culposo/lesão corporal culposa) não lhes são pertinentes, haja vista expressa referência a veículo automotor (arts. 302 e 303). Aplicável será o disposto no Código Penal (art. 121, § 3º, ou art. 129, § 6º) quando a omissão de socorro, se ocorrente, funcionará como causa especial de aumento de pena (um terço), ou, na inexistência de crime mais grave, prevalecerá a conduta delituosa alinhada no seu art. 135.

III — Razoável parcela da jurisprudência, existente até a entrada em vigor do Código de Trânsito, não considerava como tipificado o crime de omissão de socorro se a vítima tivesse faleci-

do instantaneamente, ou, no caso de ferimentos, tenha sido socorrida por terceiros. Confira-se: "Em tema de homicídio culposo de trânsito, falecendo a vítima de imediato, não há falar em omissão de socorro em relação a ela" (TACrimSP—JUTACRIM 51/410); "A omissão de socorro, a que se refere o art. 129, § 7º, do CP, só constitui agravante de penalidade quando o agente é a única que, na ocasião do fato, poderia prestar socorro à vítima, de modo eficiente" (TACrimSP—RT 383/271). O novo Código, de forma expressa, resolveu a divergência jurisprudencial ao asseverar, no parágrafo único do art. 304, que "Incide nas penas previstas neste artigo o condutor do veículo, ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves". Exagerada, sem dúvida, é a previsão da tipificação do crime de omissão de socorro, mesmo na hipótese de a vítima resultar morta de imediato, pois é inviável qualquer ajuda a cadáver, ante a impossibilidade de se tentar preservar um bem que já não existe.

IV — Usuários das vias terrestres, segundo art. 1º, § 1º, também o são os pedestres, bem como os animais, conduzidos ou não. Aos primeiros, além de direitos, lhes foram estabelecidos os deveres alinhados no art. 69 e seus incisos. Com relação aos animais, foi imposto aos seus condutores o respeito às normas previstas no art. 53, incisos I e II. Assim, será possível a prática de homicídio culposo ou lesão corporal culposa por parte daqueles (pedestre/condutor), quando, na qualidade de usuários de via pública, causarem acidente com vítima. Entende-se como via a "superfície por onde transitam veículos, pessoas e animais, compreendendo a pista, a calçada, o acostamento, a ilha e canteiro central" (Anexo I — Dos Conceitos e Definição). Mas, por não se tratar de condutores de veículo automotor, inaplicáveis lhes serão as tipificações dos crimes culposos previstos no Código de Trânsito, cabendo-lhes responder por seus atos na forma do estatuído no Código Penal (art. 121, § 3º, ou art. 129, § 6º), quando a omissão de socorro, porventura ocorrente, funcionar como causa especial de aumento de pena (CP, arts. 121, § 4º e 129, § 7º), ou inexistindo crime mais grave, poderão ser enquadrados no art. 135 do diploma citado.

Conclusões

I – O crime de omissão de socorro, previsto no art. 304 do Código de Trânsito, é subsidiário. Em decorrência, somente poderá ser considerado quando não constituir causa especial de aumento de pena de homicídio culposo ou de lesão corporal culposa.

II – Constitui pressuposto à caracterização do crime de omissão de socorro que o agente o pratique na condução de veículo automotor envolvido no acidente, do qual resulte homicídio culposo ou lesão corporal culposa, ou ambos.

III – Terceiro não partícipe do acidente, condutor de veículo automotor, ou não, poderá cometer crime de omissão de socorro, porém o tipificado no art. 135 do Código Penal.

IV – Os demais usuários das vias públicas (art. 1º, § 1º, CTB), se responsáveis por acidente de trânsito, com vítima, responderão por seus atos nos termos do previsto no Código Penal, arts. 121, § 3º, e 129, § 6º, quando a omissão de socorro, porventura existente, funcionar como causa especial de aumento de pena, segundo o preceituado nos parágrafos 4º e 7º dos artigos citados, respectivamente.

MULTA REPARATÓRIA

Maurílio Moreira Leite[1]

I — É conseqüência da sentença penal condenatória a obrigação de reparar o dano causado pelo crime (Código Penal, art. 91, I). Transitada em julgado a decisão condenatória, a qual constituirá título executivo judicial (Código de Processo Civil, art. 584, II), caberá ao interessado interpor a respectiva ação civil, competindo ao Ministério Público tal incumbência quando ocorrente o pressuposto estabelecido no art. 68 do Código de Processo Penal. A separação da jurisdição penal da civil é absoluta. O Código de Trânsito, no entanto, no seu art. 297, deu tímido passo à descaracterização da tradicional independência, ao criar a denominada multa reparatória, a qual, embora nominada como pena, tem evidente e incontroversa destinação civil, pois visa a indenizar o prejuízo material decorrente de crimes de trânsito. Leia-se: "Art. 297— A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime". A forma simplista de criação da referida pena, com destinação reparatória, sofrerá, por certo, críticas, o que já ocor-

1 *Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.*

reu por parte de Damásio E. de Jesus, quando afirmado: "De modo que a multa reparatória, por falta de cominação legal (princípio da reserva da lei) não pode ser aplicada pelo Juiz. Ela não existe, pois não se sabe a que crimes aplicá-las. Pena sem cominação não é pena. É alma perdida vagando pela imensidão do Direito Penal à procura de um corpo. Chegaram ao máximo: inventaram uma pena sem crime" (Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 61, Dezembro/1997, p. 10). Sem dúvida, é singular a forma encontrada para criar a multa reparatória, pois ela surgiu na legislação em artigo único, dizendo respeito aos seus pressupostos. No entanto, em que pese a crítica formulada, é possível vislumbrar no dispositivo apontado o atendimento do preceito constitucional "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (CF, art. 5º, XXXIX). O art. 297 está contido no Capítulo XIX, que trata "Dos crimes de Trânsito", ao qual faz parte a Seção II, que diz respeito, justamente, aos crimes praticados no trânsito, sob o título "Dos crimes em espécie". É compreensível que a multa reparatória diz respeito aos crimes de trânsito dos quais possa emergir direto dano material, e que são os tipificados nos arts. 302 e 303. Assim, apesar da forma estapafúrdia utilizada para a criação da multa reparatória, o preceito constitucional pertinente à espécie restou preservado. Com relação aos demais, há expressa referência à pena de multa (não reparatória, art. 49, CP), haja vista tratar-se de crimes praticados contra a incolumidade pública (arts. 306, 308, 309 e 311); contra a administração da justiça (art. 312); por omissão de socorro (art. 304); contra princípio de natureza moral (?) (art. 305); por desobediência à ordem judicial (art. 307); de perigo abstrato (art. 310). Em tais casos, não haverá prejuízo material aferível em favor de vítima certa e definida, sendo a multa prevista a mencionada no art. 49 do Código Penal, que se destina ao fundo penitenciário.

II — No entanto, é preciso atentar quanto à possibilidade de, nos crimes contra a incolumidade pública, previstos no Código de Trânsito, da ocorrência de dano material. Por exemplo: alguém, na direção de veículo automotor, e que se encontra sob a influência de álcool, provoca acidente, colidindo com outro veículo, cujo condutor resulta ileso; porém, com dano material no veículo colidido. O crime previsto no art. 306, contra a incolumidade pública "con-

duzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem", restará caracterizado, com previsão de aplicação das seguintes penas: "detenção de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor". Evidentemente, a multa prevista é a geral (art. 49, CP), cujo valor deve ser recolhido ao fundo penitenciário. Porém, tendo em conta a ocorrência de prejuízo material, também é aplicável a multa reparatória (art. 297, CTB). Na impossibilidade de aplicação de duas multas (*non bis in idem*), qual delas deverá prevalecer? Embora sejam idênticos os pressupostos de aplicação de ambas, a multa reparatória tem destinação específica, qual seja, indenizar o prejuízo material causado pelo crime, bem como limitação valorativa própria, pois não poderá ultrapassar o valor do prejuízo demonstrado nos autos. Logo, trata-se de norma especial, com prevalência sobre a geral.

III — Cuidando-se de pena, embora com destinação reparatória, de natureza civil, a legitimidade para pretender sua aplicação é do Ministério Público, sendo indispensável expressa referência, na denúncia, à existência de dano material emergente do crime de trânsito, pois a multa reparatória sequer está cominada nos artigos autorizadores de sua aplicação (302 e 303). A omissão importará na impossibilidade de acolhimento quando da sentença condenatória, pois "as regras do *ne procedat judex officio* e do *ne procedat judex petitum et extra petitum* derivam das garantias do sistema acusatório. Uma vez que não mais existe, entre nós, o juiz inquisitivo, cumpre à acusação delimitar a área de incidência da jurisdição penal e também movimentá-la através da propositura de ação penal. Não há, no processo penal pátrio, o procedimento *ex officio*. A acusação pública é a atividade funcional adjudicada exclusivamente ao Ministério Público, enquanto a acusação privada pertence ao ofendido, com atuação supletiva, em alguns casos, do próprio Ministério Público. Instaura-se, por isso, a relação processual, através de provocação do órgão acusador, mediante propositura da ação penal. Donde concluir-se que não há, também, na jurisdição penal, jurisdição sem ação. Consagração exata do princípio *ne procedat judex ex officio* é regra e norma que se contém no art. 28 do CPC. Completa esse princípio, aquele outro

sobre a proibição do julgamento *ultra* e *extra petita*. A acusação determina a amplitude e conteúdo da prestação jurisdicional pelo que o juiz criminal não pode decidir além e fora do pedido com que o órgão da acusação deduz a pretensão punitiva. Os fatos descritos da denúncia ou na queixa delimitam o campo de atuação do poder jurisdicional" (Marques, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, Editora Forense, 1ª ed., 1º vol., p. 191).

IV — O valor da multa reparatória não será o total do prejuízo demonstrado nos autos, mas o resultado do cálculo a ser efetuado em dias-multa, consoante resulta da determinação contida no art. 297 do Código de Trânsito, no sentido da aplicação do § 1º do art. 49 do Código Penal, que fixa o valor, maior e menor, de cada dia-multa. Em decorrência, é forçoso concluir que o valor da multa reparatória deverá ser calculada em dias-multa, o qual não poderá ultrapassar o total do prejuízo demonstrado nos autos, consoante estabelecido no art. 297, § 1º, do Código de Trânsito. O que faltar, contudo, poderá ser pleiteado em ação própria (art. 297, § 3º, CBT). Consoante emana da doutrina e da jurisprudência à dosagem do número de dias-multa é pertinente aplicar o art. 59 do Código Penal, que diz respeito às circunstâncias judiciais. Quanto ao valor de cada dia-multa, é aplicável a norma do art. 60, também do Código Penal, referente à situação econômica do réu.

V — A execução da pena de multa, inclusive reparatória, compete ao Ministério Público, em que pese a alteração procedida no art. 51do Código Penal, por implicação da Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996. Para melhor apreciação da matéria a ser desenvolvida, tenha-se em vista o art. 51 do Código Penal, em sua antiga redação: "A multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixa de pagá-la ou frustra a sua execução". No seu parágrafo primeiro, afirmava que "Na conversão, a cada dia-multa corresponderá 1 (um) dia de detenção, não podendo ser superior a 1 (um) ano". Contudo, a conversão somente poderia ser determinada se frustrada a execução, disciplinada no art. 164 da Lei de Execução Penal. Em sua nova redação, o referido artigo dispõe: "Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no

que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição". Em decorrência, não será mais possível, em qualquer hipótese, a transformação da pena de multa em restritiva de liberdade. Embora afirmado que a pena de multa, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, deve ser considerada "dívida de valor", nem por isso ela perde sua característica inicial, pena pecuniária, constituindo a satisfação do débito o exaurimento da pretensão punitiva, da qual é titular o Ministério Público. Em decorrência, não há falar em competência de outro órgão para exercitar providências à satisfação do débito, pois tal competirá ao Ministério Público. Para tanto, utilizará as normas procedimentais previstas na Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, que "Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências".

Tenha-se em conta que a nova redação do art. 51 do Código Penal, ao afirmar que a multa será considerada "dívida de valor", determina que se lhe apliquem "as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública", não emergindo de tal disciplinamento qualquer alteração de competência. E, cuidando-se de execução penal, a matéria é inerente à atividade funcional do Ministério Público, pois compete-lhe promover e fiscalizar a execução da lei, nos termos do art. 257 do Código de Processo Penal, sendo vedado o exercício de suas atribuições por outros órgãos, consoante disposto no art. 129, § 2º, da Constituição Federal. Tratando-se de dívida de valor proveniente de imposição de pena de multa, a legalidade, a liquidez e a certeza do crédito serão decorrentes, não da inscrição em dívida ativa, pois desnecessária, mas da própria sentença penal condenatória, com trânsito em julgado, título judicial executório, conforme disposto no art. 584, inciso II, do Código de Processo Civil.

Conclusões

I — A pena de multa reparatória, apesar da forma pouco ortodoxa utilizada em sua criação, atende ao princípio da anterioridade da lei penal, delineado no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

II — Nos crimes contra a incolumidade pública, de perigo concreto, resultando dano material, a multa aplicável é a reparatória, em detrimento da geral, em face do princípio da especialidade.

III — A denúncia, de forma expressa, deverá mencionar a existência de dano material decorrente do delito de trânsito, omissão que impedirá o acolhimento judicial da pena reparatória, em vista do princípio da proibição de julgamento *ultra* e *extra petita*, quando vulnerado restaria preceito constitucional que assegura a amplitude do direito de defesa.

IV — O valor da multa reparatória deverá ser formulado em dias-multa, atendidos os pressupostos de aplicação da pena pecuniária previstos no Código Penal, tendo por limite, que lhe é próprio, o total do prejuízo material oriundo do crime de trânsito.

V — A execução da pena de multa, inclusive reparatória, é da competência do Ministério Público, em que pese interpretação equivocada do art. 51 do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996.

CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS ACERCA DO USUCAPIÃO COLETIVO

Pablo Stolze Gagliano*

"Ou nós ficamos atentos para as tramas do Direito, ou seremos presas fáceis dele. E presas bem alimentadas..." (Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho, em magnífica aula de Filosofia do Direito proferida no mestrado da PUC-SP, em 31-5-2004).

Desde quando entrou em vigor, no início[1] do ano passado, o novo Código Civil tem causado controvérsias e despertado a atenção de todos aqueles que militam na seara do Direito Privado.

* *Juiz de Direito Titular da Comarca da Amélia Rodrigues (BA), mestrando em Direito Civil pela PUC/SP, professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, da Escola de Magistrados da Bahia, co-autor da obra Novo Curso de Direito Civil (Ed. Saraiva) e do Código Civil Comentado (Ed. Atlas).*

1 Existe acesa polêmica a respeito da data de entrada em vigor do novo Código Civil (Lei n. 10.406/02), se tal teria-se dado no dia 11 ou no dia 12 de janeiro de 2003. Nesse particular, alinhamo-nos à corrente de pensamento da profª. Maria Helena Diniz, da PUC/SP, citada pelo culto Mário Delgado: "Preferimos, todavia, seguir a corrente doutrinária dos que acham que o Código entrou em vigor no dia 11-1-2003, não obstante a extrema comodidade em se aceitar o dia 12. Partilhamos com Maria Helena Diniz o entendimento de que o art. 2.044, sob pena de ilegalidade vertical decorrente do inevitável confronto com o art. 8°, § 2°, da LC n. 95/98, deve ser lido e recebido como se houvesse estabelecido o prazo de vacância em 365 dias e não em um ano, e aqui estamos dando uma interpretação

Aliás, a despeito das justas críticas que lhe são dirigidas, um importante legado – muito bem-vindo, por sinal – a nova lei nos concedeu: o Direito Civil voltou a assumir posição de destaque nos meios acadêmicos nacionais, viabilizando uma construtiva reflexão acerca dos seus fins e princípios.

Nesse contexto, de acesos debates intelectuais, ganha candente matiz a problemática referente à regra constante em seu art. 1.228, § 4º, que dispõe:

"O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante".

Trata-se de instituto jurídico muito peculiar, e que, se analisado com bastante atenção, poderá causar-nos uma desagradável sensação de desconforto, provocada por contundentes indagações.

E tal inquietude ganha fôlego em face dos desencontros doutrinários que se seguiram à entrada em vigor do referido dispositivo.

Afinal, o codificador teria criado uma nova forma de "desapropriação" ou estaríamos diante de uma modalidade peculiar de "usucapião especial ou coletivo"?

De fato, argumentos há, apontando para ambas as direções.

Sob o prisma topográfico, e seguindo um critério de interpretação sistemática, tem-se a impressão de que se consagrou *uma nova modalidade expropriatória*, uma espécie de "*desapropriação judicial*".

Isso porque, no parágrafo antecedente, o legislador, a teor do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, regulou, expressamente, as hipóteses de desapropriação *por necessidade ou utilidade pú-*

construtiva, sistemática, teleológica ao preceito, com vistas a aproveitá-lo" (Problemas de Direito Intertemporal: Breves Considerações sobre as Disposições Finais e Transitórias do Novo Código Civil Brasileiro, *in* Novo Código Civil – Questões Controvertidas – vol. 1. São Paulo: Método, p. 490).

blica e interesse social, para, em seguida, dispor, no dispositivo sob comento, que o proprietário "também" poderia ser privado da coisa, em função da posse exercida por terceiro, mediante *pagamento de indenização* (§ 5º).

Ora, ao utilizar a palavra *"também"*, e fazer referência à indenização a ser paga ao expropriado, transparece que fora acrescentada mais uma modalidade de desapropriação ao rol arrolado no parágrafo anterior.

Defendendo a *natureza expropriatória do instituto*, a professora Mônica Aguiar, da Universidade Federal da Bahia, em excelente artigo, observa:

"Essa desapropriação realizada diretamente pelo Poder Judiciário, sem intervenção prévia de outros Poderes, é figura nova em nosso sistema positivo [...] Em um mesmo artigo — § 4º do art. 1.228 – o legislador faz uso de vários conceitos jurídicos indeterminados: considerável, para qualificar o número de pessoas; de interesse social e econômico, para adjetivar as obras e serviços e extensa, para identificar a área. Abre-se, então, um aparente leque de possibilidades para o preenchimento do conteúdo jurídico desses conceitos pelo Magistrado que, conforme relatado, será o artífice dessa desapropriação".[2]

Entretanto, outros autores de inegável valor sustentam tratar-se de *modalidade nova de usucapião*, a exemplo do culto Ministro Teori Zawascki, na obra "A Reconstrução do Direito Privado".[3]

Nesse mesmo diapasão, Eduardo Cambi, respeitado jurista, após mencionar que se cuida de usucapião coletivo, pondera que:

"Trata-se de instituto jurídico novo e autônomo, cuja diferença essencial, em relação aos imóveis urbanos, está no tamanho,

2 AGUIAR, Mônica. Texto gentilmente cedido pela autora pela *internet*, e disponível no *site http: www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto247.htm*, acessado em 12 de julho de 2007.

3 A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil, *in A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 843 a 861.

por extrapolar os 250m^2 (duzentos e cinqüenta metros quadrados), previsto no art. 183 da CF, para a usucapião especial. Além disso, o novo Código Civil vai além da Lei n. 10.257/2001, pois estende o instituto aos imóveis rurais, não contemplados no Estatuto da Cidade".[4]

Nessa linha de raciocínio, uma vez que a perda da propriedade se dá pela *posse exercida por uma coletividade de pessoas*, dentro de um *lapso de tempo previsto em lei (5 anos)*, não há, em nosso sentir, negar a nota característica da prescrição aquisitiva, razão por que a tese do usucapião[5] nos pareceria mais atrativa.

Ademais, valorizando a posse, chegaríamos à conclusão de que o legislador pretendeu criar, por meio desse polêmico instituto, um instrumento de socialização da terra, previsto para aquelas situações em que o descaso do proprietário justificaria a perda do seu imóvel em favor dos efetivos possuidores da área.

Nota-se, ademais, a utilização de inúmeros conceitos abertos ou indeterminados (como extensa área de terra, boa-fé, interesse social e econômico), que deverão ser devidamente preenchidos pelo magistrado, no caso concreto, com cautela e diligência, a fim de se evitar a indesejável insegurança jurídica.

Encarando o instituto como modalidade de usucapião, não se deixaria de atender, também, ao princípio constitucional da *função social da posse e da propriedade*, compensando aqueles que dão destinação útil ao imóvel, e minimizando-se (ao menos no plano legal) os conflitos possessórios coletivos.

---

4 CAMBI, Eduardo. Aspectos Inovadores da Propriedade no Novo Código Civil, *in Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: PADMA, 2000, p. 38.

5 Sobre o gênero da palavra usucapião, já anotamos, em nossa obra Comentários ao Código Civil – vol. XIII (Direito das Coisas. Superfície. Servidões. Usufruto. Uso. Habitação. Direito do Promitente Comprador), São Paulo: Atlas, 2004, que: "Embora exista divergência linguística quanto ao gênero da palavra, e, bem assim, o codificador houvesse preferido grafá-la no feminino ("a usucapião"), manteremos a utilização no masculino, em respeito à tradição legislativa. Caldas Aulete, por exemplo, clássico dicionarista, prefere empregar a expressão no masculino (cf. Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Delta, 1958, vol. 5, p. 5.192)".

Mas, ainda que se cuide de um novo tipo de usucapião (oneroso), uma pergunta surge imediatamente em nossa mente: *quem arcaria com essa indenização*?

Segundo Mônica Aguiar, no mencionado artigo, a indenização deveria ser arcada pela União ou pelo Município, caso se trate de expropriação rural ou urbana:

"Para os imóveis rurais, não resta dúvida que essa indenização deve ser arcada pela União, quer por força do comando dos arts.184 a 186 da Constituição Federal, quer por observância dos critérios estabelecidos pela Lei n. 8.629 de 25-2-93 com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 10.279 de 12-9-2001 e Lei Complementar n. 76, de 6-7-1993.

"Ocorre que o instituto, em que pese não haver qualquer limitação expressa na legislação, foi concebido tendo em vista, especialmente os imóveis localizados em área urbana. Nessa hipótese, inadmissível a aplicação direta dos mencionados dispositivos. Perceba-se, outrossim, que não é exigido, como ocorre com a usucapião, o exercício da posse com *animus domini.*

"Parece que o ônus será do Município em que localizada a área, haja vista que o comando do plano diretor da cidade é de competência exclusivamente municipal. Há uma co-responsabilidade na tolerância da ocupação de terrenos com a criação de verdadeiras favelas, nascidas de invasões pelos que não têm moradia".[6]

Teori Zawascki[7] e Eduardo Cambi[8], autores supramencionados, por sua vez, entendem que o pagamento seria feito pelos próprios possuidores, prescribentes da referida área.

Em outro plano, Carlos Alberto Dabus Maluf, diante da falta de previsibilidade legal, reputa o referido artigo *inconstitucional*:

6 AGUIAR, Mônica. Ob. cit.

7 "Pelos seus requisitos ('posse ininterrupta e de boa-fé por mais de cinco anos') assemelha-se à usucapião, com a única diferença de que, para adquirir a propriedade, possuidores-usucapientes ficam sujeitos a pagar um preço. Ou seja: é espécie de usucapião onerosa" (p. 853, ob. cit.).

8 Este culto autor estabelece que a responsabilidade é dos possuidores e subsidiariamente do Estado, ob. cit., p. 39.

"Tal forma de usucapião aniquila o direito de propriedade previsto na Lei Maior, configurando um verdadeiro confisco, pois, como já dissemos, incentiva a invasão de terras urbanas, subtrai a propriedade do seu titular, sem ter ele direito a qualquer indenização".[9]

De fato, embora não enfrentemos o problema sob o viés exclusivo do proprietário, a impressão que se tem é de que *o dispositivo está fadado à ineficácia social*.

Atribuir-se a obrigação indenizatória a uma das entidades federativas, sem previsão legal a respeito, afigura-se, em nosso sentir, inviável, mormente em se tratando dos municípios brasileiros, que já se encontram em situação econômica desesperadora, não havendo, ademais, previsão constitucional específica em face desse novo instituto.

Impor a mesma obrigação aos ocupantes da terra, posição que vem ganhando força na doutrina, *data venia*, também não nos pareceria justo, por uma constatação imediata: *em geral os possuidores são desprovidos de recursos financeiros, e não teriam como arcar com esse pagamento*.

Assim sendo, concluímos que o referido dispositivo carece de sustentação, estando condenado à ineficácia social por manifesta inviabilidade.

De um lado, prejudica-se o proprietário, por não haverem sido regulados os mecanismos efetivos de pagamento da indenização prevista; de outro, imputando-se o dever ao ocupante da terra – posição que infelizmente parece ser majoritária –, *estar-se-ia impedindo o plano nacional de política agrária e de construção de uma sociedade mais justa, nos termos da nossa Lei Maior.*

Inadmissível, outrossim, é o Projeto de Reforma do CC (PL. 6960/02), que, com acentuado matiz privatístico, e visando apenas a resguardar a defesa do proprietário, afastou-se da perspectiva constitucional de socialização da posse, ao *subordinar o registro da sentença em nome dos possuidores ao pagamento integral do preço.*

9 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Novo Código Civil Comentado* (coord.: Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.099).

Caso aprovado, a aquisição da propriedade somente se daria após o pagamento integral desse valor, o que culminaria, inafastavelmente, na consolidação do "trancamento eficacial" da norma, afastando-se qualquer tentativa de salvação de sua utilidade (prática) de valorização da posse.

Nesse sentido, leia-se o referido parágrafo projetado:

"no caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago integralmente o preço pelo ocupante, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome do respectivo possuidor".

Tal modificação, em nosso sentir, não é justa, pois apenas serviria como garantia do proprietário, em detrimento do possuidor, sem que se resolvesse em definitivo a fundamental questão referente ao legitimado para o pagamento.

Diante de tudo isso, notamos que o legislador teve grande fôlego e coragem para *iniciar* a redação do artigo de lei, mas acabou perdendo-se no *final*, omitindo aspectos relevantes para a sua plena aplicabilidade...

Não conseguimos, pois, diante de sua dicção, extrair de si uma *interpretação razoável e conforme a Constituição*, consoante preleção do Prof. Dr. Paulo Lobo da Universidade Federal de Alagoas:

"O princípio da interpretação conforme a Constituição é uma das mais importantes contribuições dos constitucionalistas nas últimas décadas. Consiste, basicamente, em explorar ao máximo a compatibilidade com a Constituição das normas infraconstitucionais a ela anteriores ou supervenientes, e a partir dela. Apenas deve ser declarada a inconstitucionalidade de uma norma quando a incompatibilidade dela com a Constituição for insuperável. Essa diretriz hermenêutica harmoniza-se com os princípios da presunção de constitucionalidade das normas infraconstitucionais e da força normativa da própria Constituição. Mais importante é a função que desempenha na interpretação do conteúdo das leis, que há de ser conformado, delimitado e densificado pelos princípios

e normas constitucionais. Assim, o Código há de ser interpretado, sempre, a partir da Constituição".[10]

Melhor seria que, por meio de alteração legislativa, se adotasse uma forma de usucapião coletivo, semelhante àquela prevista no art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01), sem referência alguma ao pagamento de indenização, e desde que os requisitos gerais fossem devidamente observados (posse/*animus*/tempo).

Todavia, enquanto tal alteração não se opera, será mais razoável ao juiz, *no que for possível*, tentar aplicar as regras referentes a outras formas de usucapião, previstas no Código Civil, por entendermos que tal como fora redigido o presente dispositivo está fadado à inconstitucionalidade, por não respeitar superiores princípios previstos em nossa Magna Carta.

E constatamos isso não sem certa preocupação, pois, afinal de contas, a adoção de normas *aparentemente* válidas, embora materialmente ineficazes – cercadas muitas vezes por todo um discurso meramente simbólico e acentuadamente demagógico — resulta por prejudicar ainda mais a imagem do próprio Poder Judiciário, incrementando ainda mais a insatisfação do jurisdicionado.

Esperamos, portanto, diante de tudo o que se expôs, que o legislador faça a parte dele, para que nós, juízes, possamos fazer a nossa.

10 LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito de Família e o Novo Código Civil* (coord.: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira). 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 153.

EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

Ricardo Alonso García[1]

Sabido es que el ordenamiento jurídico comunitario fue calificado por el Tribunal de Justicia, hace ya cuarenta años, como ordenamiento "propio" y "autónomo" respecto del ordenamiento jurídico internacional y del de los Estados miembros integrantes de las Comunidades Europeas. Tales características las vinculó el Tribunal, refiriéndose específicamente a la Comunidad Económica Europea, al hecho de haber dotado a la misma "de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y, más en particular, de poderes reales derivados de una limitación de soberanía o transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad", que se traduciría en su aptitud para generar normas jurídicas directamente aplicables en los Estados miembros, prevalentes en caso de contradicción con normas jurídicas nacionales.

Veinte años después, el mismo Tribunal de Justicia se referiría a la Comunidad Europea como "una Comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus Instituciones pueden

1 *Catedrático de Derecho Administrativo y Comunitário – Universidad Complutense de Madrid – Presidente del Tribunal Arbitral del Mercosur (IX Laudo).*

sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la *carta constitucional fundamental* que constituye el Tratado"; calificación, pues, del Tratado como carta constitucional fundamental, que tendría un trasfondo *material*, por cuanto desde un punto de vista nominal y formal no dejaba de ser un, todo lo *sui generis* que se quiera, tratado internacional.

Pues bien, he aquí que otros casi veinte años después, concretamente el 29 octubre de 2004, se firmaba en Roma el denominado "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa"; denominación esta, en mi opinión, equívoca, porque da pie, como de hecho así ha sucedido, a enfatizar la segunda parte de la denominación ("constitución europea") sobre la primera ("tratado"), cuando lo cierto es que, ante todo, se trata, esencialmente, de un tratado de reforma del de la Unión Europea firmado en Maastricht en 1992, que fue negociado en el marco de la Conferencia Intergubernamental (inaugurada un año antes también en Roma), y que deberá, tras su firma recién mencionada por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, ser ratificado en cada uno de ellos, para su entrada en vigor, de conformidad con sus respectivas reglas constitucionales.

Qué tiene de novedoso, entonces, esta nueva reforma del proceso de integración europea, que haya podido determinar el empleo en su cabecera misma de la expresión "Constitución"?

Si partimos del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789, según el cual "toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución", la reforma de la Unión Europea aporta, en primer lugar, una más clara y más legítima, en términos democráticos, configuración del ejercicio del poder público europeo, tanto horizontalmente (esto es, en lo referente a la delimitación de las prerrogativas de las instituciones que integran el complejo aparato político propio de la Unión) como verticalmente (esto es, en lo referente a la delimitación de competencias entre la Unión y los Estados miembros); y, en segundo lugar y sobre todo, la reforma incorpora al texto del nuevo Tratado una Carta de Derechos Fundamentales, expresa

manifestación de los límites en el ejercicio del poder por las autoridades públicas frente al individuo, sólo franqueables en aras de la colectividad bajo estrictas condiciones vinculadas al desenvolvimiento de una "economía social de mercado altamente competitiva".

Dicho lo cual, debo insistir en la idea de que, por mucho que la reforma proyectada haya acentuado el contenido "constitucional" de la construcción europea, ésta continúa asentándose formalmente en un instrumento por el momento negociado y en su momento validado como "Tratado". De ahí que me parezca más rigurosa y conforme a la realidad la denominación, barajada en los inicios del debate sobre la reforma, de "Tratado constitucional de la Unión Europea".

Pasemos a exponer los rasgos esenciales de la reforma, comenzando por las novedades en su elaboración de la mano de un "método convencional" que se aparta del *modus operandi* hasta ahora seguido en las reformas de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas primero y de la Unión Europea después.

En efecto, según preveía el Tratado de la Comunidad Económica Europea ya en su versión de 1957 (de manera similar a sus hermanas la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y la Comunidad Europea de la Energía Atómica), y prevé en la actualidad el Tratado de la Unión Europea, su reforma exige el común acuerdo de los Estados miembros en el marco de una Conferencia Intergubernamental al efecto convocada por el Consejo, tras consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión.

Aclaremos desde ya que a ello respondió precisamente la antes mencionada Conferencia Intergubernamental inaugurada el 4 de octubre de 2003 en Roma. La novedad que aporta el tratado constitucional europeo, por tanto y jurídicamente hablando, no afecta a la etapa final del proceso de reforma a partir de la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental, sino al inicio de dicho proceso, que arranca no de borradores preparados por y discutidos entre los Gobiernos nacionales, con mayor o menor presencia de la Comisión según el clima de consenso imperante, sino de un proyecto por vez primera elaborado por una Convención constituida

al efecto, inspirada en el modelo seguido en la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta que, como veremos, fue solemnemente proclamada en Niza por el Consejo, el Parlamento y la Comisión, pero que no llegó a incorporarse al Tratado de la Unión tal y como ahora prevé el tratado constitucional).

Dicha Convención, constituida en febrero de 2002, contó con ciento cinco miembros y sus respectivos suplentes, representantes del Parlamento Europeo, la Comisión y los Gobiernos y los Parlamentos de los Estados miembros y los países candidatos a la adhesión, asistiendo en calidad de observadores el Defensor del Pueblo europeo y representantes de los órganos consultivos europeos, a saber, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones; también se constituyó un Foro abierto a las organizaciones representantes de la sociedad civil (esto es: interlocutores sociales, medios económicos, organizaciones no gubernamentales, círculos académicos, etc.), a las que se invitó a presentar contribuciones escritas a la Convención a través de la página web a tal fin abierta y a intervenir en la sesión plenaria convencional de finales de junio de 2002; en fin, las propias Instituciones europeas crearon asimismo en la página web de la Unión "espacios de debate" abiertos a todos los ciudadanos.

La Convención, asistida por su propia Secretaría, se organizó en torno a un Presidium encargado de impulsar y orientar los trabajos del Pleno de la Convención a partir de los Informes, sobre distintas materias objeto de discusión, elaborados por Grupos de Trabajo y Círculos de Debate. También correspondió al Presidium determinar la existencia o no de consenso en el seno de la Convención, tarea capital ésta amén de dificultosa, habida cuenta de la no accidental ausencia de cualquier definición al respecto, lo que, descartada su obtención a través de una expresión formal del Pleno o de una votación, desembocó en una práctica de concreción casuística del consenso en función de cada particular tema sometido a deliberación, y del origen y el peso de los convencionales decantados hacia una u otra posición.

Así las cosas, el Presidente de la Convención, Giscard d'Estaing, presentó el 20 de junio de 2003 al Consejo Europeo,

reunido en Tesalónica, una primera entrega de los resultados de la Convención, dedicada a las Partes I y II del proyecto, completada apenas un mes después con la presentación del resto, esto es, las Partes III y IV, ante la Presidencia pro-tempore de la Unión para su discusión en el marco de la Conferencia Intergubernamental, cuyo resultado sería el "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa" finalmente firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

Entrando ya en el contenido del tratado constitucional, hay que comenzar señalando que, como adelanté, consta de cuatro partes, precedidas de un Preámbulo, dedicadas a: los valores, objetivos y principios esenciales de la Unión (Parte I); la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (Parte II); las políticas y funcionamiento de la Unión (Parte III, la más larga del tratado constitucional, que no hace sino desarrollar la Parte I); y a una serie de Disposiciones Generales y Finales (Parte IV).

A ello debe añadirse treinta y seis Protocolos y casi cincuenta Declaraciones anejas, ofreciendo como resultado un producto que sigue estando lejos de la concisión que preside los textos constitucionales de los propios Estados miembros de la Unión: 448 artículos distribuidos a lo largo de las cuatro mencionadas partes de que consta el tratado constitucional, a los que deben sumarse los artículos de los Protocolos anejos. Ello no obstante, no debe desdeñarse el importante esfuerzo de simplificación llevado a cabo, tanto en términos cuantitativos (no hay que olvidar que el Tratado de la Unión, en la versión resultante de Maastricht, se aproximaba a los 700 artículos, Protocolos aparte), como, sobre todo, cualitativos (al superar la compleja presentación formal de tres Tratados constitutivos de las respectivas Comunidades Europeas, actuando bajo el paraguas de un cuarto Tratado correspondiente a una Unión desnuda de personalidad jurídica expresa).

Así las cosas, el tratado constitucional apuesta claramente por la Unión como heredera única de la integración iniciada en los años cincuenta, al optar, expirada en julio de 2002 la vigencia de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (única de las Comunidades que nació por tiempo determinado), por la desaparición de la rebautizada por Maastricht Comunidad Europea, ahora absorbida

por la Unión, y la reubicación de la Comunidad Europea de la Energía Atómica al margen también de la Unión.

Adviértase que me he referido a la herencia del legado comunitario, descartando así conceptualmente aproximaciones al tratado constitucional en términos revolucionarios: el tratado constitucional no hace sino continuar la senda, tal y como recogía el Preámbulo del Tratado de la Comunidad Económica Europea, de "una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos". "En la certeza de que los pueblos de Europa", recoge ahora el Preámbulo del tratado constitucional, "sin dejar de sentirse orgullosos de su identidad y de su historia nacional, están resueltos a superar sus antiguas divisiones y, cada más estrechamente unidos, a forjar un destino común".

Y la manera de forjar ese destino común va seguir estando inspirada en la tradicional dinámica de una progresiva profundización en la integración, traducida en una intensificación, y en su caso expansión, de las reglas comunitarias o supranacionales de funcionamiento de la Unión en la gestión de las competencias cedidas por los Estados miembros.

Prueba de ello es el mismísimo primer artículo del tratado constitucional, según el cual "la presente Constitución, que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de construir un futuro común, crea la Unión Europea, a la que los Estados miembros confieren competencias para alcanzar sus objetivos comunes". Para lo cual, añade a continuación, "la Unión coordinará las políticas de los Estados miembros encaminadas a lograr dichos objetivos y ejercerá, de modo comunitario, las competencias que éstos le atribuyan".

Explícito, pues, el deseo de heredar un determinado *modus operandi*, dando continuidad sustancial a una expresión, el método "comunitario", que de otra forma habría corrido el riesgo de tener que asumir una relocalización reducida a los anales de la integración europea.

Y dicha herencia se asume, como adelantaba, en términos de intensificación y expansión de la integración que se pretende sean más coherentes y sistemáticos.

Así, frente a la clásica presentación de la Unión como un templo griego asentado sobre tres pilares bien diferenciados, a saber, el supranacional comunitario y los intergubernamentales dedicados a la Política Exterior y de Seguridad Común, y a la Cooperación en los Ámbitos de la Justicia y los Asuntos de Interior, cuya nítida separación comenzó a difuminar, sobre todo por lo que a este tercer y último pilar se refiere, el Tratado de Ámsterdam, el tratado constitucional propone una visión más uniforme de la Unión, concentrada en sus aspectos supranacionales, matizados a más y a menos en un marco común cual es el Título V de la Parte I, dedicado al "Ejercicio de las Competencias de la Unión".

El punto de partida va a ser, pues, dicho Título V, que, tras presentar bajo la rúbrica de "Disposiciones Comunes" los instrumentos jurídicos reconocidos a la Unión para ejercitar las competencias otorgadas, inspirados en la metodología comunitaria, va a matizar a continuación, por la vía de "Disposiciones Particulares", su desenvolvimiento en el terreno de la Política Exterior y de Seguridad Común (incluida como parte integrante suya la Política Común de Seguridad y Defensa) y en el terreno, fertilizadas las semillas del que fuera tercer pilar de la Unión, del "constitucionalmente" bautizado como Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; particularidades estas "a menos" en términos supranacionales, a las que van a acompañar particularidades "a más" recogidas en un Capítulo dedicado a las "Cooperaciones Reforzadas", cuya finalidad, como apunta su propia denominación y expone el articulado, consiste en "impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses *y reforzar su proceso de integración*".

No perdamos de vista, por lo demás, que este esfuerzo en aras de una mayor clarificación en el proceso de cohesión conceptual de la Unión, se lleva a cabo en un más amplio contexto de clarificación del ejercicio del poder público europeo, así como de los límites de dicho ejercicio de cara al ciudadano, aspectos estos que son los que, como adelanté, acentúan el contenido "constitucional" del texto finalmente adoptado.

En efecto, desde una perspectiva del ejercicio de ese poder público europeo a escala horizontal, esto es, atendiendo al propio aparato político de la Unión, el tratado constitucional se esfuerza

por delimitar más nítidamente, en términos inspirados en el principio de separación de poderes, unas funciones hasta ahora entremezcladas y no precisamente bien definidas en sus resultados, suavizando así – que no eliminando – el principio de equilibrio interinstitucional propio de la Unión.

Dicha operación se presenta fuertemente vinculada a un nuevo sistema de actos jurídicos de la Unión que, por vez primera, introduce expresamente la distinción (terminológica, orgánica y funcional), entre actividad legislativa y ejecutiva.

Así, el tratado constitucional reserva a las nuevas leyes europeas y leyes marco europeas, sucesoras en cuanto a sus efectos de los actuales reglamentos y directivas, la regulación de "los elementos esenciales" del sector de turno; y lo hace sometiendo su adopción a un procedimiento general que, salvo muy determinadas especialidades, sitúa al Parlamento Europeo en posición de colegislador con un Consejo funcionando en régimen de mayoría cualificada, sobre la base de propuestas procedentes de la Comisión.

Se mantiene, pues, la naturaleza claramente supranacional de la iniciativa legislativa (que el tratado constitucional permite pueda llegar a ser activada cuando así lo solicite al menos un millón de ciudadanos procedentes "de un número significativo de Estados miembros"), al tiempo que se acentúa la pérdida del control intergubernamental sobre el proceso decisorio al casi generalizar el sistema de la mayoría cualificada en el seno del Consejo, en el marco de un procedimiento que también asume como propia la función colegisladora del Parlamento Europeo, en concordancia, como afirma el primer artículo del tratado constitucional, con esa doble voluntad, de los ciudadanos y de los Estados de Europa, de construir un futuro común.

Más confuso, como evidenciaron los debates en el seno del Grupo de Trabajo de la Convención centrado en la simplificación de los instrumentos jurídicos de la Unión, se presenta el diseño de la actividad no legislativa o reglamentaria, con la incorporación de los novedosos "reglamentos delegados", que vienen a sumarse a los "reglamentos de ejecución". Mientras que los primeros sólo podrán ser adoptados por la Comisión y quedan sometidos a fór-

mulas de control directamente ejercitadas por el Consejo y por el Parlamento, los segundos podrán ser adoptados, además y "en casos específicos debidamente justificados", por el propio Consejo, previéndose, por otro lado, el establecimiento de regímenes de control por parte de los Estados miembros cuando la ejecución, siguiendo la regla general, corresponda a la Comisión.

Si bien el tratado constitucional marca alguna diferencia funcional entre ambos tipos de reglamento, permitiendo solamente a los delegados modificar "determinados elementos no esenciales de la ley o la ley marco", lo cierto es que ambos, delegados y ejecutivos, pueden ser llamados a completar el contenido legal, lo que parece situarnos en el terreno de la discrecionalidad del legislador a la hora de optar entre unos u otros, guiado en su elección por la fórmula de control que busque imponer sobre el ejercicio de la delegación, así como por la viabilidad y oportunidad de una posible regulación en cascada, desde el propio nivel europeo, del sector de que se trate, habida cuenta que los reglamentos de ejecución pueden ser llamados a completar el contenido no sólo de leyes sino también de reglamentos delegados.

En todo caso, el tratado constitucional aporta clarificación, se insiste, al marcar una línea divisoria entre actividad legislativa y actividad reglamentaria, reservando aquélla, en la línea de las tradiciones jurídicas occidentales, para, desde una perspectiva funcional, trazar las pautas esenciales de intervención en las políticas sectoriales o regular aspectos de relevancia constitucional; y, desde una perspectiva orgánica, reforzar la legitimidad democrática de la Unión al concentrar la producción legislativa *stricto sensu* en las instituciones – Consejo y Parlamento – que representan a los Estados y a los ciudadanos en los que aquélla se fundamenta.

Esta clarificación, por lo demás, tiene prolongaciones saludables en otros terrenos, manifiestamente en el del acceso a la justicia europea por los particulares, hasta ahora imposibilitados para impugnar directamente ante Luxemburgo normas comunitarias, cualquiera que sea su naturaleza habida cuenta de la actual indefinición de la misma, esto es, habida cuenta de la actual ausencia de una línea divisoria entre actividad legislativa y actividad reglamentaria; tal imposibilidad, dudosamente compatible

con una moderna lectura del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, es corregida por el tratado constitucional, que, aprovechando la introducción de la mencionada línea divisoria entre actividad legislativa y reglamentaria, reconoce, en una de las pocas reformas introducidas en lo concerniente al sistema jurisdiccional de la Unión, la legitimación de los particulares para impugnar "actos reglamentarios que les afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución".

Y si clarificador resulta el tratado constitucional en lo concerniente al ejercicio del poder público europeo a escala horizontal, esto es, atendiendo al propio aparato político de la Unión, otro tanto cabe decir del ejercicio de ese poder en términos verticales, esto atendiendo al reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros.

En efecto, sabido es que la integración europea siempre ha estado, y sigue estándolo con el tratado constitucional, presidida por el principio de atribución de competencias, que implica, tal y como reza actualmente el Tratado de la Comunidad Europea, obligación de actuar "dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna".

También es conocida, por otro lado, la actividad que, cuanto menos al límite de sus atribuciones, desarrolló la Comunidad, y la reacción frente a la misma a través de la consagración de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad por el Tratado de Maastricht que, al mismo tiempo, provocó, con ocasión de su ratificación por Alemania, la amonestación al Tribunal de Justicia por un Tribunal Constitucional Federal receloso hacia lo que consideraba una actitud en exceso permisiva frente al aparato político europeo en el terreno competencial.

Este panorama, en gran parte debido a la ausencia de una diáfana delimitación de competencias entre la Comunidad y sus miembros, con repercusiones internas particularmente intensas en los Estados de naturaleza federal (especialmente en Alemania), propició el debate acerca de una mayor clarificación al respecto, plasmada en el tratado constitucional a través, por un lado, del énfasis, a mayor abundamiento, en que "toda competencia no

atribuida a la Unión en la Constitución corresponde a los Estados miembros"; y, por otro lado, de la categorización, hasta hoy tan sólo apuntada vía jurisprudencial, de las distintas competencias atribuidas a la Unión.

Distingue así el tratado constitucional entre competencias exclusivas, competencias compartidas, y competencias de apoyo, coordinación o complemento, enunciando las políticas pertenecientes a cada categoría competencial al tiempo que mantiene al margen de la categorización, habida cuenta de sus fuertes matices intergubernamentales, la política exterior y de seguridad común.

Por lo que se refiere a las competencias exclusivas (que presiden la política monetaria en la zona euro, la política comercial común, la unión aduanera y la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común), implican una atribución de toda la capacidad normativa a la Unión, correspondiendo a los Estados miembros facultades de pura ejecución o aplicación (salvo que la propia Unión les habilite para legislar).

Las acciones de apoyo, coordinación o complemento (pues así se denominan, "acciones", con el fin de resaltar la intensidad limitada de las medidas que puede adoptar la Unión), se inspiran, por su parte, en la cohabitación normativa, diferenciando el tratado constitucional entre ámbitos en los que la intervención de la Unión no podrá acarrear armonización de los ordenamientos nacionales (a saber: industria, salud humana, educación, formación profesional, juventud, cultura, deporte y protección civil), y ámbitos en los que la intervención de la Unión debe marcar orientaciones o directrices a los Estados miembros (a saber, los referidos a sus políticas económicas y de empleo).

Las competencias compartidas, en fin, se extienden, sobre una base residual, a los demás ámbitos cubiertos por el tratado constitucional, algunos de los cuales, los principales, son expresamente enunciados sin pretensión de exhaustividad. Tales competencias conllevan el reconocimiento de la preeminencia de la Unión, habida cuenta que, se especifica, los Estados miembros sólo podrán legislar con cierta autonomía en tanto en cuanto la

Unión no haya ejercitado su poder normativo, o haya decidido dejar de hacerlo. Lo dicho, con la salvedad de los ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio, respecto de los cuales, igual que los referidos a la cooperación para el desarrollo y la ayuda humanitaria, matiza el tratado constitucional que el ejercicio por la Unión de su competencia, en su caso armonizadora, no podrá tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercitar sus propias políticas nacionales.

Pasando finalmente a abordar la cuestión de los límites al ejercicio del poder público europeo, ha de resaltarse que el tratado constitucional marca un hito en la historia de la integración europea, al incorporar como parte de su articulado un catálogo escrito de derechos fundamentales.

Se otorga así valor jurídico vinculante, y con el más alto rango normativo, a la Carta de Derechos Fundamentales, a la que me referí al inicio de mi disertación, en su momento elaborada por una Convención constituida al efecto y poco después proclamada de forma solemne – que no incorporada al Tratado de Niza – por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión.

Sabido es que hasta ese momento, el poder público europeo, incluidos los Estados miembros en cuanto brazos ejecutores del Derecho Comunitario, actuó limitado por derechos fundamentales configurados vía pretoriana; esto es, a golpe de sentencia de un Tribunal de Justicia inspirado en su configuración por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y por instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, muy particularmente, dado su ámbito regional, por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma en 1950, en el marco del Consejo de Europa.

Respaldado el Tribunal en su actuación por las Instituciones políticas comunitarias, llegó un momento en que el Consejo Europeo, reunido en Colonia en junio de 1999, consideró que “la evolución actual de la Unión exige la redacción de una Carta de derechos fundamentales que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance”.

En aras, pues, de una mayor "visibilidad", surgió el mandato de redactar un catálogo escrito de derechos, habida cuenta que, en efecto, no es lo mismo para el ciudadano, siquiera auxiliado por el experto de turno, moverse en el terreno de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia e incluso, en ausencia de ella, en el difuso contexto de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y de los, generalmente incompletos en cuanto a su ámbito de protección, instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, que contar con un texto de referencia que, de entrada, concrete y sintetice con vocación de integridad las unas y los otros (y no otra cosa hizo la Carta, tanto en lo concerniente a sus fuentes de inspiración como en lo relativo a la amplitud de su contenido, que abarcó tanto derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales).

Centradas las negociaciones de Niza en el objetivo de la reforma estructural de la Unión para evitar su colapso ante la avalancha de nuevos Estados miembros, se decidió, como adelanté, aparcar la cuestión de la incorporación de la Carta al articulado del nuevo Tratado, dejándola en el ambiguo limbo de las solmenes proclamaciones políticas; no obstante lo cual, los Estados miembros dejaron clara, en una Declaración sobre el Futuro de la Unión, su voluntad de revisar, con ocasión de la Conferencia Intergubernamental entonces ya prevista para 2004, el estatuto de la Carta.

Así las cosas, la Convención, asumiendo la propuesta del Grupo de Trabajo constituido al efecto, optó por su incorporación al texto del tratado constitucional como Parte II del mismo, precedida de un específico Preámbulo que viene a sumarse al general que preside todo el tratado; específico Preámbulo que, por cierto, ha sido retocado en el sentido de otorgar un inusual valor a los trabajos preparatorios, al establecerse que "los tribunales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la responsabilidad del Presidium de la Convención que [la] redactó".

Consecuencia inmediata de tal incorporación de la Carta al articulado del tratado constitucional, es la instauración de su fuerza obligatoria, en el bien entendido de que, a día de hoy, a pesar su

desnudez de efectos vinculantes, la Carta ha venido desplegando claros efectos jurídicos de carácter interpretativo, pues su actual estatuto no ha impedido su utilización en Luxemburgo como herramienta inspiradora esencial a la hora de seguir configurando vía pretoriana los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión.

Es más, incluso no han faltado Altos Tribunales de los Estados miembros, como es el caso del Tribunal Constitucional español, que no han dudado en recurrir a la Carta a los efectos hermenéuticos puramente internos, y subrayo puramente internos, de concretar el alcance de derechos fundamentales consagrados en los respectivos textos constitucionales, en lo que constituye una manifestación de ese otro papel que ha venido desempeñando el Derecho europeo y al que precisamente dediqué, hace ya muchos años, mi tesis doctoral, consistente en, más allá de imponer la armonización de los Derechos nacionales en los sectores de la vida jurídica y económica interna por él cubiertos, actuar como un molde, a modo de *ius commune* de corte público, al que voluntariamente se van acomodando, de manera progresiva y asistemática, unos Estados miembros que continúan elaborando y aplicando en los – cada vez menos – ámbitos no cedidos a la Unión su *ius publicum proprium*, pero ya no de forma aislada, sino a la luz de ese *mos europaeus* fruto, como inspiradamente señalara García de Enterría, de "la libre circulación de las ideas y de las técnicas jurídicas que esta segunda mitad de siglo ha consagrado, junto a la libre circulación de las personas, los bienes, los capitales y los servicios".

Volviendo sobre la operación de incorporación de la Carta al articulado del tratado constitucional, puede resaltarse que, descartada la opción en algún momento barajada de establecer una vía procesal específica de protección de los derechos en ella garantizados, a modo del recurso de amparo alemán o español, se han introducido ligeras modificaciones dirigidas, en primer lugar, a aclarar que no todo lo incluido en la Carta son derechos fundamentales, de manera que ésta también abarca principios a concretar por el poder normativo, condición esta imprescindible

para desplegar sus efectos de orden interpretativo y, llegado el caso, reaccional frente a concreciones legislativas incompatibles con su esencia.

También destacan, en segundo lugar, los retoques que buscan asimismo aclarar, más aún si cabe, la falta de vocación universal de la Carta, de manera que ni la Unión puede actuar, so pretexto de ella, más allá de los ámbitos competenciales atribuidos (con otras palabras, la Carta no conlleva una política sectorial autónoma en materia de derechos humanos), ni los Estados miembros quedan vinculados por ella fuera de dichos ámbitos competenciales (o lo que es igual, traducido en términos positivos y con palabras de la propia Carta, los Estados sólo están obligados a respetarla "únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión"). Puntualizaciones estas que deben matizarse en el sentido de que, si bien es cierto que la Carta no persigue ampliar el radio competencial de la Unión ni a efectos armonizadores ni a efectos de control sobre los Estados miembros, no lo es menos que, desde la reforma de Ámsterdam, la Unión cuenta con un poder-deber de vigilancia general sobre éstos, reforzado con la reforma de Niza y mantenido con el tratado constitucional, referido al respeto de los valores sobre los que asienta la Unión, a saber, la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y los derechos humanos, cuya violación grave y persistente, incluso producida en ámbitos sectoriales en principio ajenos a la Unión, puede desembocar en la suspensión de los derechos de pertenencia a la misma. A lo que debe añadirse, desde una perspectiva *ad extra*, la necesidad de respetar los mencionados valores como *condictio sine qua non* para ingresar en la Unión, llamada a su vez a afirmar y promocionar dichos valores en sus relaciones con el resto del mundo.

Pueden traerse a colación, en fin, aclaraciones y previsiones novedosas introducidas en la Parte I del tratado constitucional, conectadas con la Carta y tendentes a descartar un ensimismamiento de la Unión en torno a ella. Así, por un lado y en reconocimiento a la labor hasta ahora desarrollada por el Tribunal

de Justicia, el tratado constitucional proclama que, además de los derechos fundamentales incluidos en la Carta, también forman parte del Derecho de la Unión, como principios generales, los derechos garantizados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros; por otro lado, el tratado constitucional invita a una adhesión de la Unión al recién mencionado Convenio, abriendo así las puertas a un saludable control extraordinamental a ejercitar por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo.

FAMÍLIA, DIREITOS HUMANOS, PSICANÁLISE E INCLUSÃO SOCIAL

Rodrigo da Cunha Pereira*

Sumário: 1. Introdução: a família pela ótica dos direitos humanos. 2. As novas concepções da família e a interdisciplinariedade: psicanálise e direito. 3. A família como estrutura: revisitando o artigo 16 da Declaração dos Direitos Humanos. 4. Dois grandes desafios: os limites de intervenção do Estado na vida privada e a subjetividade na objetividade jurídica. 5. Concluindo: toda demanda é uma demanda de amor. 6. Bibliografia.

1 – Introdução

A família pela ótica dos direitos humanos

A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provo-

* *Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família — IBDFAM. Advogado em Direito de Família em Belo Horizonte/MG. Professor na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais/Brasil. Mestre em Direito Civil (UFMG). Autor dos livros: "Concubinato e União Estável"; "Direito de Família: uma abordagem psicanalítica"; "A sexualidade vista pelos Tribunais", todos pela Editora Del Rey e "Comentários ao Novo Código Civil" pela Editora Forense.* E-mail*:* rcp@rodrigodacunha.adv.br

caram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo. Certamente essas mudanças têm suas raízes históricas atreladas à Revolução Industrial, com a redivisão sexual do trabalho, e à Revolução Francesa, com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um "declínio do patriarcalismo" e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da *dignidade da pessoa humana*, hoje insculpida em quase todas as constituições democráticas. Em outras palavras, todos os países que pretendem ter uma Constituição democrática têm, necessariamente, de trazer em seus princípios a dignidade da pessoa humana, sustentáculo dos Direitos Humanos, afinal declarados e reconhecidos pela Assembléia da Organização das Nações Unidas – ONU, em 1948.

Os Direitos Humanos são indissociáveis da democracia e, conseqüentemente, da cidadania, palavra de ordem da contemporaneidade, que é hoje um imperativo categórico, à semelhança do imperativo categórico ético de Kant.

O Direito de Família é o mais humano de todos os ramos do Direito. Em razão disso, e também pelo sentido ideológico e histórico de exclusões, é que se torna imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cujas bases e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania.

Cidadania significa não-exclusão. É, portanto, a inserção das várias representações sociais da família, da valorização do Sujeito de Direito em seu sentido mais profundo e ético. É a inclusão e a consideração das diferenças como imperativos da democracia.

O Direito, ideologicamente, vai incluindo ou excluindo pessoas do laço social. Não podemos permitir que a história das exclusões se repita ou resista. Por exemplo, no Brasil, até 1888, os negros não eram Sujeitos de Direito; as mulheres, até 1932, não podiam votar e só foram consideradas juridicamente capazes em 1962; os filhos havidos fora do casamento, além de receberem o selo oficial de ilegítimos, não podiam ser reconhecidos na ordem

jurídica; famílias sem a formalidade do casamento civil não eram legitimadas/reconhecidas pelo Estado.

A história do Direito de Família no Brasil, e em quase todos os ordenamentos jurídicos, é marcada por vários registros de exclusão. Não podemos dar as costas à História, sob pena de continuarmos perpetuando injustiças.

Essa reflexão significa, em sua essência, a invocação dos artigos 16 e 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

"Artigo 16:

"I – os homens e mulheres de maioridade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

"II – O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

"III – A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem o direito à proteção da sociedade e do Estado.

"Artigo 25:

"I – [...]

II – A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social".

2 – As novas concepções da família e a interdisciplinariedade: psicanálise e direito

A família foi, é e continuará sendo o núcleo básico de qualquer sociedade. Sem família não é possível nenhum tipo de organização social ou jurídica. É na família que tudo principia. É a família que nos estrutura como sujeitos e encontramos algum amparo para o nosso desamparo estrutural. A tão propalada "crise" da família nada mais é que o resultado de um processo histórico de alteração das formas de sua constituição. Quando o artigo 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos preceitua que "a famí-

lia é o núcleo natural e fundamental da sociedade", ele não está excluindo as diversas outras possibilidades de constituição de família, além daquela formada pelo matrimônio.

No final da segunda metade do século XX, quando foi feita a Declaração Universal dos Direitos do Homem, os ideais de liberdade já estavam bem consolidados, pelo menos para o mundo ocidental. Aliás, justamente esses foram ideais que autorizaram e trouxeram a necessidade de se fazer tal Declaração. No contexto desses ideais de liberdade, está inserida a liberdade de as pessoas escolherem outras formas de constituição de família para além daquelas formadas tradicionalmente. A partir de então, os Estados Nacionais passaram a reconhecer várias formas de constituição de família. No Brasil, isso se deu oficialmente em 1988, com a nova Constituição da República: família constituída pelo casamento, pelo concubinato não-adulterino e as famílias monoparentais, ou seja, por qualquer dos pais que viva com seus descendentes. Antes dessa data, outros países já haviam reconhecido a "família plural", assim como até hoje há aqueles que só reconhecem a família constituída pelo casamento/matrimônio. Entretanto, diante desses ideais de liberdade trazidos pela concepção dos Direitos Humanos, pode-se afirmar que há uma tendência em todos os países do mundo de se "legitimar" e reconhecer as várias representações sociais da família.

Associada aos ideais de liberdade dos sujeitos, em todos os seus sentidos, está a necessidade de buscarmos um conceito de família que esteja acima de conceitos morais, muitas vezes estigmatizantes. Assim, devemos buscar um conceito de família que possa ser pensado e entendido em qualquer tempo ou espaço, já que a família foi, é, e sempre será a célula básica da sociedade.

O Direito talvez não baste para ajudar-nos a encontrar a resposta. Devemos, então, buscar ajuda em outros campos do conhecimento, como na Antropologia e Psicanálise, para aprofundarmos a questão.

Na Antropologia, a partir de Claude Levi Strauss, com seu estruturalismo. Na Psicanálise, "inventada" por Freud e em sua

forma mais evoluída por Jacques Lacan, poderemos trazer para o Direito uma noção mais profunda de família. Isso se torna particularmente importante em um Congresso Internacional como este, em que há operadores do Direito do mundo inteiro, o que significa dizer que há pessoas dos mais variados ordenamentos jurídicos, influências de todas as culturas e religiões, do Ocidente ao Oriente, de países ricos e pobres. Apesar de toda essa variedade e diversidade de cultura, religião e credos, valores morais, seria possível encontrar um elemento comum a todos nós, ou seja, seria possível estabelecer um *conceito universal de família*? A Psicanálise lacaniana vem nos dizer que sim.

3 – A família como estrutura: revisitando o artigo 16 da Declaração dos Direitos Humanos

A partir de Lacan e Levi Strauss, podemos dizer que *família é uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar, uma função*. Lugar de pai, lugar de mãe, lugar de filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de "lugar", que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai ou mãe, sem que seja o pai ou a mãe biológicos. Exatamente por ser uma questão de lugar, de função exercida, que existe o milenar instituto da adoção. Da mesma forma, o pai ou a mãe biológicos podem ter dificuldade em ocuparem esse lugar de pai ou de mãe, tão necessários e essenciais à nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos e Sujeitos de Direitos.

É essa *estruturação familiar* que existe antes, e acima do Direito, que nos interessa trazer para o campo jurídico. E é sobre ela que o Direito vem, através dos tempos, e em todos os ordenamentos jurídicos, regulando e legislando, sempre com o intuito de ajudar a mantê-la para que o indivíduo possa, inclusive, existir como cidadão (sem esta estruturação familiar, na qual há um lugar definido para cada membro, o indivíduo seria psicótico) e trabalhar na construção de si mesmo, ou seja, na estruturação do ser-sujeito e das relações interpessoais e sociais, que possibilitam a existência dos ordenamentos jurídicos.

Nossa velha e constante indagação persiste: o que é que garante a existência de uma família? Certamente não é o vínculo

jurídico e nem mesmo laços biológicos de filiação são garantidores. Essas relações não são necessariamente naturais. Elas são da ordem da cultura, e não da natureza. Se assim fosse não seria possível o milenar instituto da adoção, por exemplo. Devemos, então, a partir da compreensão, e da constatação, de que é possível estabelecer um conceito universal para família, revisitar o inciso III do artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, já que família não é natural, mas essencialmente cultural.

4 – Dois grandes desafios: limites de intervenção do Estado na vida privada e a subjetividade na objetividade jurídica

Ultrapassado esse grande desafio do atual Direito de Família, que é a definição e o conceito de família, deparamo-nos, ainda dentro desses ideais de liberdade e respeito à dignidade da pessoa humana, com duas grandes questões do Direito de Família pós-Declaração dos Direitos Humanos.

A *primeira* é saber qual o limite de intervenção do Estado na vida privada do sujeito-cidadão. No momento em que a tendência do Estado é afastar-se cada vez mais da vida privada do cidadão é de se perguntar se o Estado poderia impor que existe um culpado pelo fim do casamento, como ainda acontece em vários países, inclusive no Brasil. É de se indagar também se o Estado não estaria intervindo em excesso na vida privada do cidadão ao estabelecer textos normativos regulamentando o concubinato e promovendo ações de investigação de paternidade como tem sido feito no Brasil e em vários outros países.

Segunda. Não se pode mais desconsiderar que na objetividade dos atos e fatos jurídicos permeia uma subjetividade. Por que os sujeitos pagam ou não pensão alimentícia, reconhecem ou não a paternidade, casam-se e separam-se e levam os restos do amor para o Judiciário? E o amor, quem diria, foi parar na Justiça!

Freud, ao revelar ao mundo a existência do *inconsciente*, fundou a Psicanálise que, além disso, trouxe-nos à consciência a compreensão da estrutura e funcionamento do nosso aparelho psíquico. Ele revelou, também, ao mundo que a sexualidade é algo muito mais profundo e que não se reduz à genitalidade. Sexualida-

de é uma dimensão presente na totalidade da existência humana. A energia libidinal é o que dá vida à vida. Faz-nos trabalhar, produzir, criar e descansar; amar e sofrer; ter alegria, prazer e angústia. É o *desejo*, que começa com a vida, termina com a morte e sustenta-nos por toda a vida. Começou a vida, instalou-se o desejo. Acabou o desejo, acabou a vida. É ele que mantém vivo o "arco da promessa".

Assim, pode-se dizer que o "sujeito-de-direito" é também um "sujeito-de-desejo" e, portanto, um sujeito-desejante. É este sujeito-desejante que pratica atos jurídicos, faz e desfaz negócios.

Se somos sujeitos de desejo, é importante indagar o que é o desejo. A fisiologia do desejo é estar sempre desejando um algo mais. Desejo é falta. É assim nossa estrutura psíquica. Somos sujeitos da falta. Está sempre faltando algo para nos completar, embora, às vezes, nos iludimos com o nosso ideal de completude. Somos mesmo de falta e algo em nós sempre faltará. Daí a definição de Lacan: "Desejo é desejo de desejo".

Compreender o funcionamento da estrutura psíquica é compreender também a estrutura do litígio conjugal, em que o processo judicial se torna, muitas vezes, uma verdadeira história de degradação do outro. É a mistura e a confusão da subjetividade na objetividade que fazem os sujeitos ali envolvidos estarem sempre com a sensação de que estão perdendo algo. Na verdade, naquele eterno e degradante litígio é uma tentativa de tamponarem, às vezes, inevitável perda da separação.

5 – Concluindo: Toda demanda é uma demanda de amor

O pensamento contemporâneo tomou um outro rumo a partir do discurso psicanalítico. As noções de inconsciente, desejo, e libido instalaram um outro discurso sobre a sexualidade, que não está necessariamente ligada à genitalidade, mas muito mais ao *afeto*. Essa sexualidade está também vinculada a uma moral sexual dita civilizatória, segundo Freud. Por isso podemos dizer que todas as questões com as quais lidamos no Direito de Família, direta ou indiretamente, passam pelo crivo de um viés da moral sexual vigente. Por exemplo: quando se está investigando uma

paternidade, mesmo com a possibilidade de prova via exames de DNA, discute-se a conduta da moral sexual da mãe; quando se está litigando em um processo de separação, na maioria das vezes o cerne é saber quem traiu, quem foi infiel; as discussões sobre anulação de casamento estão associadas à homossexualidade, frigidez, impotência etc.; as destituições de pátrio poder, na maioria das vezes, dão-se em razão de um abuso sexual.

Em nome dessa moral sexual, dita civilizatória, é que muitos já foram excluídos do "laço social", da legitimação e do reconhecimento do Estado, como os filhos havidos fora do casamento, famílias ilegítimas por não terem recebido o selo da oficialidade do casamento etc., etc. Até quando os ordenamentos jurídicos continuarão excluindo as formas de relações diferentes daquelas tradicionalmente instituídas? Em nome de qual moral os ordenamentos jurídicos se autorizam ainda a excluir, por exemplo, as relações homoafetivas? Não estaria na hora de reconhecer, em nome da dignidade da pessoa humana, base de sustentação dos Direitos Humanos, a liberdade de as pessoas estabelecerem suas relações e estarem, seja qual for sua forma de expressão do amor, incluídas no laço social?

Em síntese, e para terminar, as bases principiológicas dos Direitos Humanos pressupõem-se como sustentáculo da liberdade do sujeito. Entretanto, não é possível pensar em liberdade se as pessoas não puderem ser sujeitos da própria vida e do próprio destino e desejo. A verdadeira liberdade é aquela em que os Sujeitos-de-Direito não estejam assujeitados aos ordenamentos jurídicos excludentes das diferentes e diversas formas de constituição de famílias, ou nos ordenamentos jurídicos que sobrepõem a forma à essência e ainda não consideram o afeto como norteador e condutor da organização jurídica sobre a família. A verdadeira liberdade e ideal de Justiça está naqueles ordenamentos jurídicos que asseguram um Direito de Família que compreenda a essência da vida: dar e receber amor.

6 – Referências bibliográficas

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade — Relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FREUD, Sigmund. Totem e Tabu. *In*: *Obras Psicológicas Completas*. Trad. Orizon Carneiro. Rio de Janeiro: Imago, 1974, vol. XII.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil — Introducción-dogmatica*. Barcelona: Ariel, 1987.

LACAN, Jacques. O Seminário. Livro 20. Trad. M.D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

_____. *Complexos familiares*. Trad. Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

LEGENDRE, Pierre. *L'amour du Censuer — Essai sur l'ordre dogmatique*. Paris: Édition du Seiul, 1974.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. – 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PETRAZYCKI, Leon. *Law and Morality. Tentieth Century Legal Philosophy series*, vol. VII, Cambridge (Mass), 1955.

STRAUSS, Claude Levi. *Estruturas elementares do parentesco*. Trad. Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

VILLELA, João Baptista. "A desbiologização da paternidade". *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, 1979.

_____. As novas relações da família. *In*: *Anais da XV Conferência Nacional da OAB em Foz do Iguaçu*. São Paulo: JBA Comunicações, 1995.

VINDELOV, Vibeke. *Family Lawin Denmark. In Family, Law and social policy* — OÑATI — Valério Pocar and Paola Ronfani, 1991.

APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DOS MAGISTRADOS AOS 70 ANOS DE IDADE *

(Inconstitucionalidade do art. 93, inciso VI, da Constituição Federal)

Rui Stoco **

I – Introdução

A Carta vigente e posta a lume em 5-10-88 traduz e reflete as vicissitudes de uma nação e o estádio cultural de um povo.

A propósito da malograda reforma constitucional, que se encerrou em maio último sem atingir seus objetivos, não obstante o comando inserto no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Magna Carta e considerando que dentre as inúmeras propostas de emendas apresentadas registraram-se algumas visando a alterar para 75 anos a idade-limite para a permanência dos magistrados em atividade, após o que seriam compulsoriamente inativados, cabem, passado esse vexame, algumas ponderações acerca da Constituição vigente, nesse peculiar as-

* Artigo publicado na RT 705/63.

** *Juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.*

pecto concernente à aposentação obrigatória, por limite de idade, dos servidores públicos e agentes políticos, na consideração de que, imutável a Carta de Princípios, melhor que se contribua, de qualquer forma, para a sua interpretação e correta aplicação.

A Carta vigente e posta a lume em 5-10-88 traduz e reflete as vicissitudes de uma nação e o estádio cultural de um povo.

Não há negar suas virtudes e acertos.

Sem dúvida, constituiu sua edição um avanço e talvez seja, no conjunto, a melhor Carta de Princípios em todo o período da República.

Contudo, não se haverá, também, de esconder seus graves defeitos, decorrentes de um processo legislativo-constitucional errático e inconseqüente, submisso às votações simbólicas ou de lideranças, mais das vezes sem qualquer debate ou discussão; entregue às pressões ou *lobbies* de segmentos poderosos da sociedade.

Resultou um trabalho forte e consistente na garantia dos direitos fundamentais; na reafirmação e asseguramento dos direitos individuais, coletivos, sociais e trabalhistas.

Fraco, contudo, na sistematização coerente e no estabelecimento de interação entre princípios e critérios afirmados e, principalmente, na harmonia que há de existir entre preceitos.

Nesses aspectos deixou a desejar e comprometeu o conjunto, abusando do sempre condenável casuísmo.

Traz, por isso, algumas contradições intrínsecas.

Abordar-se-á apenas uma única questão, dentre outras que poderiam ser enumeradas.

A razão de ser deste trabalho decorre da enorme apreensão que a reforma constitucional causou aos servidores públicos em geral, aos membros do Ministério Público, da Magistratura e de outros seguimentos, com a possibilidade de alterações nocivas e equivocadas nos seus direitos que, felizmente, não ocorreram, mais pela incompetência do processo de reforma do que pela vontade de alguns poucos.

Embora o enfoque deste estudo vá-se centrar apenas nos magistrados, aplica-se aos demais servidores públicos, membros e órgãos de poder, considerando a semelhança das disposições da CF/88 que disciplinam suas aposentadorias.

A questão da inconstitucionalidade intrínseca ou da existência de normas constitucionais inconstitucionais se, num primeiro momento pode chocar o leitor, não é nova nem inédita no direito alienígena ou pátrio, como se verá adiante.

II – A questão das normas constitucionais inconstitucionais

O magistral constitucionalista alemão Otto Bachof, Professor da Universidade de Tübingen desde 1955, decano dos professores de Direito Público e Juiz dos Tribunais Administrativos e do Tribunal Constitucional do Baden-Württemberg, proferiu conferência sobre o tema em Heidelberg, em 20 de julho de 1951.

Dessa exposição nasceu a monografia intitulada *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* (Atlântida Editora, Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra, 1977), na qual o incomparável professor disseca o tema e lhe dá a dimensão que veio a se conformar muito tempo depois.

No prefácio original, de 1951, ressaltou o autor citado que "as questões da possibilidade de ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais ou, em geral, inválidas, bem como de um correspondente direito judicial de controle, representam um problema particularmente atual do direito constitucional da República Federal da Alemanha dos nossos dias", comprovado por considerável número de decisões que tiveram de se ocupar dessas questões, "e as não poucas, ainda que na maior parte dos casos apenas ocasionais, tomadas de posição da doutrina" (ob. cit., p. 5).

O mesmo ocorreu em Portugal, como enfatizou o tradutor da obra acima evidenciada, nos seguintes termos:

"Acontece, porém, que de vários lados surgem interrogações sobre o conteúdo, o alcance e a legitimidade de certas normas da Constituição da República de 1976, se aferidas justamente por aqueles valores fundamentais, e se vem pondo a dúvida de saber

se o legislador constituinte — ele próprio — não terá afinal exorbitado de sua missão e dos seus poderes, ao tomar as correspondentes decisões, deixando no fim de contas inacabada a obra de reposição do império do direito, que dele seria de esperar. Neste contexto, não faltam mesmo decisões judiciais em que alguma ou algumas dessas normas foram havidas, ao menos implicitamente, como 'inconstitucionais'. Eis assim como o tema da inconstitucionalidade de normas inconstitucionais se tornou de candente atualidade no nosso país" (nota do tradutor, José Manuel M. Cardoso da Costa, fazendo referência ao tema em Portugal, p. V).

Para Otto Bachof "A permanência de uma Constituição depende, em primeira linha, da medida em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe, face à comunidade que ela mesma constitui" (p. 11).

Desse modo, "também uma norma constitucional pode ser 'inconstitucional' por violação do direito constitucional escrito (formal)" (p. 49), pois "se uma Constituição, em tudo o resto, se tornou juridicamente eficaz, mas uma das suas normas, isoladamente, não corresponde aos requisitos de eficácia por aquela mesma estabelecidas, pode bem falar-se de uma norma constitucional 'inconstitucional': em qualquer caso, porém, tratar-se-á de uma norma *inválida*" (ob. cit., p. 51).

Mas não se pense que a teoria desenvolvida por esse jurista de escol restou isolada ou como mero ensaio doutrinário.

Seus reflexos transcenderam os limites nacionais ou internos, ganhando foro internacional e irradiando-se para outros países da Europa (Portugal e outros), encontrando apoio e aceitação em outros autores de nomeada.

A favor de uma possibilidade de controle da constitucionalidade da Constituição pelos tribunais, pronuncia-se expressamente GREWE (*Rechtsgutachten über die Rechtsgültigkeit des art. 41 der hess. Verfassung*, p. 6; cf. tb. p. 7 e ss., 16 e ss.).

Também Krüger manifesta-se a favor de uma ampla faculdade judicial de controle das normas constitucionais (*Archiv des õffentlichen Rechts* 77, 1951, p. 55). Afirma ele a existência de

uma faculdade judicial de controle no tocante à compatibilidade de uma norma constitucional com outras normas constitucionais "de grau superior" (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1950, p. 163 e ss.)

A essa posição de Krüger aderiu Giese (*Deustsches Verwaltungsblatt*, 1950, p. 458 e ss).

Para Scheuner afigura-se "não estar excluída a possibilidade de serem inválidas normas constitucionais que infrinjam o elemento democrático fundamental da Constituição" (*Politische Betãtigung von Beamten gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung*, in *Politische Treupflicht im õffentlichen Dienst*, Frankfurt A. M. 1951, p. 72, nota 20).

Na Alemanha, a questão não se restringiu nem ficou circunscrita à comunidade cientifico-doutrinária.

Os tribunais alemães manifestaram-se acerca de tão palpitante e tormentoso tema.

"O Tribunal Constitucional Federal, do mesmo modo que outros tribunais alemães, reconheceu em várias decisões a existência de direito 'suprapositivo', obrigando também o legislador constituinte. Considera-se ele competente para aferir por esse direito o direito escrito. Também uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os postulados fundamentais da justiça" (Prefácio de Otto Bachof para a tradução portuguesa da obra Normas Constitucionais Inconstitucionais?, p. I).

Esse autor cita, ainda, decisão do *VerfGH* (Tribunal Constitucional) da Baviera (*Verfassungsgerichtshof*), no seguinte sentido: "A nulidade inclusivamente de uma disposição constitucional não está, *a priori* e por definição, excluída pelo fato de tal disposição, ela própria, ser parte integrante da Constituição. Há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição e que, por infração deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade, podem ser nulas [...]" (ob. cit., p. 23).

Mas importa saber da possibilidade de ocorrer e se declarar a chamada "inconstitucionalidade intrínseca", quando preceitos da mesma Carta, nascidos em momento coevo e do mesmo legisla-

dor constituinte são incompatíveis entre si, ou quando o preceito desconforme com outro já existente é integrado à Magna Carta por emenda constitucional.

Agora já não mais se trata da inconstitucionalidade em face do direito "suprapositivo", mas da violação de um preceito escrito por outro da mesma natureza.

Surge a questão de saber se também uma norma originariamente contida na Carta Magna e editada eficazmente, sob o ponto de vista formal, quer dizer, uma norma criada não por força da limitada faculdade de revisão do poder constituído, mas da ampla competência do poder constituinte, pode ser materialmente constitucional.

Obtemperou o autor citado que essa questão pode parecer, à primeira vista, paradoxal, pois, "na verdade, uma lei constitucional não pode, manifestamente, violar-se a si mesma". "Contudo, poderia suceder que uma norma constitucional de significado secundário, nomeadamente uma norma só formalmente constitucional, fosse de encontro a um preceito material fundamental da Constituição: ora, o fato é que por constitucionalistas tão ilustres como Krüger e Giese foi defendida a opinião de que, no caso de semelhante contradição, a norma constitucional de grau inferior seria inconstitucional e inválida" (ob. cit., p. 55).

J. J. Gomes Canotilho, embora concordando com a tese aqui defendida, antepõe questão relevante, assim se expressando:

"O problema das normas 'constitucionais inconstitucionais' é levantado por quem reconhece um direito suprapositivo vinculativo do próprio legislador constituinte. É perfeitamente admissível, sob ponto de vista teórico, a existência de contradições transcendentes, ou seja, contradições entre o direito constitucional positivo e os *valores*, *directrizes* ou *critérios* que servem para a modelação do direito positivo (direito natural, direito justo, idéia de direito etc.).

"Diversa da hipótese acabada de configurar, é a *contradição positiva* entre uma norma constitucional escrita e outra norma constitucional também escrita. Nestes casos, a existência de normas constitucionais inconstitucionais continua a ser possível, desde que se conceba (o que neste curso se rejeita) uma relação de hierar-

quia entre as próprias normas constitucionais. Dito por outras palavras: a inconstitucionalidade de uma norma constitucional resulta do facto de esta norma ser considerada hierarquicamente inferior (*rangniedere Norm*) e estar em contradição com outra norma da constituição julgada hierarquicamente superior (*ranghõere Norm*)" (*Direito Constitucional*, Livraria Almedina, 5ª ed., 1991, p. 240 e 241).

Portanto, só admite a existência de normas constitucionais inconstitucionais se possível for conceber uma relação de hierarquia entre as próprias normas constitucionais.

É certo que em várias cartas constitucionais de outros países inexiste tal particularidade.

Também nossas Constituições anteriores só continham disposições lineares, em mesmo e único plano.

Não é, contudo, o que ocorre com a Constituição Federal posta a lume em 5-10-1988, ao converter os direitos e garantias individuais nas chamadas "cláusulas de eternidade", ou "cláusulas pétreas", imodificáveis e irretiráveis de seu texto.

Sem dúvida que se estabeleceu, de modo claro e insofismável, uma hierarquia.

Uma é perpétua — imodificável e irretirável —; outra, poderá, eventualmente, ser passageira e transeunte.

Uma, concede garantia tida como "fundamental"; outra, implica na restrição de direito.

Fundamental é aquilo do qual não se pode prescindir.

Para Aurélio Buarque de Holanda Ferreira *fundamental* traduz tudo que for "básico", "essencial", "necessário".

A garantia, conforme o mesmo autor, tem como essência a propriedade de assegurar uma obrigação.

Isso quer dizer que o Estado assumiu a obrigação de conceder e jamais retirar direitos fundamentais, como, *in casu*, a igualdade e o exercício livre do trabalho.

Examinando a questão sob o aspecto da existência das "cláusulas pétreas" ou de grau superior, Otto Bachof assim se expressou:

"Todavia, também pode conceber-se uma 'inconstitucionalidade' de normas constitucionais (um só e o mesmo plano) e também ela não pode ser pura e simplesmente exceptuada do controle judicial. Isto resulta já do fato de a Lei Fundamental, no art. 79, n. 3, declarar inalteráveis alguns dos seus preceitos. Se, porventura, apesar disso, uma semelhante alteração – conscientemente ou mesmo não intencionalmente, em conseqüência de uma errada avaliação do alcance da norma modificadora ou da declarada como imodificável – fosse aprovada e publicada na forma de uma lei de revisão da Constituição, a norma modificadora reivindicaria para si própria a qualidade de norma constitucional eficaz, e, no entanto, simultaneamente, medida pela norma da Constituição até aí 'inalterável', seria inconstitucional. Não vejo nenhuma razão pela qual não devesse poder recorrer-se ao Tribunal Constitucional Federal também num tal caso: do contrário, deixaria de exercer-se uma das suas mais essenciais funções como guarda da Constituição" (ob. cit, p. 13).

Por fim, calha ao estudo a advertência desse mestre que, com perfeita exação, assim obtemperou:

"A objeção de que um artigo da Constituição não é uma 'lei', sobre cuja 'constitucionalidade' se pudesse discutir, mas se situa, como elemento integrante da Constituição, acima de todas as leis, não pode considerar-se decisiva no quadro de um sistema constitucional em que a Constituição não vale como um ato de um poder absoluto de decisão, despido de todas as vinculações jurídicas, mas se encontra, ela própria, sujeita à precedência de normas que lhe estão supra-ordenadas. Esta vinculação jurídica do poder de decisão do legislador constituinte atua num duplo sentido: por um lado, toda e qualquer Constituição encontra uma barreira à sua eficácia em determinados princípios jurídicos intangíveis, que tanto justificam como limitam o ato constituinte ('legitimidade da atuação constituinte'); por outro lado, o ato de nascimento da Constituição, sempre que se não esteja perante uma decisão constituinte puramente revolucionária, tem de observar as regras processuais estabelecidas em leis pré-constitucionais para o ato de legislação constitucional ('legalidade da atuação constituinte'). Levantando-se objeções à legalidade do ato de legislação constitucional, surge

a questão da 'constitucionalidade da Constituição' ou, no caso de as faltas apontadas se limitarem a um artigo isolado da Constituição, a questão da 'constitucionalidade de um preceito constitucional'. A competência de controle de um tribunal constitucional relativa à 'constitucionalidade das leis' abrange também a faculdade de controle, nela incluída, relativa 'à constitucionalidade da Constituição'" (*idem*, p. 31).

Cabe, agora, demonstrar a aceitação da tese no Brasil e o comportamento da doutrina e da jurisprudência pátria sobre o tema.

Segundo a conclusão de Jair Eduardo Santana "fica claro que também uma norma constitucional pode ser inconstitucional por ferir, agredir ou violar o próprio direito constitucional escrito (o direito constitucional formal)" (Revisão Constitucional — Reforma e Emendas, 1993, p.123 e 124).

Entre os nossos, João Aurino Mendes Brito demonstrou a importância e a supremacia das chamadas "cláusulas de perpetuidade" com as seguintes palavras:

"Assim, é que ela própria, a Constituição, ou melhor, os seus feitores, visando impedir que a ordem constitucional vigente — por ela determinada — seja destruída na sua substância e nos seus fundamentos, cuida de estabelecer limites materiais expressos à sua eventual reformulação, traduzidos nas chamadas 'cláusulas pétreas' ou de garantia de eternidade: É notório que tais cláusulas de perpetuidade revelam, em última instância, 'um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade'. E que, como ensina Hesse, a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito democrático sob a forma da legalidade".

Em seguida conclui:

"Não obstante o acerto próprio de tais afirmativas, não se pode deixar de reconhecer extrema importância às aludidas cláusulas de perpetuidade" (Considerações acerca do controle da constitucionalidade na nova Constituição Federal, Revista Forense n. 315, p. 37 e 38).

Importante lição nos é passada por Gilmar Ferreira Mendes ao demonstrar o poder de desagregação de uma única emenda constitucional editada em desconformidade com o "sistema" estabelecido pela Carta de Princípios e sua validade diante de regras hierarquicamente superiores:

"Uma emenda constitucional editada na forma do art. 79, I e II, da Lei Fundamental, ainda que pretenda alterar apenas determinado dispositivo, provoca uma completa mudança na Constituição. Esse evento pode ser limitado através das chamadas 'garantias de eternidade' ou das 'cláusulas pétreas' (*Ewigkeitsgarantien*), constantes do art. 79, III, da Lei Fundamental, de modo que a emenda constitucional há de ter a sua constitucionalidade aferida com base nos princípios constantes dessas 'cláusulas pétreas', antes que venha a ter eficácia sobre toda a Constituição" (Controle de Constitucionalidade na Alemanha, RDA 193/25).

Sobre ser uma norma constitucional desconforme com a própria Carta Magna, discorreu favoravelmente o ínclito Desembargador Mohamed Amaro, forte em ensinamentos da doutrina, assim se manifestando:

"Em princípio, essa questão afigura-se paradoxal, posto que, não se conceberia que uma lei constitucional possa, ontologicamente, violar-se a si mesma, degladiar-se consigo mesma, ou que ocorra uma contradição do legislador constitucional consigo mesmo. Ato dessa natureza, evidentemente, equivaleria à revogação do dispositivo constitucional que estabelecera a restrição ou a proibição; destarte, seria um ato verdadeiramente atentatório, insustentável na teoria geral do Direito Constitucional. Mas, caracterizada a hipótese, possível será considerar inconstitucional uma norma constitucional em razão de sua incompatibilidade com o conteúdo de princípio da Constituição (Giese). Assim é, porque 'a lei a ser respeitada e cumprida, em quaisquer circunstâncias, é a Constituição, não a que desrespeita' (Ronaldo Poletti, *in* Controle da Constitucionalidade das Leis, p. 120, ed. 1985)" (*apud* Mohamed Amaro, *Limites da Revisão Constitucional*, JTJ — LEX — Jurisprudência do Tribunal de Justiça, São Paulo, vol. 147, p. 21).

Em excelente exposição feita em 15-9-1990 no *1º Fórum Nacional de Direito Constitucional*, o Desembargador Franciulli Neto colocou em dúvida a validade de preceito contido no art. 33 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal, diante do dispositivo do corpo permanente dessa própria Carta, constante do art. 5º, XXIV, assim se manifestando:

"Vem a calhar a insuperável preleção do saudoso mestre José Horácio Meirelles Teixeira a respeito do tema, ao cuidar de regra de interpretação relativa ao valor das 'disposições transitórias' de uma Constituição: 'O papel dessas disposições, como seu nome indica, é temporário, e assim devem considerar-se, sempre que esse entendimento seja logicamente possível. Não se deve admitir que as 'disposições transitórias' revoguem ou contradigam a parte permanente da Constituição. Já sabemos que as 'disposições transitórias' constituem elemento de mera aplicação das Constituições, que alguns autores, por isso mesmo, as denominam 'elemento formal', ou 'adjetivo', em contraposição com o elemento material, substantivo, que seria a parte permanente da Constituição. Adote-se ou não essa terminologia, o certo é que as 'disposições transitórias' visam a precipuamente ajustar certos assuntos ou situações à nova ordem constitucional, facilitando, portanto, a passagem de uma a outra situação, sem choques ou colisões. Fazendo parte da Constituição, tais dispositivos gozam, pela sua natureza constitucional, da mesma autoridade que os demais, em face dos poderes e autoridades do Estado e dos cidadãos em geral. Mas, por outro lado, dada a sua missão temporária, de ajustamento de situações, não é possível admitir que, num caso de conflito com dispositivos do corpo da Constituição, possam derrogar a estes' (cf. *Postilas de Direito Constitucional*, t. III/l42, Cooperativa D. Gastão, PUCSP, 1962). Então, se não é possível, consoante lição desse exímio Publicista, a derrogação — e para não enveredar a discussão para a tormentosa questão da inconstitucionalidade intrínseca entre os dispositivos de uma mesma Constituição — a conclusão, a ser submetida à apreciação dos doutos, é a de que, dada a evidente incompatibilidade, a espécie é de mera inaplicação do art. 33 das 'Disposições transitórias' de nossa CF aos requisitórios judiciais provenientes de dívida contraída com desapropriações. Dessa opinião comunga a Profª. Maria Garcia, segundo li-

ções por ela proferida no Curso Des. João Batista de Arruda Sampaio [...]" (Desapropriação — O aparente conflito entre o art. 33 das Disposições Transitórias e o art. 5º , XXIV, ambos da Constituição Federal, RT 659/232).

Perceba-se, porque importante, que o ilustre e culto magistrado conclui que a desconformidade de um preceito da Constituição constante das Disposições Transitórias ante outro preceito da parte permanente dessa mesma Constituição resolve-se com a inaplicação da norma transitória.

Três as conclusões inarredáveis que se retira desses ensinamentos: a primeira, que o emérito professor e articulista admite a existência de hierarquia entre preceitos constitucionais; a segunda, que podem existir disposições constitucionais que ofendam ou não se harmonizam com outras da mesma Carta; e a terceira que a disposição desconforme é inaplicável, visando a que o preceito permanente remanesça íntegro e sobranceiro.

Aliás, essa questão relativa à disposição contida no art. 33 do "Ato das Disposições Transitórias" da Constituição de 1988 mereceu a atenção de outros doutrinadores de notórias qualidades e de diversos pronunciamentos judiciais.

Em brilhante artigo de doutrina Alfredo Buzaid concluiu:

"Havendo na Constituição duas disposições antagônicas entre si e figurando uma no texto propriamente dito e outra nas disposições transitórias, aquela se sobrepõe a esta, aquela prevalece sobre esta, aquela deve ser cumprida e esta deve ser desconsiderada. É de estrito direito e justiça julgar inaplicável o disposto no art. 33 do 'Ato das disposições constitucionais transitórias', prevalecendo, nas desapropriações de imóveis urbanos, a regra do art. 182, § 3º, da CF, segundo a qual a indenização há de ser prévia e em dinheiro" (É constitucional o artigo 33 do "Ato das Disposições Transitórias" da Constituição de 1988? (artigo), RT 669/7).

Também desse pronunciamento extraem-se duas conclusões: a) para o consagrado jurista existe uma "hierarquia" entre disposições constitucionais; b) preceitos antinômicos da mesma Constituição não podem ser aplicados a um só tempo; um deles

deve ser desprezado, pouco importando que a inconstitucionalidade tenha ou não sido declarada.

Confirmando essa tendência, pode-se invocar alguns julgados de nossos pretórios, como, *v.g.*, excelente exposição do Desembargador Franciulli Netto, agora em voto que proferiu nesta Casa, que, em parte, se transcreve:

"Em matéria de desapropriação, inexiste propriamente um conflito entre o art. 33 do 'Ato das disposições constitucionais transitórias' e o art. 5º, XXIV, este do corpo permanente e ambos da CF de 1988, porque o último dispositivo está encartado entre os direitos e as garantias fundamentais, individuais e coletivas.

"Este último artigo, com a majestade que o caracteriza, seja do ponto de vista topológico, seja primacialmente por seu conteúdo de manifestação ideológica de vontade do constituinte, ao determinar a justa e prévia indenização em dinheiro para a desapropriação, tenha o fundamento que tiver (necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social), é de caráter preceptivo e não programático, segundo a autorizada lição de Jorge Miranda, abonada por Ives Gandra Martins (cf. Sistema Tributário na Constituição de 1988, Ed. Saraiva, 1989, p. 286)" (TJSP — 14ª C. — AI — Rel. Des. Franciulli Neto — RT 668/96).

Também a 15ª Câmara Cível decidiu pela inaplicação do indigitado art. 33 das DT da CF/88, com o seguinte enunciado:

"Os arts. 5º e 100 da CF devem prevalecer sobre o art. 33 das 'Disposições Transitórias', sob pena de ser violado todo o sistema quanto ao processo de desapropriação. Outrossim, se cumprido o art. 33 das 'Disposições Transitórias', haveria o desrespeito ao princípio da igualdade de todos perante a lei" (TJSP — 15ª C. — AI n. 153.926-2 — Rel. Des. Bourroul Ribeiro — RT 654/99).

No voto vencedor que proferiu, em julgamento no qual se discutiu a inconstitucionalidade do art. 33 das DT da CF/88, o magistrado de reconhecida cultura e competência Hamilton Elliot Akel assim se manifestou:

"Em suma, se o conflito se revela entre normas postas por um só ato do constituinte e pertencentes ao mesmo escalão, sen-

do impossível a superação do conflito pela aplicação dos princípios *lex posterior derogat legi inferiori* e *lex posterior derogat legi priori*, a solução será o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma delas, resolvendo-se o impasse pela consideração de que se deixou ao aplicador a opção entre uma delas" (1º TACSP — TP — Argüição de Inconstitucionalidade n. 474.287-2 — Voto vencedor do Juiz Elliot Akel — j. 30-4-92).

Muito interessante e criativa é a posição de Ives Gandra da Silva Martins, conforme lição que se reproduz:

"Na ocorrência de dispositivos aparentemente conflitantes ou efetivamente conflitantes dos textos constitucionais extensos cabe ao intérprete duas posições: a conciliatória ou a excludente do princípio menor. Em outras palavras, ou a integração exegética no sistema recompõe o conteúdo ôntico do dispositivo, à luz do sistema, ou ocorre a declaração da inconstitucionalidade da norma constitucional em face de sua não inserção no sistema, o que se poderia acoplar a teoria da ineficácia da norma inintegrável, sem que sua vigência fosse cancelada, teoria desenvolvida por Domingos Franciulli Netto, à luz do direito brasileiro".

E prossegue:

"Não creio seja possível, no Brasil, apesar da abstrata solução germânica, a adoção pura da inconstitucionalidade das normas constitucionais, entendendo também admissível, nada obstante sua aceitação por parte do Tribunal de Justiça de São Paulo, a teoria da perda de eficácia e não da vigência das normas inintegráveis. Entendo possível a adoção de solução conciliatória, mormente à luz da impossibilidade de aplicação de todo o ordenamento constitucional, simultaneamente, pela existência, neste, desde normas programáticas até àquelas de eficácia contida ou limitada, que retêm, no tempo, a plena eficácia constitucional".

E prossegue:

"Parece-me sempre possível conciliar princípios aparentemente divergentes, principalmente à luz da teoria da impossibilidade material, a que me referi no início deste parecer, com o que *a vigência e a eficácia da norma constitucional permanecem, nas normas que se*

chocam, suspensas no tempo, por força da impossibilidade material de sua implementação" (Direito Constitucional Interpretado, Ed. RT, SP, 1992).

O autor citado, embora reconheça que o Tribunal de Justiça de São Paulo aceita a solução germânica, de adoção pura da inconstitucionalidade das normas constitucionais, prefere adotar uma posição intermediária, de modo que a norma desconforme não perde sua vigência mas torna-se sem eficácia, "suspensa no tempo".

É de ver, contudo, que o resultado prático será o mesmo daquele preconizado pelo Desembargador Franciulli Neto: a inaplicação do preceito contaminado.

Não será demasia afirmar que, hodiernamente, já não se pode mais acolher a lição de Alfredo Buzaid (que, aliás, mudou de posicionamento, conforme consta do artigo publicado na RT 669/7, atrás mencionado e, em parte, transcrito), quando afirmou, com sua proverbial clareza: "Pode dizer-se que é constitucional toda norma que foi editada pelo Poder Constituinte e faz parte integrante da Constituição. Errôneo é, portanto, pretender distinguir, numa Constituição, cláusulas mandatórias e diretórias, programáticas ou de orientação, atribuindo-lhes eficácia jurídica diversa" (Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, Ed. Saraiva, 1958, p. 47).

É que ao tempo em que assim se manifestou o grande jurista vigia a Constituição Federal de 1946, que não continha as chamadas "cláusulas de eternidade".

Timidamente é que a Constituição Federal de 1967 e a EC n. 1/69 dispuseram no art. 47, § 1º, que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República", ao passo que a atual tornou impossível de alteração: I) a forma federativa de Estado; II) o voto direto, secreto, universal e periódico; III) a separação dos Poderes; IV) *os direitos e garantias individuais* (art. 60, § 4º).

III – A questão da inconstitucionalidade intrínseca na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O colendo Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, ao apreciar pedido de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio, contra a instituição e cobrança do IPMF (Imposto sobre Movimentações Financeiras) enfrentou a questão da chamada "inconstitucionalidade intrínseca", ou seja, a verificação de preceito constitucional inconstitucional ou desconforme com outra disposição contida na mesma Carta Magna.

Prevaleceu o entendimento do Relator, Ministro Sydney Sanches, com o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional n. 3/93 e a conseqüente concessão da liminar, que assim se manifestou:

"Importa saber, por primeiro, ainda que para efeitos meramente cautelares, se o constituinte derivado podia, mediante emenda constitucional, estabelecer as exceções de que trata esse § 2º, em face do que havia disposto no constituinte originário. O constituinte originário, ou melhor a Constituição Federal de 5-10-1988, no Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais, destinou o capítulo I aos direitos e deveres individuais e coletivos. Enunciou-os no art. 5º e seus setenta e sete incisos. E no § 2º desse único artigo do Capítulo I, aduziu: '§ 2º — os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]'. Já no Título VI, destinado à tributação e orçamento, e no Capítulo I, dedicado ao sistema tributário nacional, mais precisamente na Seção II, regulou a Constituição 'as limitações ao poder de tributar', estabelecendo, desde logo, no art. 150: 'Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III — Cobrar tributos: *b* — no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou'. Trata-se, pois, de garantia outorgada ao contribuinte, em face do disposto nesse art. 150, III, *b*, em conjugação com o § 2º do art. 5º da Constituição Federal. Ora, ao cuidar do processo legislativo e, mais, especificamente, da emenda à Constituição, esta, no § 4º do art. 60, deixa claro: 'Não será objeto

de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV — os direitos e garantias individuais'. Entre esses direitos e garantias individuais, estão, pela extensão contida no § 2º do art. 5º e pela especificação feita no art. 150, III, *b*, a garantia ao contribuinte de que a União não criará nem cobrará tributos, 'no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou'. No caso, o art. 2º da EC n. 3/93, permitindo a instituição do tributo em questão, no mesmo ano de 1993, o que se consumou com o advento da Lei Complementar n. 77, de 13-7-93, parece, assim, a um primeiro exame, para efeito de medida cautelar, haver afrontado o disposto nos referidos § 2º do art. 5º, art. 150, III, *b*, e § 4º do art. 60 da Constituição Federal. Isso basta para que, ao menos durante o presente exercício de 1993, se suspenda a eficácia de referido art. 2º, § 2º, da EC n. 03/93, e, conseqüentemente, da Lei n. 77/93" (STF — TP — ADIn 939-7—DF (Apreciação de pedido de Medida Cautelar pelo Tribunal Pleno — Rel. Min. Sydney Sanches — j. 15-9-93).

Como se vê, o colendo Supremo Tribunal Federal não só admitiu a possibilidade de existência de preceito da Carta Magna desconforme ou "inconstitucional", diante de outro preceito da mesma Carta, porque contrariou e retirou direito individual garantido, e, também, porque essa garantia é irretirável por estar incluída entre as chamadas "cláusulas pétreas".

Parece oportuno aqui reproduzir parte dos votos proferidos pelos ilustres Ministros, quando da apreciação, pelo Plenário daquela Corte, do pedido de medida cautelar:

Ministro Celso de Mello:

"As denominadas 'cláusulas pétreas' representam, na realidade, categorias normativas subordinantes que, achando-se pré-excluídas, por decisão da Assembléia Nacional Constituinte, do poder de reforma do Congresso Nacional, evidenciam-se como temas insuscetíveis de modificação pela via do poder constituinte derivado.

"Emendas à Constituição podem, assim, incidir, também elas, no vício da inconstitucionalidade, configurado este pela inobservância de limitações jurídicas superiormente estabelecidas

no texto constitucional por deliberação do órgão exercente das funções constituintes primárias ou originárias (Otto Bachof, Normas Constitucionais Inconstitucionais?, p. 52 a 54, 1977, Atlântida Editora, Coimbra; Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, tomo II/287-294, item n. 72, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; Maria Helena Diniz, Norma Constitucional e seus efeitos, p. 97, 1988, Saraiva; J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, p. 756 a 758, 4ª ed., 1987, Almedina; José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 58 a 60, 5ª ed., 1989, RT, entre outros)".

Ministro Néri da Silveira:

"Correta seria tal objeção, *ad instar* do que ocorreu no regime constitucional anterior, não fosse a existência, agora, de cláusula pétrea a interditar, nesse sentido, deliberação do poder constituinte instituído, *ut* art. 60, § 4º, IV, da Carta Política em vigor, óbice inexistente no sistema da Emenda Constitucional n. 1/1969, onde, apenas, se impedia emenda constitucional tendente a abolir a Federação ou a República (art. 47, § 1º).

"Não há, pois, deixar de reconhecer a relevância do fundamento da ação, baseado em alegações de ter a Emenda Constitucional n. 3/1993 ferido o princípio da anterioridade, em dispondo como o fez em seu art. 2º, § 2º".

Infere-se desse julgado que o mais alto Tribunal do País, guardião da Constituição Federal e alçado à condição de Corte Constitucional, não só admite a possibilidade da existência de normas constitucionais inconstitucionais, como assim declarou, confirmando a tese aqui defendida, dando-lhe autoridade.

E, nota-se que diferença ontológica entre uma situação e outra inexiste.

Uma Emenda Constitucional, após promulgada e posta a lume, passa a integrar o texto da Constituição, de modo que ao se declarar a inconstitucionalidade da Emenda ou de parte dela, estar-se-á, conseqüentemente, declarando a inconstitucionalidade de preceito da própria Magna Carta.

IV – A "inconstitucionalidade" ou ineficácia do art. 93, inciso VI, diante do art. 5º, *caput* e incisos I e XIII, da CF/88

Para melhor exposição da questão, trazemos à colação preceitos da Constituição Federal acerca do *thema decidendum*.

O art. 93, inciso VI, que regula a aposentadoria dos magistrados, dispõe:

"VI — a aposentadoria com proventos integrais é *compulsória* por invalidez ou *aos setenta anos de idade*, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na judicatura".

Com relação aos membros do Ministério Público temos o art. 129:

"§ 4º — Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93, II e VI".

Mesma previsão foi feita para os servidores públicos:

"Art. 40. O servidor será aposentado:

"II — compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço".

Para os trabalhadores regidos pela CLT e que se aposentam pelo regime da Previdência Social, assim dispôs a Constituição da República:

"Art. 202. É assegurada aposentadoria:

"I — aos sessenta e cinco anos de idade, para o homem, e aos sessenta, para a mulher, reduzido em cinco anos o limite de idade para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal;

"II — após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei;

"III — após trinta anos, ao professor, e após vinte e cinco, à professora, por efetivo exercício de função de magistério".

Portanto e em resumo, para os servidores públicos, membros da Magistratura e do Ministério Público a Lei Maior fixou limite máximo de idade (70 anos) para a permanência desses agentes públicos na carreira.

Contudo, para os trabalhadores em geral, regidos pela Consolidação da Leis do Trabalho; para os detentores de cargos eletivos no Poder Executivo (Presidente da República, Governadores de Estados, Prefeitos Municipais) e no Poder Legislativo (Senadores da República, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores) nenhuma limitação foi estabelecida.

Isso quer dizer que qualquer deles poderá ser eleito para um desses cargos, a qualquer tempo.

Nenhum óbice haverá para que um cidadão se eleja Presidente da República aos noventa anos de idade e permaneça no cargo enquanto durar o seu mandato.

Nem mesmo aos Ministros de Estado ou Secretários de Estado foi imposta limitação temporal para permanência no cargo.

Ora, ninguém haverá de apontar diferença ontológica entre detentores de cargos nos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, salvo de atribuições.

Todos são detentores de cargos de natureza pública e estipendiados pelo Estado.

Os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público são órgãos de Poder (cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, SP, 9ª ed., 3ª tiragem, p. 480), enquanto que os dirigentes eleitos e seus ministros e secretários são considerados "órgãos superiores da administração" (obra e autor citados, p. 561).

Todos, contudo, inclusive os detentores de cargos eletivos no Executivo e Legislativo, são definidos genericamente "agentes públicos" pela Lei Federal n. 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, que preceitua:

"Art. 2º. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qual-

quer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior".

Do que se infere, claramente, que o inciso VI do art. 93 da CF/88, sobre ser restritivo, limitador de direitos, não se compadece com o critério ou regime de aposentadoria dos demais agentes públicos, para os quais nenhuma limitação foi feita.

Em outras palavras, essa disposição está em desarmonia e ofende o art. 5º, *caput* e inciso I, da mesma Carta, que asseguram a igualdade, sem distinção de qualquer natureza e, ainda, o inciso XIII do art. 5º, que assegura o livre exercício de qualquer trabalho.

"A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes" (Celso Antonio Bandeira de Mello, O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Ed. RT, São Paulo, 1978, p. 14).

Isso quer dizer que "ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes" (*idem*, p. 14).

Nem caberia dizer e invocar o velho e surrado argumento de que só se igualam os iguais e que a igualdade só é assegurada na proporção das desigualdades.

Ninguém conseguirá apontar desigualdades entre os agentes públicos mencionados, com poder suficiente para restringir ou discriminar uns e privilegiar outros.

Ressuma evidente que uma disposição da Carta de Princípios não pode retirar direito que ela própria assegurou, dando-lhe a qualificação de "garantia fundamental".

Na elaboração de um Estatuto com a envergadura de Lei Maior, o legislador constituinte ou o legislador revisor não pode, jamais, distrair-se a ponto de deixar de obedecer às regras supralegais ou de superdireito, de modo que os direitos e garantias

individuais se traduzam em enunciados vazios e meramente retóricos.

Precisa é a lição de Luciano Ferreira Leite a respeito:

"Pode-se afirmar que, nos países em que vigora o Estado de Direito, a atuação da Administração, em suas relações com os administrados somente se viabiliza, na medida em que seus atos forem produzidos na conformidade de anterior regra jurídica. Quando a Lei Maior dispõe sobre direitos e garantias individuais aos cidadãos, tais disposições implicam autolimitação para o Estado, vedado ou limitado para legislar sobre matérias específicas, que se constituem para os administrados mecanismos assecuratórios de direitos" (Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial, Ed. RT, São Paulo, 1981, p. 13).

Em um Estado democrático essas garantias hão de ser dogmas intangíveis, de modo que a igualdade se estabeleça plenamente e sem restrições.

A doutrina afirma que a democracia repousa sobre três princípios fundamentais: o princípio da maioria, o *princípio da igualdade* e o princípio da liberdade (José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, São Paulo, 9ª ed., 3ª tiragem, p. 117).

Aristóteles prenunciou que a democracia é "o governo onde domina o número, isto é, a maioria, mas também disse que a alma da democracia consiste na liberdade, sendo todos iguais" (Politique, p. 97 a 101). Segundo ele a igualdade é o primeiro atributo que os democratas põem como fundamento e fim da democracia (*idem*, p. 141 e 142).

Como percebeu Hauriou, não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado (*Derecho Público y Constitucional*, Editorial Reus, Madri, 2ª ed., p. 120).

Ruy Barbosa já dizia que uma coisa são os "direitos", outra as "garantias", pois devemos separar, "no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, *limitam o*

poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias" (República — Teoria e prática, textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República, seleção e coordenação de Hilton Rocha, Petrópolis/Brasília, Ed. Vozes, Câmara dos Deputados, 1978, p. 121 e 124).

A questão da isonomia é tão importante e, lamentavelmente, não vem sendo vista com a seriedade que se exige.

Por isso o seu estudo, aqui, merece algum aprofundamento.

Em lapidar acórdão, que já faz parte dos anais do mais alto Sodalício deste país, colocou-se a questão da igualdade com absoluta exação e com perfeito enfoque, cuja transcrição faz-se obrigatória:

"O princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é — enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica — suscetível de regulamentação ou de complementação normativa.

"Esse princípio — cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público — deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; e b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei — que opera numa fase de generalidade puramente abstrata — constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.

"A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade" (STF — TP — Mand. Inj. n. 58-1 — Rel. Min. Celso de Mello — j. 14-12-90 — Rev. Dout. e Jurisp. do Tribunal Justiça do Distrito Federal e Territórios, maio/ago. de 1991 e RDA 183/143).

"A igualdade perante a lei, segundo nos parece, é uma regra de hermenêutica. Traduz uma obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com o que elas estabelecem, o que caracteriza a isonomia puramente formal, pois é uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos.

Pressupõe, também, a existência de uma regra com força *erga omnes* e, por isso, afetada do atributo benéfico de projetar efeitos e reflexos que se mostram harmônicos e asseguradores de igualdade na sua recepção e fruição.

Kelsen já havia demonstrado que a igualdade perante a lei não possui significação peculiar alguma. O sentido relevante do princípio isonômico está na obrigação da igualdade na própria lei, vale dizer, entendida como limite para a lei (Teoria pura do Direito, tradução francesa da 2ª ed. alemã, por Ch. Einsenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 190).

Assim, quando não há igualdade "na lei" — ou seja — quando o *discrímen* caracteriza o vírus que contamina a própria norma, porque o legislador não observou a regra de superdireito, então não estamos mais diante de mera operação de subsunção dessa norma a uma hipótese fática, nem se exige que se faça a operação de confronto de uma situação concreta ao seu paradigma.

Estamos, em verdade, diante de um preceito contaminado e tão afetado pelo cancro que o corrói que não se presta a ser aplicado a nenhuma hipótese. Contém o vício da suma nulidade. Aliás, sequer merece existir.

É o que ocorre com a norma restritiva e limitadora do inciso VI do art. 93 da Constituição Federal que se mostra em absoluta antinomia com os postulados fundamentais asseguradores de direitos.

Portanto, o que impende considerar é que "nenhuma interpretação pode levar ao absurdo" (Karl Engisch, Introdução ao Pensamento Jurídico, 2ª ed., Lisboa, p. 133).

Aliás, cabe aqui a advertência feita pelo próprio Supremo Tribunal Federal acerca da interpretação e aplicação das regras constitucionais:

"Convém não esquecer que estamos interpretando normas constitucionais e não normas de direito comum. Normas constitucionais não se interpretam no rumo de regras ordinárias. Vale invocar, a propósito, a célebre frase do Chief Justice J. Marshall, proferida no acórdão do caso *McCulloch vs. Maryland*, em 1819, que *'We must never forget that it is a constitution we are expounding'*. Também aqui, não custa repetir, é uma Constituição que estamos interpretando, vale dizer, estamos interpretando um ato normativo superior a todos os outros, justamente o que empresta validade a estes, motivo por que, bem lembrou o Prof. Fábio Konder Comparato, em trabalho que desenvolveu em torno de normas constitucionais, o sentido e o alcance dessas normas superiores não pode ser entendido da mesma maneira que o das leis às quais empresta validade; ou que o conteúdo e a força vinculante das normas constitucionais possa ser obtido com o emprego do mesmo método de raciocínio que se usa para a compreensão das normas jurídicas fundadas na Constituição (RTJ, 93/62)" (STF — 2ª T. — RE 111.787 — Rel. Marco Aurélio — j. 16-4-91, voto do Ministro Carlos Velloso — RDA 184/245).

Em seu voto o Ministro Carlos Velloso acentuou:

"José Alfredo de Oliveira Baracho, em rico trabalho doutrinário publicado na Revista de Informação Legislativa, n. 53, p. 113, sob o título 'Hermenêutica Constitucional', acentua, forte em tratadistas nacionais e estrangeiros, que 'os problemas da interpretação constitucional são mais amplos do que aqueles da lei comum', que, por isso mesmo, há regras especiais 'que devem servir de orientação para a boa interpretação dos dispositivos constitucionais', destacando aqueles princípios que se referem ao conteúdo teleológico ou finalista da Constituição. Linares Quintana, por exemplo, esclarece José Alfredo Baracho, 'procura sistematizar as conclusões da jurisprudência em geral e, especialmente, da Corte Suprema, ao retirar dessas decisões as seguintes regras:

'a) Na interpretação constitucional deve sempre prevalecer o conteúdo teleológico da Constituição, que é instrumento de governo, além de ser instrumento de restrição de poderes de amparo à liberdade individual;

'b) a finalidade suprema e última da norma constitucional é a proteção e a garantia da liberdade e dignidade do homem;

'c) a interpretação da lei fundamental deve orientar-se, sempre, para esta meta suprema;

'd) em caso de aparente conflito entre a liberdade e o interesse do governo, aquela deve prevalecer sempre sobre este último, pois a ação estatal, manifestada através de normas constitucionais, não pode ser incompatível com a liberdade' (S. V. Linares Quintana, *Teoria de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, 1953, Ed. Alfa, II/469, *Apud* José Alfredo de Oliveira Baracho, *op. cit*., p. 121).

"Do exposto, parece-nos razoável concluir, resumindo, que, em caso do aparente conflito de uma norma constitucional com outra, sendo uma delas de proteção à liberdade, aos direitos individuais, há de prevalecer esta última".

Fundamental perceber o alcance da afirmação do Ministro Carlos Velloso, ao concluir que "em caso do aparente conflito de uma norma constitucional com outra, sendo uma delas de proteção à liberdade, aos direitos individuais, há de prevalecer esta última".

Tal assertiva vem de encontro a todas as afirmações feitas pelos doutrinadores pátrios e alienígenas mais iluminados e está em consonância com outros julgados do mesmo STF, como, *ad exemplum*, aquele que afirmou a inconstitucionalidade intrínseca de preceito de natureza tributária em face de preceito definidor de garantia individual, considerado cláusula inamovível (decisão acerca do IPMF, STF, ADIn n. 939-7, rel. Min. Sydney Sanches, j. 15-9-93).

E, como apregoava Afrânio Peixoto, "a repetição é uma força".

Aliás, corroborando esse posicionamento, J. H. Meirelles Teixeira mostra que esse conteúdo teleológico da Magna Carta é, em resumo, o bem comum, ao professorar:

"Mas a questão da legitimidade constitucional pode ainda ser considerada sob outro aspecto.

"Realmente, as Constituições têm uma 'finalidade', são feitas para algo, e essa finalidade é o Bem Comum.

"Existem, pois, para a sociedade e para os indivíduos que a compõem, tendo em vista as legítimas necessidades de sua existência e desenvolvimento.

"Às Constituições corresponde, portanto, um papel, um fim a desempenhar: Ordenar a vida social e existência política da Nação num determinado sentido, o qual, evidentemente, só poderá ser o que melhor corresponda àquelas necessidades, materiais e espirituais, do desenvolvimento dos indivíduos e da coletividade nacional, de acordo com os supremos princípios da lei natural e da Justiça, que podemos sintetizar sob a designação de Bem Comum.

"A finalidade última do Estado é proporcionar o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, criar condições adequadas ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, tanto em seus aspectos materiais, como espirituais, levando a cada indivíduo as conquistas materiais e espirituais da civilização.

"Donde qualquer Constituição que negue essa finalidade, para tornar-se instrumento de opressão política ou econômica — desconhecendo a personalidade humana e seus direitos inalienáveis, e os supremos princípios da Justiça e do Direito Natural, criando privilégios odiosos de fortuna ou de sangue, estabelecendo ditadura ou predomínio de uma só classe, seja esta qual for; que negue o Estado de Direito, isto é o Estado também submetido à lei e aos princípios da Moral, e desconheça o Bem Comum —, será uma Constituição ilegítima quanto ao seu conteúdo" (Curso de Direito Constitucional, Forense Universitária, 1ª ed., 1991, Organizado e atualizado por Maria Garcia, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 219 a 221).

Carlos Maximiliano, ao tratar da hermenêutica e aplicação do Direito, depois de observar que não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos repertórios jurídicos, escreveu que: "Se alguém alega a existência de disposições inconciliáveis, deve demonstrá-la até a evidência" (Hermenêutica e Aplicação do Direito, n. 14).

Foi o que aqui se fez até a exaustão.

Tantos e tantos são os autores, decisões e argumentos que dão apoio à solução aqui defendida que mais não será necessário acrescentar, obediente que se deve ser à prudência, segundo lição inesquecível: "Quando as palavras não são mais dignas que o silêncio, mais vale calá-las" (Eduardo Galeano, escritor uruguaio, autor de Dias e Noites de Amor e Guerra; Veias Abertas da América Latina e a triologia Memórias do Fogo).

V – A ofensa aos objetivos fundamentais da república

Como se verá, a disposição que impõe a aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade não ofende apenas o *caput*, incisos I e XIII, da Constituição Federal (isonomia e liberdade de trabalho), consideradas cláusulas pétreas ou de eternidade.

Vai além. Transcende a isso.

Desobedece a outro princípio fundamental, incluído como objetivo indeclinável da República, que determina a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, inciso IV).

Ora, estabelecer limite máximo de idade é, sem dúvida, uma forma de discriminação, segundo a dicção do art. 3º, inciso IV, da Carta Constitucional, exegese que inadmite controvérsia.

Tanto é que o art. 7º, inciso XXX, desse Estatuto Fundamental dispôs:

"Art. 7º São direitos dos trabalhadores, urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

"XXX — proibição de diferença de salários, de exercícios de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, *idade*, cor ou estado civil".

Perceba-se a incoerência: como limitar a idade-limite para trabalhar, se hoje a própria Constituição proíbe essa condição para o candidato prestar concurso público?

E essa vedação, como visto, foi alçada à condição de garantia fundamental e irretirável porque transformada em cláusula pétrea.

Os tribunais, chamados à colação, assim vêm decidindo:

"Concurso público. Limite de idade. 'a) A CF de 1988, de aplicação imediata, veda a discriminação etária para admissão no serviço público. b) A municipalidade de Porto Alegre não se pode apegar a tal restrição para invalidar inscrição de candidato já concursado' (STJ — 2ª T. — REsp n. 8.916-0 — Rel. Peçanha Martins — j. 7-12-92 — DJU 15-3-93).

"Concurso público. Indeferimento de inscrição fundada em imposição legal de limite de idade, que configura, na circunstância do caso, discriminação inconstitucional (CF, arts. 5º e 7º, XXX). Segurança concedida — 'A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art, 7º, XXX) é corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF, art. 5º, *caput*), que se estende, à falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares — CF, art. 42, § II), a todo o sistema do pessoal civil' (STF — TP — RMS — Rel. Sepúlveda Pertence — j. 14-12-90 — RDA 189/222).

"A CF de 1988, além de estabelecer regra geral vedadora da exigência mencionada (art. 7º, XXX, c/c o art.39, § 2º), explícita ou implicitamente, estabeleceu todas as hipóteses de restrição ao direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas fundadas na idade, não deixando espaço para regulamentação da matéria por meio de legislação infraconstitucional. Afronta a Constituição o ato que impede a inscrição de candidatos em concurso público, sob o fundamento de que possuem mais de 35 anos de idade" (STJ — 2ª T. — REsp — Rel. Ilmar Galvão — j. 12-6-91 — RT 682/202).

"Não é possível limitar-se a inscrição de servidores em concurso público, para preenchimento de cargos da Administração Pública Civil, por motivo de idade. As únicas limitações admissíveis, na espécie, são as inseridas na Constituição Federal" (STJ — 2ª T. — REsp — Rel. Peçanha Martins — j. 2-12-91 — RDA 191/143).

"O art. 7º, XXX, da Constituição Federal baniu do Direito brasileiro todos os preceitos (ressalvadas as situações previstas na

própria Carta Política), que em razão da idade, restringem o acesso ao serviço público" (STJ — 1ª T. — RMS — Rel. Gomes de Barros — j. 18-3-92 — RDA 191/146).

"Contém discriminação arbitrária o dispositivo editalício que estabelece idade-limite, para inscrição em concurso público, apenas para o não funcionário" (STJ — 1ª T. — RMS — Rel. César Rocha — j. 16-12-92 — RT 699/171)".

Volta-se a insistir na incoerência do inciso VI do art. 93 e na sua notória e flagrante invalidade.

Diante da interpretação que lhes deram as Cortes Superiores, um cidadão pode, em tese, prestar concurso e ingressar na Magistratura ou Ministério Público aos 70 anos de idade, por força dos permissivos contidos nos artigos 3º, IV, 5º, *caput* e inc. I, e 7º, XXX, da CF/88.

Contudo, após tomar posse, será publicada a sua aposentadoria compulsória porque, nos termos do inciso VI do art. 93 da mesma Carta, a aposentadoria é compulsória aos 70 anos de idade.

Não há sustentar essa situação.

Esse exemplo é *quantum satis* para demonstrar quanto se pretendeu na certeza de que "a lógica das palavras deve ceder à lógica da realidade" (Brandeis — Juiz Americano).

VI – A discriminação comprovada – Como solucioná-la?

Demonstrada, estreme de qualquer dúvida, a "inconstitucionalidade" do preceito aqui hostilizado e inquinado de inválido, importa saber qual a solução que se deve dar com relação ao destino dos favorecidos com os seus iguais discriminados.

Celso Antonio Bandeira de Mello demonstra que para se detectar a discriminação "tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada", de modo que "é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra

não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto" (O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Ed. RT, São Paulo, 1978, p. 48 e 49).

E conclui o festejado autor: "Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferençada" (*idem*, p. 50).

Convincente e definidora a lição de José Afonso da Silva ao ensinar como se resolver a discriminação vedada pela Carta Magna:

"São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional. Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar o benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. Contudo, o ato é constitucional, é legítimo, ao outorgar o benefício a quem o fez. Declará-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. Como, então, resolver a inconstitucionalidade da discriminação? Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso. Tal ato é insuscetível de declaração de inconstitucionalidade por via de ação direta. A outra forma de inconstitucionalidade revela-se em se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis. O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade. Mas aqui, ao contrário, a solução da desigualdade de tratamento não está em estender a situação jurídica detrimentosa a todos, pois não é constitucionalmente

admissível impor constrangimentos por essa via. Aqui a solução está na declaração de inconstitucionalidade do ato discriminatório em relação a quantos o solicitarem ao Poder Judiciário, cabendo também a ação direta de inconstitucionalidade por qualquer das pessoas indicadas no art. 103" (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, São Paulo, 9ª ed., 3ª tiragem, 1993, p. 207 e 208).

Aplicando-se os ensinamentos do mestre acima citado ao caso concreto *sub examine*, teremos a seguinte solução: segundo o primeiro enunciado, as regras permissivas que se harmonizam com o princípio constitucional, alçado à condição de cláusula imutável, e que outorgaram benefício legítimo a pessoas ou grupos, ou seja, as diversas disposições da Carta Magna que facultam aos trabalhadores em geral — empregados no setor privado ("celetistas") — trabalhar sem qualquer limitação máxima de idade, e aos agentes dos Poderes Executivo e Legislativo ocupar cargos eletivos sem qualquer restrição no que pertine a essa limitação de idade, por serem legítimas, devem ser estendidas às pessoas discriminadas que solicitarem o mesmo benefício ou direito. De acordo com o segundo enunciado, o preceito desconforme com o princípio da igualdade e, portanto, inconstitucional por fazer discriminação não permitida entre pessoas em situação de igualdade, torna-se inaplicável a estas pessoas por ele prejudicadas.

Quer, ainda, parecer, segundo os princípios jurídicos e de lógica formal, que um dos argumentos nucleares e fundamentais à solução da *vexata quaestio* depende da resposta que se dê à seguinte indagação:

Qual a providência a ser tomada quando a constituição federal dispõe de forma diversa para a aposentadoria de pessoas em situações semelhantes, com ofensa ao princípio da igualdade e da liberdade de trabalho?

Se o princípio da isonomia for uma proposição garantidora da *igualdade universal positiva*, com força de igualar os iguais em direitos, estendendo-os aos que foram injustamente discriminados, então a solução não comporta temperamentos; não há fazer incidir a regra discriminatória (art. 93, VI, da CF), que deve ser pura e simplesmente desprezada.

Mas, se a resposta for uma proposição *particular negativa*, de modo que se conceba o princípio da igualdade como supressor do privilégio dos que forem beneficiados pela regra discriminadora e não pela extensão do benefício aos prejudicados, então todos aqueles que estejam em situação igual ou assemelhada só poderão inativar-se aos 70 anos de idade, de modo que serão alcançados, a um só tempo, os servidores civis e militares, membros da Magistratura, Ministério Público, Tribunal de Contas, órgãos de poder, como os detentores de cargos elegíveis (Presidente da República, Governadores, Prefeitos Municipais, Senadores, Deputados Federais e Estaduais, Vereadores) e os empregados regidos pela CLT.

Ora, há de se convir que esta última proposição, sobre ser absurda, contém o vício da absoluta impossibilidade, na consideração de que só pelo processo legislativo-constitucional é que se poderia impor o limite máximo de idade, visando à inativação compulsória, a todos aqueles que se encontram em situação de paridade, de modo a reparar a visível discriminação que hoje impregna nossa Carta Magna e a enodoa e mancha.

VII – A aposentadoria compulsória dos magistrados não decorre da Constituição Federal

Aspecto de fundamental importância precisa ser posto à calva nesta exposição.

O art. 93 da Constituição Federal dispõe:

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

"VI — a aposentadoria com proventos integrais é compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na judicatura".

Perceba-se: não é a Constituição Federal que impõe a aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.

Ela apenas determina que a Lei complementar disponha sobre o Estatuto da Magistratura e que observe os "princípios" que enunciou, dentre eles, determinada forma de aposentação.

Como o Estatuto da Magistratura ainda não foi editado, remanesce como única norma que dispõe ser a aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade o art. 74 da Lei Complementar n. 35, de 14-3-79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional).

Ora, se esta afirmação for acolhida, então a "inconstitucionalidade" que se constata é da norma infraconstitucional em face da Constituição Federal, o que se aceita sem rebuços e jamais foi contestado.

Aliás, como a Loman é anterior à CF/88, seria impróprio falar em inconstitucionalidade, sendo de rigor técnico afirmar a não recepção da regra inferior desconforme com a garantia constitucional posterior.

Essa a lição do colendo Supremo Tribunal Federal:

"Não há inconstitucionalidade formal superveniente. Quanto à inconstitucionalidade material, firmou-se a maioria do Tribunal (ADIn n. 2, Brossard, 6-2-92) — contra três votos, entre eles do relator desta — em que a antinomia da norma antiga com a Constituição superveniente se resolve na mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta. Fundamentos da opinião vencida do relator (anexo), que, não obstante com ressalva de sua posição pessoal, se rende à orientação da Corte" (STF — TP — ADIn n. 438 — Rel. Sepúlveda Pertence — j. 7-2-92 — RDA 187/152).

"A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nela, o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária" (STF — TP — ADIn n. 521 — Rel. Paulo Brossard; j. 7-2-1992, RDA 188/288).

E tem mais.

Quando o *caput* do art. 93 preceitua "observados os seguintes princípios", não quer dizer que regras e condições mínimas, que o Estatuto da Magistratura deverá conter, sejam propriamente "princípios".

A expressão não foi ali usada com o seu sentido jurídico.

Não se pode deslembrar dos ensinamentos dos doutos acerca da expressão:

"A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), p. ex., significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático. Não é nesse sentido que se acha a palavra 'princípios' da expressão 'princípios fundamentais' do Título I, da Constituição. Princípio aí exprime a noção de 'mandamento nuclear de um sistema'" (José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, SP, 9ª ed., 3ª tiragem, p. 84).

"Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são — como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira — 'núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais". Mas, como disseram os mesmos autores, "os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em 'normas-princípio' e constituindo preceitos básicos da organização constitucional" (Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra Ed., Coimbra, 2ª ed., 1984, vol. I, p. 41 e 42).

Como é de evidente compreensão, os princípios devem estar estabelecidos na sua sede própria, ou seja, na Carta de Princípios ou Carta Magna, não se concebendo que ela delegue tais prerrogativas à lei complementar.

Outro argumento pode ser alinhado.

A Constituição do Estado dispõe que "a Magistratura é estruturada em carreira, observados os princípios, garantias e prerrogativas e vedações estabelecidas na Constituição Federal, nesta Constituição e no Estatuto da Magistratura".

Portanto, não dá validade à Lei Orgânica da Magistratura, mas a um Estatuto inexistente, embora previsto.

De tudo se infere que, por qualquer ângulo que se analise a questão, a conclusão é de que o art. 93, inciso VI, da CF/88 não mais pode ser aplicado, nem se lhe pode atribuir eficácia.

Se se admitir que traduz uma regra embutida nesse Estatuto Fundamental, então mostra-se em antinomia com cláusulas pétreas que asseguram direitos fundamentais e irretiráveis, devendo ou ser declarada inconstitucional ou apenas ser desprezada e inaplicada para que a isonomia, a liberdade de trabalho e a obediência aos objetivos fundamentais da República prevaleçam (artigos 3º, IV; 5º, *caput*, incisos I e XIII, e 7º, XXX, da CF/88).

Por outra ótica, se se admitir que essa norma restritiva e que impõe a inatividade compulsória se contém apenas na Loman, então não há deixar de concluir que ela não foi recepcionada pela nova ordem constitucional estando, pois, revogada.

Aliás, a revogação mais se mostra consentânea com a realidade atual, considerando que a limitação da idade em 70 (setenta) anos, para efeito de permanência no serviço, se se mostrava correta e consentânea com a expectativa de vida no começo do século (quando foi inserida em nossa Carta Política, à época com limite de 68 anos), hodiernamente apresenta-se anacrônica e irreal, não mais se justificando, nem se subsumindo, como preceito, ao fato ou situação atual.

A média de tempo provável de vida vem-se modificando ao longo dos anos. Essa média está hoje em cerca de 67 anos, considerando-se, para efeito de estabelecê-la, toda a população do país, inclusive da zona rural e de alguns estados do norte/nordeste, cuja expectativa de vida, em algumas regiões, é extremamente pequena (às vezes, de apenas 30 anos), em razão da seca, da miséria e da fome.

O país evoluiu e, com isso, vieram as facilidades e a melhoria de vida. Evoluíram também a medicina, as técnicas de tratamento, assim como as próprias pessoas, que se conscientizaram e se convenceram da necessidade de cultivo e preservação da saúde do corpo e da mente.

Temos e tivemos inúmeros exemplos de homens notáveis em todos os campos de atividade que, muito além dos 70 anos de idade, mostram ou demonstraram total higidez, plena capacidade física e intelectual, sobressaindo nas atividades que exercem.

Apenas como exemplo, podemos citar homens notáveis do passado e do presente, personalidades mundiais e locais, como Churchill, Adenauer, De Gaule, Douglas (magistrado americano), Barbosa Lima Sobrinho, Austregésilo de Ataíde, Zerbini, Ulisses Guimarães, Jarbas Passarinho, Leitão de Abreu, Clóvis Ramalhete, Carlos Medeiros Silva, Evandro Lins e Silva, Délio Maranhão, Luis Antonio de Andrade, Sobral Pinto, Dario de Almeida Magalhães, Evaristo de Morais Filho, Darci de Arruda Miranda, Adriano Marrey, Bruno Affonso de André, Francis Selwin Davis e tantos outros.

Mas é na área das ciências humanas que o homem mais avançado nos anos se mostra muito mais útil e produtivo, em razão da experiência e, notadamente, da sedimentação de conhecimentos amealhados ao longo do tempo.

Isso mostra que aquele preceito limitador não só está em antinomia com as garantias fundamentais, alçadas à condição de regras eternas, como se evidenciou anacrônico e fora da realidade fática.

Para confirmar a assertiva basta mostrar que nos Tribunais do país, por força das regras infra-constitucionais estabelecidas, apenas os mais antigos podem ser eleitos para cargos de administração e direção.

Nos Tribunais de Justiça apenas os integrantes do Órgão Especial — composto pelos 25 desembargadores mais antigos — podem ser eleitos para os mais elevados postos de direção: Presidente, Vice-Presidente, Corregedor-Geral da Justiça e Vice-Corregedor-Geral da Justiça.

Conclui-se, daí que, se quando promovido a Desembargador o membro do Poder já está com idade acima de 50 anos. E, para ser um dos integrantes do Órgão Especial e ser eleito para um dos cargos de direção, já terá ultrapassado, em muito, os 65 anos de idade, diante da morosidade da carreira na Segunda Instância.

Não é raro, pois, o eleito para tais postos ser alcançado pela aposentadoria compulsória ainda no início ou no meio de sua gestão.

Essa situação cria enorme estorvo, multifárias dificuldades e expressivo dano à instituição, pois outro (que poderá estar na mesma situação) deverá ser eleito, paralisando a atividade *interna corporis* dos Tribunais, até que o novo dirigente fique inteirado da sua organização administrativa.

Em havendo solução de continuidade ocorrerá, como visto, prejuízo irreparável para a administração do Poder Judiciário.

VIII – O chefe de poder é agente político e não se submete ao regime de aposentadoria compulsória estabelecido no art. 93, inc. VI, da CF/88

Outro aspecto que merece abordagem neste estudo é a questão relativa à aposentadoria compulsória dos chamados agentes políticos, como, *ad exemplum*, no Poder Judiciário, os Presidentes dos Tribunais; no Ministério Público, o seu chefe (Procurador-Geral da República ou Procuradores-Gerais de Justiça; nos Tribunais de Contas, seus Presidentes.

Esses cargos, não se desconhece, são de provimento e exercício transitório, por meio de eleição, por prazo certo, tal como se dá com os cargos, também eletivos, do Executivo e Legislativo, nas três esferas de repartição da República: União, Estados-membros e Municípios.

Inexiste para os Chefes de Poder, no âmbito do Executivo e Legislativo, limite de idade para a inatividade.

Assim, há de ocorrer uma simetria entre todas essas autoridades, quando no exercício de cargo dependente de eleição.

São os chamados “agentes políticos”, cuja definição se colhe em Hely Lopes Meirelles:

“Agentes políticos são componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais.

"Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas, do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizados, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição.

"Nesta categoria se encontram os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público; os membros dos Tribunais de Contas; os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário".

Em seguida deixa claro e estreme de dúvida:

"Não são funcionários públicos em sentido estrito, nem se sujeitam ao regime estatutário comum" (Direito Administrativo Brasileiro, Ed. RT, São Paulo, 13ª ed., p. 50).

Em brilhante e sucinto parecer, o Professor Vicente Greco Filho, analisando determinado caso concreto, deixou clara a idéia-força aqui defendida, ao afirmar que "Para os magistrados, agentes políticos, somente há limite porque vigora o art. 93, inciso VI enquanto regra especial; para o respectivo chefe, agente político por excelência, da mesma forma não pode haver idade máxima a considerar".

Realmente, sendo os Presidentes de Tribunais chefes supremos do Poder Judiciário no âmbito de sua competência, não podem ser alcançados pela aposentadoria compulsória enquanto estiverem cumprindo o seu mandato.

Não se deslembre que o Chefe do Poder Judiciário Estadual está na linha de sucessão do Governador, segundo dispõe o art. 40 da Constituição do Estado de São Paulo e em outras Constituições Estaduais.

Como corretamente alertou o Prof. Vicente Greco Filho em seu parecer: "Parece desnecessário relembrar a nítida qualificação política da função de Presidente do Tribunal de Justiça, destacando-se, porém, que se trata de Chefe de Poder e que substitui o Governador, participando, portanto, do poder político, indivisível, como indivisível e una é a soberania".

Se para os dirigentes políticos dos demais poderes inexiste limite de idade para o exercício de seu mandato, constituiria ofensa à igualdade estabelecida entre os Poderes pela Carta Magna impedir o Chefe do Poder Judiciário de completar seu mandato ao atingir a idade de setenta anos.

Sobre ser ofensivo ao princípio da isonomia, ofenderá, também, a vontade dos próprio membros do Tribunal de Justiça, que outorgaram ao Presidente, pela via democrática da eleição, um mandato de dois anos.

Por essas razões é que o Prof. Vicente Greco conclui seu parecer afirmando, de modo seguro:

"Entendo, em conclusão, que o Presidente do Tribunal de Justiça não pode ser compulsoriamente aposentado por idade enquanto perdurar seu mandato, não se lhe aplicando, em virtude dessa situação, o art. 93, inciso VI, da Constituição da República".

IX – Conclusão

De tudo quanto foi exposto, a conclusão é no sentido de que o preceito contido no art. 93, inciso VI, da Constituição Federal, que estabelece a aposentadoria compulsória aos 70 anos de serviço, é anacrônico e está em antinomia com princípios irretiráveis, porque afetados com a cláusula de eternidade ("cláusulas pétreas") imposta pelo art. 60, § 4º, IV, sendo, portanto, inaplicável.

PARECERES

PARECER DO JURISTA JOSÉ AFONSO DA SILVA *, EM RESPOSTA À CONSULTA DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM, SOBRE A POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO REALIZAR E/OU PRESIDIR INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, DIRETAMENTE, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A questão posta pela consulta não é complicada nem demanda grandes pesquisas doutrinárias, porque a Constituição Federal dá resposta precisa e definitiva no sentido de que o Ministério Público não tem competência para realizar investigação criminal direta.

I. Preliminares

1. Antes de discutir o mérito da consulta cumpre fazer alguns esclarecimentos preliminares. A primeira delas é que, aqui, não se levará em conta as questões de conveniência ou de oportunidade de se conferir ao Ministério Público poderes investigatórios na esfera penal. Isso pode ser uma discussão de *lege ferenda*, não de *lege lata*, porque a Constituição já dá a solução. Por isso também não é pertinente discutir aqui o bom ou o mau funcionamento do sistema adotado. Sem as generalizações indevidas, injustas e injustificadas, pode-se reconhecer procedência às críticas relativas à ineficiência e à morosidade das investigações, as-

* *Advogado e Professor titular aposentado da Faculdade de Direito da USP.*

sim como não é destituído de verdade o argumento do Ministério Público de que "Não é raro ver-se policiais que são responsáveis pela prevenção e repressão da criminalidade envolvendo-se com o crime organizado e na prática de atos de corrupção com o objetivo de impedir a investigação de delitos, bem como cometendo atos de violência (p. ex.: tortura) ou abuso de poder". Esse envolvimento não é apenas da polícia. Uma das características do crime organizado está no envolvimento de autoridades públicas como um dos modos de sua ação e de sua impunidade. Não falta quem diga que o fato de a polícia estar na linha de frente da investigação criminal contribui para a contaminação de alguns de seus elementos, e não é garantido que, se o Ministério Público assumisse tal condição, ficaria imune aos mesmos riscos. Sobre esses aspectos, vale a pena transcrever a seguinte passagem de parecer que o ilustre constitucionalista Luís Roberto Barroso ofereceu ao Secretário Especial dos Direitos Humanos, Ministro Nilmário Miranda:

"Sem a pretensão de uma elaboração sociológica mais sofisticada, e muito menos de empreender qualquer juízo moral, impõe-se aqui uma reflexão relevante. No sistema brasileiro, é a Polícia que atua na linha de fronteira entre a sociedade organizada e a criminalidade, precisamente em razão de sua função de investigar e instaurar inquéritos criminais. Por estar à frente das operações dessa natureza, são os seus agentes os mais sujeitos a protagonizarem situações de violência e a sofrerem o contágio do crime, pela cooptação ou pela corrupção. O registro é feito aqui, porque necessário, sem incidir, todavia, no equívoco grave da generalização ou da atribuição abstrata de culpas coletivas.

"Pois bem: não se deve ter a ilusão de que o desempenho, pelo Ministério Público, do papel que hoje cabe à Polícia, manteria o *Parquet* imune aos mesmos riscos de arbitrariedade, abusos, violência e contágio".

2. A esse propósito, não é demais recordar o exemplo italiano. O Ministério Público brasileiro ficou muito entusiasmado com a atuação dos procuradores italianos na chamada operação "mãos limpas", que teve inequívoco sucesso no combate aos crimes mafiosos. Como se sabe, na Itália vigorava até 1989 o juizado de

instrução, quando foi suprimido, e os poderes de inquérito e de investigação concentraram-se nas mãos do Ministério Público. Essa transformação proveio da legislação antimáfia e teve impacto imediato, mas não tardou a surgirem os abusos de poder. O Procurador Di Pietro, o mais destacado membro do Ministério Público de então, teve que renunciar ao cargo em consequências das denúncias de desvio de poder; assim também se deu com procuradores na Sicília. Então, a suposição do parecer do Prof. Luís Roberto Barroso é algo que a experiência já provou.

O Ministério Público no Brasil é hoje uma Instituição da mais alta consideração pública por sua atuação ética e sua eficiência, que é preciso conservar e defender. E um dos modos eficazes dessa defesa consiste em mantê-lo dentro dos estritos contornos de suas funções institucionais que não inclui a função investigatória direta.

3. Enfim, seja como for, o certo é que o eventual mau funcionamento do sistema de investigação criminal pela polícia judiciária, como qualquer outro defeito ou deficiência que se possa verificar, não tem a força de transferir para outra instituição sua competência constitucionalmente estabelecida, nem autoriza que outra instituição o assuma, mesmo subsidiariamente.

II. A competência para a investigação criminal

4. O signatário deste parecer, enquanto assessor na Constituinte, apoiou e, nos limites de suas possibilidades, ajudou na formulação das normas que deram ao Ministério Público a posição de destaque como instituição constitucional permanente e autônoma. Conheci do assunto desde o primeiro Anteprojeto da Subcomissão da Organização do Poder Judiciário e Ministério Público, cujo relator foi o Deputado Constituinte Plínio de Arruda Sampaio, oriundo da instituição, que se inspirou na organização da instituição no Anteprojeto da Comissão de Estudos Constitucionais (Afonso Arinos), de que foi relator o então Procurador-Geral da República e hoje Ministro Sepúlveda Pertence, que mereceu o meu apoio no plenário daquela Comissão. Na elaboração desse Anteprojeto, na Constituinte, não estiveram ausentes as Associações de Ministério Público, especialmente a Associação do Minis-

tério Público de São Paulo, que se manteve sempre presente na defesa da instituição durante a elaboração constitucional. Pois bem, o texto desse Anteprojeto (arts. 43 a 46), aprovado pela Subcomissão em 25 de maio de 1987, já continha, em essência, tudo o que veio a ser contemplado na Constituição, no qual não há uma palavra que atribua ao Ministério Público a função investigatória direta. Lá estava, como função privativa, "promover a ação penal pública" e "promover inquérito para instruir ação civil pública", como estava também, sem exclusividade (art. I, *a* e *b*), "o poder de requisitar atos investigatórios criminais, podendo efetuar correição na Polícia Judiciária, sem prejuízo da permanente correção judicial" (art. 45, II, *e*); essa correição foi convertida, depois, em controle externo da atividade policial. Ora, se o Ministério Público estava interessado na investigação criminal direta, seria de esperar que constasse desse Anteprojeto algo nesse sentido, já que o relator era um Constituinte afinado com a instituição. As únicas disposições aproximadas a isso vieram no Anteprojeto da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo (junho de 1987), de que foi relator o Constituinte Egídio Ferreira Lima. O art. 137, inc. V, incluía entre as funções institucionais do Ministério Público, além da competência para 'requisitar atos investigatórios', também exercer a supervisão da investigação criminal", assim como a faculdade de "promover ou requisitar à autoridade competente a instauração de inquéritos necessários às ações públicas que lhe incumbem, podendo avocá-los para suprir omissões [...]".

Isso se manteve no Projeto de Constituição (Comissão de Sistematização, julho de 1987, art. 233, § 3º). Já no Primeiro Substitutivo do Relator Bernardo Cabral (Comissão de Sistematização, agosto de 1987), essas normas sofreram alguma transformação importante, excluindo-se a possibilidade de "promover [...] a instauração de inquérito necessário às ações públicas", bem como se eliminou a possibilidade de "avocá-los para suprir omissões". Ou seja, suprimiu aquilo que o Ministério Público hoje ainda pretende: o poder de investigação subsidiário. O texto ficou com o seguinte teor:

"Art. 180. São funções institucionais do Ministério Público, na área de atuação de cada um dos seus orgãos:

[...]

"VI — requisitar a instauração de inquérito policial, determinar diligências investigatórias, podendo supervisionar a investigação criminal e promover inquérito civil".

Nota-se que, no Segundo Substitutivo do Relator Bernardo Cabral (Comissão de Sistematização, setembro de 1987), nova transformação sofreu essa competência. Nele, já não consta a faculdade de "supervisionar a investigação criminal", e "promover inquérito civil" foi para outro dispositivo, conectado com "ação civil pública" (art. 151, III: "promover inquérito civil e a ação civil"), o que tem relevo para a interpretação da norma. Demais, a função de "requisitar a instauração de inquérito policial" e "determinar diligências investigatórias" já não é direta, mas indireta e não imperativa, como se vê da leitura do § 40 do art. 151:

"Serão sempre fundamentadas as promoções e as cotas dos membros do Ministério Público, inclusive para requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial".

E assim foi aprovado na Comissão de Sistematização, integrando o Projeto de Constituição *A* (novembro de 1981), a ser submetido ao Plenário, em primeiro turno. Surgiu, então, o Projeto Substitutivo do Centrão, que sugeriu diversas reduções nas funções institucionais do Ministério Público, mas não foram aceitas. O texto aprovado decorreu de um acordo das lideranças, conseqüente da fusão de diversas emendas, a de n. ZPOOI2-0 do Constituinte Alexandre Costa, dando nova redação àquele § 4º do art. 151 (*supra*), restabeleceu a competência direta para requisitar diligência investigatória e a instauração de inquérito policial, mas nenhuma proposta no sentido de dar ao Ministério Público função investigatória direta. O Constituinte Plínio de Arruda Sampaio, defensor intransigente das prerrogativas da instituição, sustentou, na tribuna, o acordo, mostrando que "a instituição do Ministério Público foi delineada na Subcomissão do Poder Judiciário (de que ele foi relator, diga-se, de passagem) com o objetivo claro de criá-la forte, autônoma, independente do Executivo. O que se quer é um fiscal da lei com plenos poderes para exercer a ação penal, inclusive contra aquele que o nomeia, contra o Presidente da Repúbli-

ca [...]". Além dessa autonomia, um segundo aspecto básico da construção do Ministério Público foi aprovado na Subcomissão.

Consiste em conferir à instituição atribuições maiores do que simplesmente a de perseguir os criminosos: estamos dando-lhe também atribuição de defender a sociedade como um todo. "Defender quem não tem quem o defenda". Quem é hoje que não tem quem o defenda: O índio, a natureza, o consumidor. "Por isso, todo um elenco de competências foi atribuído ao novo órgão do Ministério Público, no âmbito da perseguição do ilícito civil". Não há uma palavra em favor da possibilidade do Ministério Público proceder à investigação direta.

As regras constantes do acordo vieram a integrar o Projeto de Constituição *B* (junho de 1988), submetido ao Plenário, em segundo turno, sendo assim aprovado, constituindo o Projeto de Constituição *C* (setembro de 1988), destinado à redação final, mantido tal qual no Projeto de Constituição *D* (20-9-1988), com a transposição do conteúdo do § 4º do então art. 158 para o inc. VIII do mesmo artigo. Assim, com outros ajustes de redação, os arts. 156 a 159 do Projeto aprovado em primeiro turno vieram a constituir os arts. 127 a 130 da Constituição.

5. Essas observações históricas sobre a formação constitucional da instituição não pretendem perquirir a intenção do legislador constituinte para dela extrair o sentido das normas. Não, esse originalismo não se compadece com os processos modernos de interpretação constitucional. O que vale não é a intenção do legislador, mas a intencionalidade das normas constitucionais, o que significa que o sentido de cada norma ou de cada conjunto de normas se extrai do plexo de valores que foram incorporados na Constituição. Essa incorporação se deu por ação dos Constituintes, não pela intenção de cada um, mas pela conjugação da vontade constituinte, não da vontade psicologicamente identificada, mas pela vontade culturalmente constituída, porque vontades que agiam em função de valores, por isso mesmo acolhendo uns e recusando outros. Por isso é que a Constituição é um sistema de valores. Por isso também é que processos de formação constitucional têm interesse, não para a interpretação das normas acolhidas, mas para conhecer os valores que não foram acolhidos, que foram rejeita-

dos, e que, por essa razão mesma, não podem ser invocados para a composição de direitos, menos ainda de competências, tanto mais quando competência pretendida tenha sido outorgada a outro órgão ou instituição como é o caso, já que a Constituição conferiu à polícia civil estadual e federal a função de polícia judiciária e a de apuração das infrações penais (art. 144, §§ 1º e 4º).

6. Percorram-se os incisos em que o art. 129 define as funções institucionais do Ministério Público e lá não se encontra nada que autorize os membros da instituição a proceder à investigação criminal diretamente. O que havia sobre isso foi rejeitado, como ficou demonstrado na construção da instituição durante o processo constituinte e não há restabelecer por via de interpretação o que foi rejeitado. Se a Constituição tivesse silenciado sobre o tema, ainda se poderia discutir sobre a possibilidade de ser a matéria conferida ao Ministério Público, por via de lei, como se fez na Itália, onde se retirou o poder investigatório do juiz de instrução, passando, por lei, para os Procuradores da República que funcionam nos Tribunais. Mesmo assim o Ministério Público na Itália não tem esse poder autonomamente, porque a polícia judiciária não depende dele integralmente, mas da autoridade judiciária (Constituição Italiana, art. 109), pois a Constituição Italiana só tem um dispositivo sobre o Ministério Público para impor-lhe o dever de exercer a ação penal (art. 112). A Constituição Portuguesa tem dois artigos sobre o Ministério Público, mas não dispõe sobre sua competência, deixando para a lei (arts. 221 e 222), por isso a lei pôde integrar a polícia judiciária na organização do Ministério Público com competência exclusiva para a instrução preparatória das infrações penais.[2] Na Espanha, não é ao Ministério Público que cabe a função investigatória, só por si diretamente. Lá a função de averiguação dos delitos cabe à polícia judiciária que, no entanto, no exercício dessa função, depende do juiz, dos tribunais e também do Ministério Público (Constituição, art. 126).

Na Colômbia, sim, a Constituição dá competência direta à Procuradoria-Geral da Nação (*Fiscalía General de la Nación*) para investigar os delitos e acusar os presumidos infratores ante os juízos e tribunais competentes (art. 250).

7. Essas indicações do direito estrangeiro só têm a utilidade de mostrar que o regime da matéria no Brasil é próprio, peculiar e único, porque define os campos de atuação do Ministério Público e da Polícia Judiciária com precisão, e sem dependência recíproca, de sorte que a invocação de doutrina estrangeira sobre o assunto não traz a menor contribuição ao seu esclarecimento. Nem é necessário recorrer a grandes indagações doutrinárias, diante do que está estabelecido nas normas constitucionais.

III. A doutrina dos poderes implícitos

8. No material que me foi apresentado para a elaboração deste parecer consta que o Ministério Público argumenta que, ainda que se entenda que a Constituição não lhe tenha conferido expressamente os poderes investigatórios, na esfera penal, é de ser aplicada a doutrina dos poderes implícitos, pois, se a Constituição lhe assegura a competência privativa para promover a ação penal pública, deve ter-lhe também assegurado os meios para alcançar esse fim.

9. Essa concepção da doutrina dos poderes implícitos, com a devida vênia, não é correta. Primeiro, é preciso indagar se entre a investigação penal e a ação penal ocorre uma relação entre meio e fim. O meio para o exercício da ação penal consiste no aparato institucional com a habilitação, competência adequada e condições materiais para fazê-lo.

O fim (finalidade, objetivo) da investigação penal não é a ação penal, mas a apuração da autoria do delito, de suas causas, de suas circunstâncias. O resultado dessa apuração constituirá a instrução documental — o inquérito — (daí, tecnicamente, instrução penal preliminar) para fundamentar a ação penal e serve de base para a instrução penal definitiva. Segundo, poderes implícitos só existem no silêncio da Constituição, ou seja, quando ela não tenha conferido os meios expressamente em favor do titular ou em favor de outra autoridade, órgão ou instituição. Se ela outorgou expressamente a quem quer que seja o que se tem como meio para atingir o fim previsto, não há falar em poderes explícitos.[3] Como falar em poder implícito onde ele foi explicitado, expressamente estabelecido, ainda que em favor de outra instituição?

10. O exemplo do constitucionalismo brasileiro se verificou no regime da Constituição de 1891, relativamente à figura do interventor, porque ela disciplinava a intervenção federal nos Estados (art. 60), mas não previa essa entidade. Reconheceu-se, em face disso, que era legítima a nomeação de um interventor no caso de intervenção com o afastamento do governador. O Presidente da República reivindicou essa competência. Ruy Barbosa, no entanto, argumentou em contrário, pois nem a Constituição lhe dava esse direito nem lho dava nenhuma lei do País, porque esse poder cabia ao Congresso Nacional.

"Desta arte (disse Ruy), reconhecendo que a Constituição se não ocupava com a entidade do interventor, reconhecia eu ao legislador nacional o direito de, no uso da faculdade a ele conferida pelo art. 60, n. 2, criar por lei a intervenção e confiá-la a um interventor".[4]

Nesse texto temos duas lições importantes para a conclusão desse assunto. Primeiro, o poder implícito só ocorre quando Constituição não se ocupa da matéria; segundo, não cabe a determinado órgão a competência que está prevista para outro. No caso sob nossas vistas, a Constituição se ocupou do tema, conferindo a investigação na esfera penal à polícia judiciária, logo, ela não cabe a nenhum outro órgão ou instituição, nem, portanto, ao Ministério Público.

IV. O mais e o menos em direito. Investigação seletiva?

11. Outro argumento que consta em favor da competência investigatória direta do Ministério Público é a de que, sendo ele titular da ação penal pública, também há de ter o poder de investigação criminal, sob o argumento de que "quem pode o mais pode o menos. Se esse prolóquio tem algum valor no campo de direito privado, não sei, mas no campo do direito público, especialmente no direito constitucional, não tem nenhum valor. Não é uma parêmia a que se dá valor de regra interpretativa. O que é mais e o que é menos no campo da distribuição das competências constitucionais? Como se efetua essa medição, como fazer uma tal ponderação? Como quantificá-las? Não há sistema que o confirme. As compe-

tências são outorgadas expressamente aos diversos poderes, instituições e órgãos constitucionais. Nenhuma é mais, nenhuma é menos. São o que são, porque as regras de competência são regras de procedimento ou regras técnicas, havendo eventualmente regras subentendidas (não poderes implícitos) às regras enumeradas, porque submetidas a essas e, por conseguinte, pertinente ao mesmo titular. Não é o caso em exame, porque as regras enumeradas, explicitadas, sobre investigação na esfera penal, conferem esta à polícia judiciária, e são regras de eficácia plena, como costumam ser as regras técnicas.

12. Assim mesmo se pode discutir sobre o que é mais e o que é menos entre a investigação e a ação judicial penal. A investigação é um procedimento de instrução criminal (preliminar, preparatória) em busca da verdade e da formação dos meios de prová-la em juízo. A ação é um ato pelo qual se invoca a jurisdição penal. Procedimento da instrução penal preliminar, como qualquer procedimento, é uma sucessão de atos concatenados que se registram e se documentam no inquérito policial, que vai servir de base para a propositura da ação penal ou não, conforme esteja ou não configurada a prática do crime, sua autoria e demais elementos necessários à instrução penal definitiva. O resultado positivo da investigação do crime é que constituirá pressuposto da ação penal viável. Sem a investigação prévia da verdade e dos meios de prová-la em juízo é impossível a ação penal, diz bem Canuto Mendes de Almeida.[5] Pode-se estabelecer uma relação de mais e de menos entre esses elementos?

13. Demais, se o argumento do "quem pode o mais pode o menos", assim como o argumento, muito parecido, dos poderes implícitos, fossem procedentes, a coerência exigiria que o Ministério Público assumisse inteiramente a função investigativa. Mas não é isso que ele pretende, como mostra esta passagem de memorial apresentado a Ministros do Supremo Tribunal Federal:

"Frise-se que o Ministério Público não pretende substituir, indistintamente, a Polícia Judiciária na investigação das infrações penais, mas dispor de meios para obter diretamente, de modo mais célere e eficaz, em determinadas situações e quando o interesse público o exige, as provas e informações que necessita para a

formação de seu convencimento sobre a viabilidade da ação penal" (p. 24).

Esse texto é exemplar. Ele reconhece que a competência é da Polícia Judiciária. Implicitamente denuncia que o Ministério Público não tem o poder de investigação na esfera penal, senão não reivindicaria exercê-la apenas em determinadas situações. De fato, aí só se pleiteia substituir-se a Polícia Judiciária em determinadas situações e quando o interesse público o exige. Quem decide quais são essas "determinadas situações, quem decide quando o interesse público o exige"? O próprio Ministério Público a seu alvedrio? Isso só cria incertezas e confusão. Ora, toda investigação criminal é de interesse público. Este a exige em todos os casos em que um delito se manifesta. Qual o critério de seleção, o de maior repercussão na mídia? E certo que um dispositivo do Ato 98/96 do Ilustre Procurador-Geral da Justiça de São Paulo, o mesmo que subscreve o memorial apresentado aos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, pretendeu estabelecer casos em que isso pudesse ocorrer. Sobre esse dispositivo, falarei mais adiante (item 20).

V. Uma competência exclusiva

14. De passagem, já me manifestei sobre o tema, nos termos seguintes: "o art. 144, § 4º, estatui que às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária, e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Isso quer dizer que a Constituição reservou à polícia civil estadual um campo de atividade exclusiva que não pode ser invadido por norma infraconstitucional e, menos ainda, por disposições de ato administrativo. Uma delas é a realização do inquérito policial, que constitui o cerne da atividade de polícia judiciária, que não comporta o controle do Ministério Público. [...] A outra é que também à polícia civil, polícia judiciária, se reservou a função de apuração das infrações penais, o que vale dizer o poder investigatório, sendo, pois, de nítido desrespeito à Constituição normas que atribuam a órgão do Ministério Público a faculdade de promover diretamente investigações como o fez o art. 26 do ato 98/96".[6]

15. Argumenta-se que a Constituição não deferiu à Polícia Judiciária o monopólio da investigação criminal. É verdade, mas as exceções estão expressas na própria Constituição e nenhuma delas contempla o Ministério Público. O próprio § 4º do art. 144 ressalva a competência da União em contemplação da Polícia Judiciária Federal (art. 144, § 1º) e exclui da competência da Polícia Judiciária a apuração das infrações penais militares, em harmonia com o art. 124, com base no qual cabe à polícia judiciária militar, exercida por autoridades das corporações militares, a função de apuração dos crimes militares no âmbito de cada qual, por meio de inquérito policial militar.[7]

16. Outra exceção que se costuma lembrar é a do poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito, que também é expressa na Constituição (art. 58, § 3º), mas o inquérito parlamentar não é um típico inquérito criminal, porque visa a apurar fato determinado de qualquer natureza: político, administrativo, responsabilidade civil e também criminal, como se nota no final do § 3º do art. 58, tanto que suas conclusões nem sempre dispensam investigações policiais, como a experiência tem mostrado, porque, no fundo do inquérito parlamentar, se movem interesses e métodos políticos nem sempre compatíveis com uma instrução penal preliminar que, como nota Camilo Mendes de Almeida, invocando a lição dos grandes processualistas e da legislação, tem por finalidade preservar a inocência contra as acusações infundadas e o organismo judiciário contra o custo e a inutilidade em que estas redundariam.[8] É certo que as comissões parlamentares de inquérito realizam também atividade de investigação, e essa é a sua única função que ressalta do seu próprio nome, investigação não tipicamente criminal, mas também criminal, e, nesse aspecto particular, pode-se ter essa investigação como exceção ao disposto no art. 144., §§ 1º e 4º, mas exceção expressa.

17. Num texto da lavra do ilustre processualista Antônio Scarance Fernandes, transcrito na já referida peça do Ministério Público de São Paulo, menciona-se também que é muito comum a apuração indireta de crimes por meio de sindicâncias e processos administrativos. Essa idéia está conectada com a outra segundo a qual o inquérito policial é facultativo, citando-se a propósi-

to o art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal que diz que a atribuição, no *caput*, da função de polícia judiciária não exclui a de autoridade administrativa, a quem por lei seja cometida a mesma função. A questão hoje consiste em saber se uma tal lei se sustenta em face do art. 144, §§ lº e 4º, da Constituição. Será nitidamente inconstitucional, como qualquer lei ordinária ou complementar que atribua a função de polícia judiciária, vale dizer, de investigação na esfera penal, a qualquer outra autoridade, órgão ou instituição. Ora, para membros do Ministério Público, normalmente profundos conhecedores do direito, inclusive do direito constitucional, não é sequer necessário insistir nisso.

18. A tese de que o inquérito policial é facultativo não é bem correta. O que é certo é que ele é dispensável quando a *notitia criminis* consta de algum procedimento ou documentos com elementos suficientes para a propositura da ação penal. Os exemplos podem ser as conclusões de comissão parlamentar de inquérito e os procedimentos administrativos, ou, se com a representação forem oferecidos elementos que habilitem o Ministério Público a promover a ação penal (CPP, art. 39, § 5º). É nesse caso que o Dr. Scarance Fernandes disse que "*é muito comum a apuração indireta* (itálico meu) de crimes através de sindicância e processos administrativos". É indireta, porque não se trata de investigação criminal, mas de apuração de ilícito administrativo durante a qual se comprovou infrações penais.

19. O certo é que as exceções apresentadas estão consignadas na Constituição. Se existe lei que atribua a função de polícia judiciária a outro órgão ou instituição, ela contraria o disposto no art. 144, §§ 1º e 4º, da Constituição, e é inconstitucional. Em todo caso, nenhuma das exceções mencionadas, quer as consignadas na Constituição, quer as referidas em lei, beneficiam o Ministério Público. Nota-se, enfim, que nem mesmo a tese de que o inquérito é "facultativo" lhe abre a possibilidade do exercício direto do poder de investigação na esfera penal, porque só o é quando existe outro meio já constituído (procedimento, documento) que, por já conter a definição da infração, de seu autor etc., o dispensa. Veja-se bem, a sua dispensa nos casos previstos não defere ao Ministério Público o poder de investigação direta.

20. Volto à questão da investigação seletiva n. 13 *supra*, para reafirmar a competência exclusiva da polícia judiciária estadual e federal, cada qual no âmbito de sua competência, para a investigação na esfera penal comum; as exceções do inquérito policial militar e de comissões de inquérito não infirmam aquela exclusividade em relação às infrações penais comuns. Não há na Constituição nada que autorize o Ministério Público a instaurar e a presidir inquérito criminal. Ele o tem feito por via do inquérito civil previsto no inc. III do art. 129, com notório desvio de finalidade, já que o inquérito civil é peça de instrução preparatória da ação civil pública consignada a ele no mesmo dispositivo e não evidentemente de instrução criminal. Ou tem pretendido usar de procedimento administrativo próprio, como o art. 26 do Ato n. 98/96 do Procurador-Geral de Justiça de São Paulo que definiu, com desvio ainda mais sério, porque, a toda evidência, procedimento administrativo não é meio idôneo para proceder às investigações criminais diretas. O fato mesmo de se recorrer a tais expedientes demonstra, à saciedade, que o Ministério Público não recebeu da Constituição o poder para promover investigações diretas na área penal.

A propósito dessas questões, permito-me transcrever texto do meu parecer já citado antes:

Mais contundantemente inconstitucional é o disposto no art. 26 do Ato n. 98/96, quando atribui ao órgão do Ministério Público a função investigatória direta. Eis o texto:

"Art. 26. O órgão do Ministério Público poderá promover diretamente investigações, por meio de procedimento administrativo próprio a ser definido em Ato do Procurador-Geral de Justiça, ouvido o colégio de Procuradores de Justiça.

"I — se houver necessidade de providência cautelar;

"II — quando as peculiaridades do caso concreto exijam em prol da eficácia da persecução penal".

"Em essência", como lembrei naquele parecer referido, com esse dispositivo institui o Ministério Público, *sponte propria*, particular forma de inquérito, extrapolando, por certo, sua competência institucional constitucionalmente estabelecida. Acrescentei, *ipsis litteris*: "O procedimento administrativo, referido no dispositivo, é

uma contratação do inquérito civil previsto no inc. III do art. 129 da Constituição, que não pode ser transmudado em mal disfarçada forma de inquérito penal, porque tem destinação própria, qual seja, servir de peça informativa prévia à propositura da ação civil pública para os fins ali previstos.[1] A apuração das infrações penais é uma das atribuições exclusivas da policia civil, que se encontra expressamente prevista no art. 144, § 40º, da Constituição Federal. Não há como legitimamente passar essa atribuição para o Ministério Público por meio de ato administrativo ou de qualquer medida legislativa infraconstitucional, sem grave afronta a normas e princípios constitucionais. Vale dizer, pois, que o tal procedimento administrativo próprio é, na verdade, um expediente de invasão de competência, desprovido de base legal".[10]

21. O Ato Normativo n. 314-PGJ/CPJ, de 27 de junho de 2003, regulamentou o procedimento administrativo referido no citado art. 26 do Ato Normativo n. 98/1996. Sua ementa procura amparar sua legitimidade declarando que regulamenta, na área criminal, o procedimento administrativo previsto no art. 26, I, da Lei Federal n. 8.625/1993 repetido no art. 104, I, da Lei Complementar Estadual n. 734/1993. Esses dispositivos, por seu turno, regulamentam o art. 129, VI, da Constituição Federal, que inclui entre as funções institucionais do Ministério Público "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva". Nem esse dispositivo nem os daquelas leis autorizam "procedimento administrativo criminal" de que fala o art. 2º do citado Ato n. 314/2003. O art. 26, I, da Lei n. 8.625/1993 estabelece o seguinte:

"Art. 26 — No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

"1 — instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los

"a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

"b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

"c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos entidades a que se refere a alínea anterior".

Como se vê, esse dispositivo, repetido *ipsis litteris* no art. 104, I, da Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo (Lei Complementar n. 104/1993), não contém nada que autorize a instauração de procedimento de investigação criminal. Ele autoriza o Ministério Público, no exercício de suas funções, a instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, e todo o conteúdo de suas alíneas são tipicamente administrativas, ou referem-se a procedimentos tais como a sindicância administrativa, o inquérito administrativo e o processo administrativo e se destinam a apurar infrações disciplinares e eventual aplicação de sanções administrativas (Lei do Ministério Público da União, arts. 246 a 261, Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, p. 251), pois, procedimento administrativo não é procedimento idôneo para investigação na esfera penal, de sorte que, também nesse particular, o referido dispositivo extrapola as balizas constitucionais das funções institucionais do Ministério Público, até porque se são procedimentos no exercício de suas funções, e, se em suas funções não entra a investigação criminal direta, o procedimento administrativo não poderia converter-se em inquérito criminal, sob a presidência de um membro do Ministério Público como pretende o Ato n. 314/2003, que assim contraria regras e princípios constitucionais.

O art. 2º desse Ato estatui que o membro do Ministério Público, no exercício de suas funções na área criminal, poderá, de ofício ou em face de representação ou outra peça de informação, instaurar procedimento administrativo criminal quando, para a formação de seu convencimento, entender necessários maiores esclarecimentos sobre o caso ou o aprofundamento da investigação criminal produzida. Ora, se o membro do Ministério Público tem conhecimento de crime e não tem os elementos suficientes para a

propositura da ação penal competente, o que lhe compete, de acordo com a Constituição (art. 129, VIII), é requisitar a instauração do inquérito policial, não lhe cabendo promovê-lo, por si mesmo, de ofício, ou em face de representação ou outra peça de informação. Por outro lado, se necessita maiores esclarecimentos sobre o caso ou o aprofundamento da investigação criminal produzida, não pode ele substituir a autoridade competente para efetivar a investigação (a polícia judiciária). O que lhe cabe, em tal circunstância, é também, nos termos do mesmo dispositivo constitucional, "requisitar diligências investigatórias" à autoridade competente, o presidente do inquérito policial.

Claro está que, se esse chamado "procedimento administrativo criminal" (o nome é uma contradição em termos, pois, se é administrativo não é criminal, se é criminal não é administrativo), se esse procedimento se limitasse ao "aperfeiçoamento, celeridade, finalidade e indisponibilidade da ação penal" (Ato n. 314/2003, art. 2º, §1º, II), ou à "prevenção e correção de irregularidade, ilegalidade ou abuso de poder relacionado com a atividade de investigação" (art. 2º, § 1º, III) ou à "fiscalização da execução de pena e medida de segurança" (art. 2º, § 1º, V), nada haveria a objetar, porque são atribuições que estão dentro das funções do Ministério Público. O que se reputa transgressor da Constituição é pretendida investigação criminal direta, naquele Ato n. 314/2003 encarapuçada sob o manto do "aperfeiçoamento da investigação, visando à preservação ou obtenção da prova, inclusive técnica, bem como a validade da prova produzida, para fins de persecução penal" (art. 2º, § 1º, IV), mas que está definido na letra *b* do art. 26 do Ato n. 98/96 que confere aos membros do Ministério Público (de São Paulo) o poder de estabelecer procedimentos administrativos para promover diretamente investigações criminais (ou seja, "promover diretamente investigações, por meio de procedimento administrativo próprio [...] b) — quando as peculiaridades do caso concreto exijam em prol da eficácia da persecução penal"). E isso é o que tem ocorrido na prática: órgãos do Ministério Público instauram um procedimento administrativo com o fim precípuo, não de apurar ilícitos administrativos, mas de apurar ilícito criminal, convocando supostos infratores, testemunhas etc., etc. Não se trata daquele argumento, que, às vezes, se ouve de que lhe é lícito

concluir as investigações para apurar infrações penais e, sendo o caso, intentar a ação penal competente, quando ele instaura um inquérito civil ou um procedimento administrativo, e, no seu desenvolvimento, encontra indício de tais infrações. Na verdade, na prática, serve-se o Ministério Público, ou do inquérito civil ou de procedimento administrativo, diretamente, como meio de proceder a investigações na esfera criminal. Como se disse antes, isso constitui um desvio de finalidade, uma fraude à Constituição que não lhe confere tal poder.

22. Há, de fato, quem sustente que, quando o Ministério Público instaura o inquérito civil como instrução prévia da ação civil pública e, no seu curso do procedimento, descobre infrações penais, estará ele autorizado a prosseguir nas investigações criminais para apurar as infrações penais possíveis. "Autorizado" por que norma constitucional? O inquérito civil é "uma investigação administrativa prévia, presidida pelo Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública". Esse conceito é de um ilustre jurista membro do Ministério Público, Hugo Nigro Mazzilli). Em essência, é essa também a concepção do MM. Celso de Mello, emitida quando assessor do Gabinete Civil da Presidência da República. Disse ele: "O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública".[9] Se é assim, e é, não há distorcer esse importante instrumento, para transformá-lo num inquérito policial.

A ação civil pública se destina a apurar responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a outros interesses difusos e coletivos, e também à proteção do patrimônio público e social (Lei n. 7.347/1985, art. 1º, e CF, art. 129, III). Tem como objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (Lei n. 7.347/1985, art. 3º). Para tanto é que a lei e também a Constituição prevê o inquérito civil que não pode ser convertido (ou distorcido), nem direta nem indiretamente, em procedimento de apuração de infração penal. Se, no curso do

inquérito civil ou de procedimento administrativo, se deparar com possível infração penal, seu presidente tem que remeter as peças pertinentes à polícia judiciária, nos termos do art. 129, VIII, para a instauração do competente inquérito policial, pois, repita-se, membro do Ministério Público não tem legitimidade constitucional para presidir a inquérito com o objetivo direto ou indireto de apuração de infração penal, pois a apuração de infração penal, exceto as militares, é função da polícia judiciária, sob a presidência de delegado de polícia (CF, art. 144, § 4º).

VI. Resposta à consulta

23. Enfim, à vista do exposto, posso responder sinteticamente à consulta, nos seguintes termos:

Não. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público não pode realizar nem presidir investigação criminal.

É o meu parecer.

São Paulo, 29 de março de 2004.

José Afonso da Silva,
OAB/SP n. 13.417,
RG n. 1.410.813-6,
CPF n. 032 588 748-91.

Notas de fim

1. Cf. Renaud vau Ruyrnbeke, Le juge d'tnswuction, 3ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 7.

2. Cf. Bismael B. Moraes, Direito e Polícia. Uma introdução à polícia judiciária. São Paulo, Revista dos Tribunais,1986, p. 75.

3. Cf. a doutrina de Marshall e de outros constitucionalistas em Ruy Barbosa e deste mesmo. Comentários à Constituição Federal Brasileira, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1932, p. 190 e ss.

4. Cf. Princípio fundamentais do processo penal. São Paulo, RT, 1973, p. 61. Outras partes do livro são bastante instrutiva a respeito da investigação na esfera penal, do inquérito policial e de sua função.

5. Cf. José Afonso da Silva, parecer citado, p. 21.

6. Cf. José Afonso da Silva, Parecer: Controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público — Entendimento do art. 129, VII, da Constituição Federal — Conteúdo da lei complementar e seus limites constitucionais — Competências exclusivas das polícias, em Revista ADPESP, ano 17, n. 22, dezembro 1998, p. 19 e ss.

7. Cf. Código de Processo Penal Militar, arts. 7º, 8º e 9º.

8. Ob. cit., p. 17.

9. Cf. O inquérito civil, p. 54, *apud* Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior. A ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 151.

10. Cf. em Hely Lopes Meirelles. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção,"*Habeas data*". São Paulo, RT, 1989, nota 2 à p. 122. Também em Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior, *op. cit.*, p. 159 A.

CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Kiyoshi Harada [1]

Sumário: 1 – Introdução. 2 – A antiga proposta de Emenda Constitucional de n. 222-A. 3 – A Emenda Constitucional n. 139, de 19-12-2002. 4 – Renúncia tributária e alargamento do poder tributário. 5 – Exame dos dispositivos da Lei n. 13.479/2002. 6 – Conclusões.

1 – Introdução

A Lei n. 13.479, de 30 de dezembro de 2002, do município de São Paulo, no apagar das luzes do ano de 2002, juntamente com outras quatro leis exacerbatórias da carga tributária, instituiu a Contribuição para Custeio da Iluminação Pública — Cosip.

Essa contribuição social tem amparo na previsão do artigo 149-A da Constituição Federal, acrescido pela estranha Emenda de n. 139, vazada nos seguintes termos:

---

1 Advogado em São Paulo (SP), professor de Direito Financeiro, Tributário e Administrativo, especialista em Direito Tributário e em Ciência das Finanças pela Fadusp, conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp), presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos também, ex-procurador-chefe da Consultoria Jurídica da Prefeitura de São Paulo e ex-diretor da Escola Paulista de Advocacia.

"Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

"Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o *caput*, na fatura de consumo de energia elétrica".

Com amparo nessa Emenda viciada, a Municipalidade paulistana aprovou a lei de início referida, cujos termos vão adiante reproduzidos, para melhor compreensão de todos.

"Art. 1º — Fica instituída no município de São Paulo, para fins do custeio do serviço de iluminação pública, a Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública — Cosip.

"Parágrafo único — O serviço previsto no *caput* deste artigo compreende a iluminação de vias, logradouros e demais bens públicos, e a instalação, manutenção, melhoramento e expansão da rede de iluminação pública, além de outras atividades a estas correlatas.

"Art. 2º — Caberá à Secretaria de Finanças e Desenvolvimento Econômico da Prefeitura do município de São Paulo proceder ao lançamento e à fiscalização do pagamento da Contribuição.

"Art. 3º — Contribuinte é todo aquele que possua ligação de energia elétrica regular ao sistema de fornecimento de energia.

"Art. 4º — O valor da Contribuição será incluído no montante total da fatura mensal de energia elétrica emitida pela concessionária desse serviço e obedecerá à classificação abaixo:

"I — R$ 3,50 (três reais e cinqüenta centavos) para os consumidores residenciais;

"II — R$ 11,00 (onze reais) para os consumidores não-residenciais.

"Parágrafo único — O valor da Contribuição será reajustado anualmente pelo mesmo índice utilizado para o reajuste da tarifa de energia elétrica.

"Art. 5º — Ficam isentos da Contribuição os contribuintes vinculados às unidades consumidoras classificadas como 'tarifa

social de baixa renda' pelo critério da Agência Nacional de Energia Elétrica — Aneel.

"Art. 6º — A concessionária de energia elétrica é responsável pela cobrança e recolhimento da Contribuição, devendo transferir o montante arrecadado para a conta do Tesouro Municipal especialmente designada para tal fim, sob pena de responder civil e criminalmente pelo não-cumprimento do aqui disposto.

"§ 1º — A eficácia do disposto no *caput* deste artigo fica condicionada ao estabelecimento de convênio a ser firmado entre a Prefeitura Municipal e a concessionária de energia elétrica, respeitadas, no que couber, as determinações da Aneel.

"§ 2º — O convênio definido no parágrafo 1º deste artigo será celebrado no prazo máximo de 90 (noventa) dias e disporá sobre a forma e operacionalização da cobrança a que se refere o *caput*.

"Art. 7º — A concessionária deverá manter cadastro atualizado dos contribuintes que deixarem de efetuar o recolhimento da Contribuição, fornecendo os dados constantes naquele para a autoridade administrativa competente pela administração da Contribuição.

"Art. 8º — O montante arrecadado pela Contribuição será destinado a um Fundo Especial, vinculado exclusivamente ao custeio do serviço de iluminação pública, tal como definido no parágrafo único do artigo 1º desta lei, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias.

"Parágrafo único — O Poder Executivo fica obrigado a encaminhar à Câmara Municipal de São Paulo programa de gastos e investimentos e balancete anual do Fundo Especial a ser criado para custear o serviço de iluminação pública.

"Art. 9º — As despesas decorrentes da implantação desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias, suplementadas se necessário.

"Art. 10 — O Poder Executivo regulamentará a presente lei em 30 (trinta) dias.

"Art. 11 — Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".

2 – A antiga proposta de Emenda Constitucional de n. 222-A

Como resultado de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, declarando a inconstitucionalidade da taxa de iluminação pública, instituída por diversos municípios, estes patrocinaram a elaboração da Proposta de Emenda Constitucional n. 222-A para permitir a tributação dessa taxa. Mediante alterações do inciso II do art. 145 e de seu parágrafo 2º da Constituição Federal era permitida a instituição da taxa de iluminação pública, dispensados os requisitos da especificidade e da divisibilidade do serviço público, prestado ou colocado à disposição do contribuinte, bem como era abolida a proibição da identidade de sua base de cálculo com a de impostos.

Aludida proposta violentava o princípio da discriminação constitucional de impostos. De fato, exatamente por se tratarem de espécie tributária, classificáveis como tributos desvinculados de qualquer atuação específica do Estado, a Carta Política cuidou de nominar taxativamente os impostos cabentes a cada entidade política, componente da Federação Brasileira, a fim de evitar a bitributação jurídica. Realmente, esse tipo de tributo não pode ficar na base de quem instituiu em primeiro lugar, ou de quem pensou antes. Quanto aos tributos vinculados à atuação específica do Estado (taxas de serviços e de polícia, contribuições de melhoria, contribuição social), a entidade política atuante será sempre o sujeito ativo do tributo, não havendo necessidade de qualquer discriminação constitucional. Daí o sentido da discriminação constitucional de impostos. E daí, também, a proibição de a taxa ter a mesma base de cálculo do imposto; do contrário, a discriminação seria inócua, bastando mudar o nome do tributo para contornar o rígido princípio discriminador. A discriminação de rendas tributárias, de um lado outorga competência privativa ao ente político contemplado, e de outro lado retira essa competência em relação ao ente político não contemplado. Surte, pois, duplo efeito. Por isso, aquela proposta de Emenda era inconstitucional, por ferir cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, incisos I e IV da CF). De fato, de nada adiantaria a Carta Magna assegurar ao contribuinte o direito de não ser tributado por impostos municipais não nominados em seu art. 156, se outros novos impostos pudessem ser instituídos com nome

de taxa, por meio do condenável expediente de tentar *constitucionalizar* um tributo *n* vezes condenado pela Corte Suprema.

3 – A Emenda Constitucional n. 139, de 19-12-2002

Pelas razões retroapontadas, a proposta de Emenda n. 222-A foi abandonada, dando lugar à apresentação de uma outra proposta que resultou na aprovação da Emenda n. 139, de 19-12-2002, a qual acrescentou o art. 149-A à Constituição Federal, permitindo aos Municípios e ao Distrito Federal "instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III".

Repetiu-se a mesma tática utilizada na esfera federal, em se tratando de legislação ordinária, quando convolou o antigo IPMF em CPMF, para contornar a decisão da Corte Suprema, sem que tivesse mudado o fato gerador da obrigação tributária. O tributo só mudou de gênero masculino para gênero feminino, sem alteração de seu conteúdo. Lá transformou-se o imposto em contribuição. Aqui transmudou-se a taxa em contribuição, pelo toque mágico da varinha do legislador constituinte derivado.

Ora, chamar de contribuição uma exação que não o é, nem pode ser, não faz desaparecer o vício que contaminava o projeto anterior, o qual previa a instituição de taxa de iluminação, sem que houvesse serviço público específico e divisível. Contribuição social é tributo de destinação intrínseca, ou seja, tributo vinculado à atuação do Estado. Caracteriza-se pelo fato de o Estado, no desenvolvimento de determinada atividade de interesse geral, acarretar maiores despesas em prol de certas pessoas (contribuintes), que passam a usufruir de benefícios diferenciados dos demais (não contribuintes). Enfim, assenta-se a contribuição social no princípio da maior despesa estatal provocada pelo contribuinte e na particular vantagem a ele propiciada pelo Estado. (Cf. nosso Direito financeiro e tributário, Atlas, 10ª edição, 2002, p. 309). No caso de iluminação pública, pergunta-se, qual a particular vantagem propiciada aos contribuintes, se todos os munícipes são

beneficiários desse serviço público? Seria legítimo considerar a população normal como beneficiários específicos, em confronto com o contingente de pessoas cegas a quem o serviço público não estaria trazendo os mesmos benefícios?

Para caracterização da contribuição social ou da taxa de serviços, não basta a destinação específica do produto da arrecadação do tributo. É preciso que se defina o beneficiário específico desse tributo, que passará a ser o seu contribuinte. Se a comunidade inteira for a beneficiária, como no caso sob estudo, estar-se-á diante de imposto, e não de contribuição.

E aqui é oportuno esclarecer que o inciso II do art. 4º do CTN, que torna irrelevante a destinação legal do produto da arrecadação, para definição da natureza jurídica específica do tributo, deve sofrer interpretação atualizada. Na época do advento do Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172, de 25-10-66, a contribuição social não era considerada como tributo, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência. Hoje, não há mais dúvida quanto à natureza tributária da contribuição social. A Carta Política de 1988 espancou qualquer sombra de dúvida que pudesse pairar a respeito, como bem assinala a jurisprudência da Suprema Corte. A destinação legal do produto de sua arrecadação é apenas um dos traços marcantes da contribuição, que, repita-se, tem destinação intrínseca, em contraposição a impostos, que têm destinação extrínseca.

Porém, no caso sob exame, faltou o benefício diferenciado em relação à parcela da população atingida pela exação, pelo que perde a característica de contribuição, para enquadrar-se na espécie tributária desvinculada de atuação estatal, qual seja, imposto, com todas as conseqüências daí advindas.

É bastante preocupante a proliferação de Emendas da espécie, que pouco a pouco vão desarticulando e desmontando o Sistema Tributário Nacional, que pode não ser perfeito, mas foi esculpido pelo legislador constituinte originário com base em sólidos fundamentos doutrinários. A continuar assim, não será surpresa se, amanhã, aparecer uma Emenda autorizando os municípios a instituir uma contribuição destinada ao custeio das despe-

sas com o pagamento de precatórios judiciais, acumulados ao longo dos anos.

4 – Renúncia tributária e alargamento do poder tributário

Os municípios, em vez de patrocinarem Emendas da espécie, deveriam instituir o mais justo dos tributos, qual seja, a contribuição de melhoria, decorrente de implantação do serviço de iluminação pública, como permite a Constituição vigente. Outra alternativa seria aumentar os tributos de sua competência privativa, de forma clara e transparente, arcando os governantes com a responsabilidade pela desaprovação da opinião pública, pelo mau uso do dinheiro público. É preciso perder essa mania de deixar de fazer o que a Constituição permite, violando os requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal (art. 11 da Lei Complementar n. 101/2000), para fazer o que a Constituição não permite. O município que se dá ao luxo de dispensar a instituição da contribuição de melhoria pela implantação do serviço de iluminação pública, no uso de sua competência legitimamente outorgada pela Carta Política, não pode lançar mão de outros tributos não autorizados pela Constituição Federal.

Outrossim, o desperdício do dinheiro público, por falta de otimização das infra-estruturas material e pessoal, é o responsável maior por falta de recursos financeiros, pois os municípios foram contemplados pela Constituição Federal de 1988 com parcela ponderável na partilha do bolo tributário, entre tributos próprios e participação nas receitas de impostos federais e estaduais.

5 – Exame dos dispositivos da Lei n. 13.479/2002

Conforme comentários acima, o art. 1º, que instituiu a contribuição para custeio do serviço de iluminação pública, é de supina inconstitucionalidade. O seu parágrafo único deixa mais patente, ainda, essa inconstitucionalidade ao se referir a vias e logradouros públicos, que são freqüentados por toda comunidade, e não apenas pelo contribuinte que, no dizer do art. 3º, é todo aquele que possua ligação de energia elétrica regular ao sistema de fornecimento de energia. Pergunta-se, quem não possuir essa ligação,

como o morador de *flat*, por exemplo, não poderá usufruir da iluminação pública? A disposição do parágrafo único não deixa qualquer margem de dúvida quanto à verdadeira natureza desse tributo, destinado ao custeio de serviços genéricos, qual seja, imposto inominado. Destinação intrínseca da contribuição social pressupõe beneficiários específicos da atuação do Estado, únicos a figurarem no pólo passivo da obrigação tributária. Faltando destinação específica do tributo ou o beneficiário específico da atuação estatal, o tributo instituído, com nome de contribuição ou de taxa, só pode ser entendido como imposto, devendo atender a todos os pressupostos de validade e existência dessa espécie tributária. A inconstitucionalidade dessa contribuição, na verdade, imposto novo, é manifesta, pois o município não dispõe de competência residual em matéria tributária, outorgada exclusivamente à União, com as limitações do art. 154, I, da CF.

A administração desse tributo viciado coube à Secretaria de Finanças do Município, conforme prescrição do art. 2º. Na prática, caberá ao concessionário de distribuição de energia elétrica calcular o montante do tributo e cobrá-lo com o valor da tarifa de energia elétrica.

A eleição do contribuinte, pelo art. 3º, configura improbidade legislativa. O contribuinte só poderia ser aquele que se beneficia da iluminação pública, isto é, a população em geral. Todos os andarilhos noturnos, independentemente de terem ligações de energia elétrica em seu nome, deveriam figurar no pólo passivo do tributo, que se classifica como imposto inominado. E para dimensionar o aspecto quantitativo do fato gerador, em relação a cada contribuinte, teria de ser acoplado um "pedômetro" nas costas de cada andarilho, às expensas do sujeito ativo do tributo.

A contribuição a ser paga mensalmente tem o seu valor fixado em dinheiro: R$ 3,50 para os consumidores residenciais e R$ 11,00 para os consumidores não-residenciais, conforme dispõe o art. 4º da malsinada lei. A arbitrariedade legislativa parece não ter limite. Partiu-se do absurdo pressuposto de que os não-residenciais "consomem" mais iluminação pública do que os residenciais. A

disposição do parágrafo único permite reforçar o entendimento de que essa contribuição, nesse particular, passa a ter natureza de adicional da tarifa de energia elétrica. Houve uma mistura generalizada do regime tarifário com o regime tributário, deferindo o adicional compulsório (sem que o principal o seja) ao ente político local. Um mitólogo diria que se criou um leão alado, no qual o corpo seria a tarifa energética, e as asas voadoras, o adicional.

O art. 5º instituiu uma isenção condicional de natureza subjetiva.

A tarefa de lançar e cobrar o tributo é atribuída à concessionária de energia elétrica, que deverá transferir o produto de sua arrecadação ao Tesouro Municipal, nos termos do convênio a ser firmado, no prazo de 90 dias, a contar da data da aprovação da lei sob comento. É o que dispõe o art. 6º. Como contrato que é, o convênio só poderá ser celebrado após prévia autorização do Poder Legislativo.

O art. 7º estatuiu uma obrigação acessória para a concessionária de energia elétrica, no interesse da fiscalização e arrecadação da contribuição social, cuja administração coube, como antes assinalado, à Secretaria de Finanças.

O art. 8º conferiu destinação intrínseca da contribuição, própria dessa espécie tributária, ao direcionar o produto de sua arrecadação ao Fundo Especial, vinculado ao custeio do serviço de iluminação pública. Só que, como dito anteriormente, faltou o benefício específico dessa contribuição que, por essa razão, passa a ter natureza de imposto novo. Pudesse criar contribuições observando apenas a destinação específica dos recursos arrecadados, amanhã poderíamos ter contribuições para segurança pública, para transportes coletivos, para higiene e saúde, para fomento cultural, para lazer, para incrementação do turismo, para combate aos mosquitos da dengue, para manutenção de vias e logradouros públicos, para programas de desratização e de descupinização, para incentivar a pesca artesanal, para despoluição dos rios, antes navegáveis etc. E o imposto poderia ser abolido do rol de tributos.

Ora, tudo isso deve ser custeado por recursos provenientes de impostos. Há, portanto, dupla infração constitucional: primeiramente, porque instituiu imposto novo, sem outorga constitucional; em segundo lugar, porque vinculou o produto da arrecadação desse imposto novo a um Fundo, violando o princípio da vedação, previsto no art. 167, IV, da CF.

Finalmente, o art. 9º contém a clássica declaração genérica para custeio das despesas decorrentes dessa lei viciada, sem apontar a dotação específica. Essa fórmula mágica, de cumprir *pro forma* a exigência de normas de Direito Financeiro, tem possibilitado ao município gastar mais do que o seu orçamento comporta. Já virou moda, por exemplo, promover desapropriações, indiscriminadamente, "por conta das dotações próprias" gerando um número incrível de precatórios judiciais, que ficam dormitando nos escaninhos das repartições públicas, sem a menor preocupação com o direito dos credores.

Conclusões

A contribuição social, instituída pela Lei n. 13.479/2002, é de uma inconstitucionalidade solar. Ela é cobrada de apenas uma parcela da população, para custear um serviço público genérico, que beneficia a sociedade como um todo. Por isso, ofende duplamente o princípio da isonomia tributária. Primeiramente, quando cobra apenas de uma parte dos beneficiários da iluminação pública; pela vez segunda, quando discrimina os usuários de relojinhos não-residenciais, que pagam mais do que os usuários de relojinhos residenciais, como se aqueles "consumissem" mais iluminação pública do que os últimos.

Contorna e ofende o princípio da discriminação de rendas tributárias, instituindo imposto fora do elenco taxativo do art. 156 da CF.

Violenta o art. 167, IV, da CF, ao destinar o produto da arrecadação desse imposto novo a um Fundo Especial.

É o que resulta do exame crítico e sereno, exclusivamente sob o prisma jurídico-constitucional.

ATO JURÍDICO – COMPRA E VENDA

Sílvio Rodrigues*

Ato jurídico. Compra e venda de fazenda de propriedade de sociedade anônima autorizada por Assembléia-Geral Extraordinária, especialmente convocada para tal fim. Suscetibilidade de sua anulação em virtude de defeitos formais e substanciais.

Deliberação societária. Ineficácia por terem votado acionistas legalmente impedidos. Inocorrência nas espécies. Voto decisivo emanado de sociedade de que fazem parte acionistas interessados pessoalmente na aquisição de imóvel vendido pela sociedade. Aplicação da *Disregard Doctrine*.

Disregard Doctrine ou teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Colisão entre essa concepção e o art. 20 do Código Civil.

Personalidade jurídica. Razão de seu surgimento.

Defeito do ato jurídico. O erro sobre o valor da coisa vendida não é substancial. Sua semelhança com a lesão, abolida pelo legislador de 1916. Dolo, conceito.

Venda *ad corpus* e *ad mensuram*. Conceito e diferença entre uma e outra. Solução da lei quando houver dúvida a respeito.

* *Professor catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo.*

Nulidades. Distinção da natureza jurídica entre as absolutas e as relativas. Efeitos da ratificação dos atos anuláveis. A nulidade só deve ser decretada quando nítido o defeito que macule o negócio jurídico. Princípio da conservação.

1. O problema submetido a meu exame diz respeito à validade ou não de um ato jurídico de alienação de imóvel rural, feito por uma sociedade anônima de capital fechado a alguns de seus acionistas, após a aprovação do negócio por Assembléia-Geral Extraordinária, expressamente convocada para tal fim.

2. A eventual ação anulatória daquela escritura é apenas parte de um litígio maior que se esboça entre um dos acionistas de várias empresas que constituem um opulento grupo econômico familiar e os demais acionistas das mesmas empresas. Ao verificar que o acionista dissidente era o Sr. Godofredo F. A. G. e na iminência de litigar com seus irmãos e cunhado, examinei detidamente a questão para apurar se estaria eu impedido ou não de opinar, pois nos anos de 1975/1976 o escritório de advocacia do qual sou sócio majoritário patrocinou o interesse do Sr. Godofredo F. A. G., em medida cautelar de separação de corpos, por ele promovida contra sua esposa Dona Martha F. A. G.

3. Em tal processo cautelar, em que o juiz concedeu liminarmente a medida, o debate versou sobre a possibilidade ou não de se obter a decretação da separação de corpos, quando o casal já se encontra separado de fato. Ao depois se discutiu sobre a caducidade do alvará, quando o marido, que o obteve, não propôs, dentro em 30 dias de sua concessão, a ação principal. Logo após o encerramento desse incidente, o cliente pediu que a procuração fosse substabelecida na pessoa de outro profissional, no que foi atendido, sendo que o substabelecimento foi efetuado, sem reserva de poderes para o substabelecente. Em face de tais circunstâncias, tratando-se de questões inteiramente diversas, uma de Direito de Família, outra de Direito de Obrigações, o signatário do presente trabalho entendeu não haver qualquer impedimento e aceitou a honrosa missão de opinar sobre o assunto.

I – Os fatos

4. Em Assembléia-Geral Extraordinária de 30 de setembro de 1980, os acionistas da Cia. A. P. aprovaram a venda da Fazenda P., conforme havia sido proposta pela diretoria daquela empresa. A proposta da diretoria veio acompanhada de dois laudos de avaliação elaborados por reputadas empresas especialistas. Votaram pela venda acionistas representando 90,2% do capital social, tendo ficado vencido o acionista Godofredo F. A. G., titular de 9,8% do capital, que ao votar declarou que, "embora estivesse convencido da necessidade e da procedência da alienação do imóvel em tela, preferia votar contra por questões de ordem estritamente pessoal".

5. Após haver sido aprovada a alienação da Fazenda P., pelo preço de avaliação, o acionista P. A. G. apresentou proposta para aquisição daquele imóvel "em conjunto com outras pessoas", pelo preço de 327 milhões de cruzeiros, que representava a cifra da mais alta avaliação. Tal proposta foi aprovada pela Assembléia, abstendo-se de votar os impedidos e o acionista Godofredo F. A. G., "que manteve, pelos motivos já declarados, seu voto contrário à referida alienação".

6. Ao dar-me a honra de solicitar minha opinião, os ilustres causídicos que representam as várias empresas do Grupo apresentaram-me *memorandum* elaborado pelo escritório dos não menos ilustres advogados do Sr. Godofredo F. A. G., onde se encontra o elenco das reduções patrimoniais experimentadas pelo casal Godofredo F. A. G. entre 1977 e 18 de março de 1982, reduções patrimoniais apontadas como irregulares e portanto suscetíveis de ser judicialmente corrigíveis. Nesse *memorandum*, entre os atos de aparente irregularidade, causadores da diminuição patrimonial daquele casal, figura o negócio de alienação da Fazenda P., o qual seria portador dos seguintes defeitos:

a) A venda foi feita aos casais P. A. G., C. A. C. e Fabio A. G., que são acionistas da empresa, e a D. Martha R. B. Embora o voto decisivo na Assembléia-Geral Extraordinária de 30 de setembro de 1980, quer quanto à avaliação, quer quanto à alienação, fosse dado pela P. S. A., os acionistas adquirentes teriam votado em

seu próprio interesse, pois votaram favoravelmente à alienação.

b) A venda foi levada a efeito por preço vil, já que o seu valor real era no mínimo o dobro daquele que constou da avaliação.

c) A Fazenda foi vendida *ad corpus*, o que representou prejuízo para a Cia. A. P. e para os demais acionistas (obviamente para Godofredo F. A. G.), pois, sabidamente, a área era, de fato, muito maior do que aquela que consta da escritura, circunstância que os acionistas adquirentes não podiam ignorar, porquanto, como antigos arrendatários, estavam familiarizados com sua extensão.

d) O voto decisivo, na aprovação da venda e na aprovação da proposta de venda da Fazenda P. àquele grupo de pessoas, foi dado pela P. S. A., que é um instrumento da Família G. Ora, demonstrada essa vinculação, é lícito "desconsiderar a existência de pessoa jurídica para considerar a existência de pessoas físicas que, por trás da personalidade jurídica, manobram-na como instrumento para a concretização de determinadas intenções".

7. Como a maioria da matéria argüida naquele bem elaborado *memorandum* é de Direito Mercantil, especificamente de Direito Empresarial, e sobre ela foi chamado a opinar um sábio colega, este parecer se circunscreverá ao exame da validade do negócio jurídico de venda e compra da Fazenda P., retratado na escritura pública de 22 de dezembro de 1980, constante das notas do 9º Tabelião desta Comarca, Livro n. 2.267, fl. 265, registrada na matrícula n. 8.066, do Registro de Imóveis da Comarca de Andradina. Antes, entretanto, de analisar a questão da capacidade das partes, da liceidade do objeto, da forma do ato, e de outros elementos apontados como ameaçadores da eficácia do negócio, desejo focalizar o problema da legitimidade do acionista Godofredo F. A. G. para argüir qualquer nulidade.

II – Da posição do acionista dissidente

8. Segundo se vê da ata da Assembléia-Geral Extraordinária de 30 de setembro de 1980, a diretoria da Cia. A. P. propôs a venda da Fazenda P. "por ser conveniente, na atual conjuntura, o fortalecimento da situação financeira da sociedade". Segundo ainda cons-

ta da ata, a diretoria apresentou à Assembléia dois laudos de avaliação do imóvel (que figurava no imobilizado da empresa pelo valor de cerca de 37 milhões de cruzeiros), elaborados por duas firmas especializadas nesse terreno, uma das quais lhe atribuiu o valor de cerca de 327 milhões e a outra o de pouco mais de 315 milhões de cruzeiros. Posta em discussão e votação a proposta de venda e os laudos de avaliação, foi ela aprovada por maioria, só tendo votado contra o acionista Godofredo F. A. G.

9. O que há de relevante a notar é que tal acionista, em sua declaração de voto, reconheceu a "necessidade e a procedência da alienação", só tendo preferido votar contrariamente à proposta "por razões de ordem estritamente pessoal".

10. Portanto, sob o ângulo objetivo, o acionista dissidente reconheceu não apenas a conveniência, mas a necessidade de se proceder à alienação da Fazenda P. Durante a discussão era-lhe lícito discutir o laudo de avaliação para levantar a questão do preço vil atribuído ao imóvel, como também lhe era facultado impugnar a venda *ad corpus* que iria ser feita, ponderando o fato de que a área contida no perímetro descrito era maior que a constante no ato aquisitivo. Todo esse assunto poderia ser levantado e debatido na Assembléia, que, encarando a objeção, dela cuidaria de maneira adequada. Mas aquele acionista preferiu silenciar. E mais, quando se lhe abriu nova oportunidade para manifestar-se, ou seja, quando foi chamado a votar sobre a proposta do acionista Paulo A. G., que com seu grupo oferecia pela fazenda a cifra de sua mais alta avaliação, aquele acionista persistiu em silenciar sobre os motivos de sua discordância. Não alegou o preço inferior de avaliação, nem o excesso de área, apenas reiterou que sua opinião derivava dos mesmos motivos acima aludidos, ou seja, de "razões de ordem estritamente pessoal".

11. Portanto a oposição do acionista dissidente não defluiu de sua convicção de que o negócio era irregular, ou prejudicial para a sociedade. Se assim fosse, poderia tê-lo declarado ao votar, dando as razões de sua convicção. Aliás, se apenas votasse contra a proposta da diretoria, sem justificar seu voto, sua atitude seria mais incisiva e sua opinião mais veemente, do que votando como votou. De fato, parece evidente que aquele acionista dese-

jou proclamar a liceidade da proposta da diretoria, pois acentuou sua convicção de que a venda da fazenda era necessária e que só votava contra por razões de ordem subjetiva, de caráter estritamente pessoal.

12. Por conseguinte, é estranhável que agora pretenda anular o negócio de venda da fazenda baseado em fatos objetivos, tais como o preço vil e o excesso de área. E óbvio que tais razões não foram as que o levaram a votar contra a proposta da diretoria, pois estas são de caráter objetivo, enquanto as que o moveram foram de natureza subjetiva, isto é, *motivos de caráter estritamente pessoal.*

13. Entretanto, essa débil oposição levantada pelo Sr. Godofredo F. A. G. ao negócio de venda da Fazenda P. foi convertida em concordância quando aquele acionista, comparecendo à Assembléia-Geral Ordinária de 30 de março de 1981, aprovou, com seu voto, os atos da diretoria praticados no exercício anterior. Com efeito, examinando-se a ata daquela Assembléia, da qual participou o Sr. Godofredo F. A. G., e votou com os demais acionistas sem qualquer ressalva, verifica-se a presença do texto que, *data venia*, passo a transcrever:

"[...] aprovar, como de fato têm neste ato, integralmente e sem reservas, todos os atos sociais praticados pela diretoria, solidarizando-se para este fim, mútua e reciprocamente, acionistas e administradores, especialmente mas não apenas no que se refere a contas correntes junto a outras empresas, compra e venda de imóveis e bens do ativo dados em garantia para obtenção do empréstimo em outras empresas, tudo já previamente de inteiro conhecimento de todos os acionistas presentes, que, através da presente Assembléia-Geral Ordinária, vêm formalizar reiterando a sua adesão e aprovação já dadas previamente, sem reservas, não só destes, mas de todos os demais atos praticados pela Administração da Sociedade".

14. O ato do acionista dissidente, aprovando integralmente e sem reserva todos os atos praticados pela diretoria, especialmente a compra e venda de imóveis, solidarizando-se com os administradores pela prática de todos aqueles atos, converte, a meu

ver, a sua débil oposição levantada na Assembléia de 30 de setembro de 1980 em concordância plena pelos atos praticados pela diretoria e lhe tira legitimação para propugnar posteriormente por sua ineficácia, a menos que prove que sua atuação foi inspirada em um vício de vontade.

15. Com efeito, a menos que demonstrasse que sua concordância com os termos objetivos do negócio, com restrições de início (Assembléia-Geral Extraordinária de 30-9-1980), plena, ao depois (Assembléia-Geral Ordinária de 30-3-1981), foi decorrente de erro, dolo, ou coação, não vejo como pode o acionista dissidente ganhar legitimidade para argüir a anulabilidade daquele negócio jurídico. E tais vícios de vontade obviamente não estavam presentes em seu espírito, quando compareceu àquelas duas assembléias da Cia. A. P.

16. O Sr. Godofredo F. A. G. não poderia alegar *erro*, pois conhecia minuciosamente a Fazenda P., sabia de seu valor, e não só não impugnou os laudos avaliatórios como também declarou ter ciência da necessidade de ser ela vendida para fortalecer a situação financeira da empresa. Aliás, como insistiu, aquele acionista só votou contra a alienação da fazenda, em tese, e votou contra a sua alienação nos termos da proposta formulada pelo acionista Paulo A. G., "por motivos de caráter pessoal" que não foram declinados nem precisavam sê-lo.

17. Não acredito que aquele acionista venha alegar o vício de dolo, isto é, que se tenha comportado como se comportou iludido por seus irmãos que lhe houvessem ludibriado para obter sua concordância. É homem arguto demais para sucumbir a esses expedientes astuciosos; como também não creio que possa alegar ter agido sob coação e que os autores da ameaça de violência tenham sido os adquirentes da Fazenda P., que lhe teriam extorquido a manifestação de vontade. Realmente, parece-me estranhável que aquele acionista ameace, agora, promover o desfazimento do negócio jurídico acima aludido, de cujo fazimento ele participou, embora de maneira negativa, mas que, uma vez realizado, foi por ele enfaticamente aprovado. Não creio que consiga sucesso em sua temerária empresa.

III – Da aprovação de negócio jurídico por acionistas impedidos

18. Aponta-se como causa de ineficácia do negócio de venda da Fazenda P., a circunstância de haverem os acionistas, que afinal adquiriram o imóvel, votado favoravelmente à transação, quando, em virtude de seu interesse, estariam legalmente impedidos de fazê-lo.

19. O argumento é inacolhível. A questão foi debatida e decidida na Assembléia-Geral Extraordinária de 30 de setembro de 1980 em dois momentos diversos. Em primeiro lugar se discutiu a conveniência de se vender a Fazenda P. para fortalecer a situação financeira da sociedade, em face da conjuntura vigente na ocasião, pois com a venda daquele imóvel a sociedade contaria "com os recursos necessários para reduzir os custos financeiros através de substancial diminuição do seu Passivo Exigível". Nessa ocasião a diretoria deu ciência da existência dos laudos de avaliação àqueles dos presentes que ainda não os conheciam. Em seguida, passou-se à votação da proposta da diretoria de vender-se a Fazenda P., obviamente por preço não inferior ao das avaliações. Nesse momento, como é óbvio, não havia interesses pessoais em jogo, portanto estavam legitimados para votar todos os acionistas presentes. Assim, foram colhidos os votos e apurou-se que 90,2% dos acionistas votaram favoravelmente, ficando vencido o acionista dissidente Godofredo F. A. G., que representava 9,8% dos sufrágios. Este acionista, repito, justificou seu voto, afirmando que reconhecia a necessidade de se atender à solicitação da diretoria, mas preferia negar seu voto, "por razões de ordem estritamente pessoal".

20. Apura-se, assim, a improcedência do argumento, ora em debate. Todos os acionistas votaram, em tese, a proposta da diretoria, no sentido de ser conveniente a venda da Fazenda P., pelo preço de avaliação, sem cogitar de quem seriam os eventuais compradores. Todos os acionistas estavam legitimados para manifestar-se. Em seguida, foi apresentada uma proposta de aquisição formulada por um acionista que representava outros acionistas. Tal proposta foi submetida à votação e aprovada sem o sufrágio

daqueles que, em virtude de seu interesse, estavam legalmente impedidos de votar. Portanto, a Assembléia agiu de maneira incensurável, aprovando, em sua soberania, e sem qualquer irregularidade, não só a proposta da diretoria para vender-se o imóvel, como também acolhendo a proposta de um acionista para vender-se a ele e a seu grupo, nas condições previamente fixadas, a Fazenda P.

IV – Do voto decisivo da P. S. A.

21. Ainda a respeito da Assembléia de 30 de setembro de 1980, questiona-se a validade de sua deliberação sobre a venda da citada fazenda, alegando-se que, no caso, o voto decisivo foi dado pela P. S. A., e que tal sociedade anônima nada mais é do que "um instrumento da Família Goulart". Depois de procurar demonstrar os interesses interligados dos componentes da P. S. A. e de outras empresas do grupo, o *memorandum* interno apresentado pelos ilustres advogados do Sr. Godofredo F. A. G. pretende que se desconsidere "a existência de personalidade jurídica para considerar a existência de pessoas que, por trás da personalidade jurídica, manobram-na como instrumento para a concretização de determinadas intenções".

22. Essa idéia de levantar-se o manto da pessoa jurídica, para descobrir-se a atividade das pessoas físicas que a compõem, tem-se inspirado na chamada *Disregard Doctrine*, hoje freqüentemente invocada para evitar a fraude e o abuso de direito que poderiam ser disfarçados através da pessoa jurídica. Essa concepção, também conhecida como *lifting the corporate veil*, ou *disregard of legal entity*, ou *desestimación de la personalidad* jurídica, se baseia no propósito de impedir que atos, inalcançáveis pela pessoa física, sejam alcançados, com burla à lei e ao interesse de terceiros, através de recurso à personalidade jurídica (cf. R. Requião, RT, 410:2).

23. Essa teoria visa a trazer um temperamento à regra do art. 20 do Código Civil, que proclama a tese tradicional de que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros. Não que se negue a validade de tal conceito. Apenas, excepcional-

mente, quando através do manto da sociedade se pretende prejudicar terceiro, ou subtrair-se a uma obrigação existente, ou em casos paralelos igualmente maliciosos, será admissível levantar-se o manto da pessoa jurídica para perceber quem, através dela, procura um fim censurável.

24. No caso em exame o *memorandum* citado declara que a P. S. A. é um instrumento da Família G. Ainda que se admitisse como verdadeira essa tese, ela não poderia desmerecer a decisão da Assembléia-Geral Extraordinária de 30 de setembro de 1980, tomada com o voto daquela anônima, porque o procedimento foi de absoluta liceidade e o pretenso *prejudicado* não se opôs de maneira adequada à deliberação discutida e votada na ocasião, o que mostra que não achou que daí lhe resultava um prejuízo. É o que se passa a demonstrar.

25. Antes, entretanto, e abrindo um parêntesis, mister comentar ligeiramente a expressão "instrumento da Família G.", usada pelos defensores dos interesses do Sr. Godofredo F. A. G. Ora, se a expressão fosse verdadeira, a P. S. A. seria também um instrumento de defesa dos interesses do Sr. Godofredo F. A. G., que é membro da "Família G.". Aliás, essa íntima conexão entre o Sr. Godofredo F. A. G. e a P. S. A. se revela de maneira nítida, pois, segundo fui informado:

a) é ele o maior devedor da P. S. A.;

b) parte do débito de sua mãe D. Marina F. A. G. naquela companhia, segundo documentos que o provam, deriva de retirada de numerário para entrega àquele filho;

c) Godofredo F. A. G. (assim como seu irmão Fabio) aparece como avalista em vários contratos de empréstimos da P. S. A.;

d) o apartamento 701 do Edifício E. M., situado no Rio de Janeiro e utilizado por membros da Família G., o é também pelo Sr. Godofredo F. A. G. e seus filhos. Portanto, se a P. S. A. for tida como instrumento da Família G., o é também de Godofredo F. A. G.

26. Fechando o parêntesis, cumpre reconhecer que a pessoa jurídica é justamente criada para servir de instrumento ao ser humano no alcance de seus empreendimentos. A pessoa jurídica surge justamente para suprir a deficiência humana, e a lei, atribuindo

a esses seres criados pelo homem a prerrogativa de serem titulares de direito e sujeitos de obrigações na ordem civil, confere-lhes personalidade diversa da dos membros que os compõem. Não resisto à tentação de transcrever a lição dos irmãos Mazeaud, tão clara a respeito:

"Isolé, l'homme est dans l'impossibilité de mener à bien les tâches gigantesques auxquelles l'invite la vie moderne. Fonder une entreprise de quelque importance suppose, dès l'origine, la coopération des forces diverses, qui devront être groupées en vue d'un but à atteindre.

[...]

Or pour atteindre ce but l'oeuvre doit être durable. Elle doit pouvoir survivre au caprice de ses membres. Sa pérennité doit même être assurée au-delà de leur vie; une oeuvre importante serait, dès l'origine, vouée à l'échec si sa durée était subordonnée à la vie de ses membres. Il est dono nécessaire que le groupe ait une existence propre, une personnalité distincte de celle de ses membres, et susceptible de leur survivre.

L'octroi de la personnalité morale permet donc aux personnes physiques exerçant des activités diverses de se grouper, dans un but commun, en entreprises puissantes ayant des droits propres, et d'assurer la pérennité aux groupements" (Leçons de droit civil, 6. ed., Paris, 1981, v. 1, n. 591*).*

27. No caso em exame a P. S. A., sociedade anônima criada para defender o interesse de seus acionistas, com personalidade diversa da personalidade deles, através de seus representantes legais e no exercício de suas funções estatutárias, compareceu à Assembléia-Geral Extraordinária de 30 de setembro de 1980 da Cia. A. P. da qual era titular de ações correspondentes a 46,610% do capital desta anônima. Nessa Assembléia, votou favoravelmente à proposta de venda de um imóvel (cuja necessidade foi reconhecida por *todos* os acionistas) e votou pela aceitação da proposta de compra feita por um grupo, por preço resultante da avaliação elaborada por uma oganização idônea e de competência não contestada nem mesmo pelo acionista dissidente. Seu ato é de absoluta legalidade, não podendo, a meu ver, ser infirmado por aqueles

argumentos acima expostos e levantados pelos ilustres advogados do acionista dissidente. Seu ato foi ostensivo, frontal, despido de subterfúgios, o que afasta a aplicação da *disregard theory*, só admissível quando se quer desmascarar o ato sinuoso e prenhe de malícia, visante a enganar o fisco ou terceiros, ou fugir à incidência de lei cogente. Nada disso ocorreu, o que me conduz à afirmativa de ser, *data venia*, inteiramente despropositada a invocação daquela doutrina, o que, sem dar-lhe o nome, foi feito pelo *memorandum* sob censura.

28. Chego assim a uma conclusão inicial, ou seja, de que o primeiro elemento de validade dos atos jurídicos, requerido pelo art. 82 do Código Civil, estava presente, pois as partes eram capazes e estavam legitimadas para o negócio, pois obtiveram a autorização válida da Assembléia-Geral Extraordinária de 30 de setembro de 1980.

V – Da idoneidade e liceidade do objeto

29. No momento em que a Assembléia de 30 de setembro de 1980 aprovou a proposta de venda da Fazenda P., pelo preço de avaliação, aquele imóvel poderia ser vendido a quem quer que oferecesse tal preço. O objeto tornou-se idôneo para ser negociado, e, se o negócio se ultimasse dentro das condições aprovadas pelo plenário, sua liceidade seria indiscutível, pois, para a vendedora, ou seja, para a Cia. A. P., tomou-se indiferente a pessoa do comprador, uma vez que o seu interesse passou a ficar circunscrito ao recebimento do preço. Como a Assembléia aprovou a proposta formulada pelo acionista Paulo A. G., apenas com o voto contrário do acionista Godofredo F. A. G., que não se opunha às condições objetivas do negócio, mas apenas era conduzido por razões subjetivas, "de ordem estritamente pessoal", parece-me evidente que não se pode mais questionar sobre a sua liceidade.

30. O já citado *memorandum* dos ilustres advogados do acionista dissidente vislumbra a possibilidade de anular a alienação: a) por ter sido ela realizada por preço vil; e b) por haver a venda se ultimado *ad corpus*, o que envolveu prejuízo para a alienante (por conseguinte, para o acionista dissidente), pois a área entregue era maior do que a constante de escritura de aquisição pela Cia. A. P.

31. Em rigor, o *erro* sobre o valor não é causa de anulação de negócio de compra e venda e os arts. 87 e 88 do Código Civil não admitem entre os casos de erro substancial. Nesse passo, revelou-se lógico o legislador de 1916, pois era coerente com sua atitude ao haver abolido, de nossa nova legislação, o instituto da lesão. Aliás, não são poucos os escritores que assemelham o *erro* sobre valor à lesão (cf. Duranton*, Cours*, v. 1, n. 65; Baudry e Barde, *Obligations*, 3. ed., vol. 1, n. 71-3; Josserand, *Cours*, vol. 1, n. 65; Demogue, *Obligmions*, vol. 1, n. 237; Almachio Diniz, *Direito civil*; parte geral, 1916, p. 185).

32. Na realidade, esse erro surge quando alguém anui em um negócio, cuidando que o objeto da declaração vale aproximadamente o que deu em troca, e apura, ao depois, a existência de enorme disparidade entre os respectivos valores. Se a desproporção for considerável e, se tal circunstância der margem à rescisão do negócio, estar-se-á precisamente diante da idéia de lesão, na forma conceituada na Constituição de Diocleciano e Maximiliano, de 285 (Código, Liv. IV, Tít. 42, frag. 2). Ora, se se admite o erro sobre valor, como causa de anulação de negócio juridico, estar-se-á readmitindo, no Direito brasileiro, o instituto da lesão, que o legislador de 1916 quis, deliberadamente, abolir.

33. Não obstante (e já fiz tal asserção alhures — *Dos vícios do consentimento*, 2ª ed., São Paulo, n. 63), pode o juiz excepcionalmente acolher alegação em tal sentido quando for gritante a injustiça da solução contrária; aliás, naquele passo apontei julgado acolhendo a tese e um voto vencido que também a agasalhava. Mas acredito que, em todos os casos, o defeito do negócio jurídico mais se aproxima do dolo do que do erro, pois em geral o outro contratante engana o comprador sobre o preço, o induz a um negócio através do embuste e da mentira, caracterizando aquela figura do dolo tão bem configurada por Clóvis Beviláqua, quando conceitua esse vício do querer, dizendo:

"Dolo é o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato, que o prejudica, e aproveita o autor do dolo ou a terceiro" (Código Civil, obs. 1 ao art. 92).

34. Parece-me de todo inadmissível a idéia do Sr. Godofredo F. A. G. ser vítima de ludíbrio por parte de seus irmãos e cunhado,

que o teriam enganado sobre o preço da Fazenda P. Como se disse em mais de um passo, a propriedade rural foi avaliada e reavaliada; aquele acionista conhecia o imóvel e conhecia os laudos de avaliação que foram submetidos à Assembléia, teve amplas oportunidades para dele discordar, para apontar a eventual disparidade de valores ou de área. Mas aquele acionista, que assistiu a toda a Assembléia e que podia protestar com o maior alarido, tomou a atitude a mais discreta possível, votou contra a proposta da diretoria, embora declarasse reconhecer ser ela necessária para saneamento da empresa, e justificou seu voto não no fato do preço ser vil ou da área ser maior do que a da escritura, mas apenas em questões subjetivas de ordem estritamente pessoal.

35. O Direito brasileiro contempla as conseqüências da diferença entre a venda de um imóvel, conforme se faça *ad corpus* ou *ad mensuram*. A venda se diz *ad mensuram* quando a preocupação das partes foi vender e comprar determinada área de terreno. O negócio é estipulado tendo em vista uma certa dimensão, o que ocorre, por exemplo, quando um industrial compra dez mil metros quadrados de terreno para construir sua fábrica, ou um agricultor adquire "tantos" alqueires de chão para abrir uma fazenda. Nestes casos o propósito do comprador é obter aquela área determinada, necessária e suficiente para o seu negócio. E o preço foi pago tendo em vista esse fim. De modo que, se porventura o imóvel não apresenta referida extensão, frustra-se uma expectativa com que o comprador legitimamente contava. Por isso, o legislador dá-lhe ação para pedir a complementação da área, a fim de obter aquilo que comprou.

36. É possível, contudo, que não tenha o vendedor área contígua, com que completar a faltante. Neste caso a lei abre ao comprador uma alternativa. Pode ele preferir manter o negócio, resignando-se a ficar com menor área mediante abatimento de preço, ou pode impor a rescisão da compra e venda, se entender que a área menor não lhe permite alcançar o fim visado. A regra se encontra na primeira parte do art. 1.136, que transcrevo:

"Art. 1.136. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e

esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e não sendo isso possível, o de reclamar a rescisão do contrato ou abatimento proporcional do preço".

37. A venda se diz *ad corpus* quando a preocupação das partes é vender e comprar coisa certa e discriminada, na forma que existe objetivamente, sem que a circunstância de ter uma ou outra extensão constitua motivo de maior relevo na formação do consentimento. Nesses negócios entende-se que a referência à medida é meramente enunciativa, tendo por finalidade, apenas, melhor caracterizar a coisa. Por essa razão, na venda *ad corpus* não se defere, ao comprador que verificou não ter o imóvel comprado a medida constante da escritura, qualquer ação contra o vendedor. E a regra se encontra na segunda parte do art. 1.136, que, de fato, determina não caber ação ao adquirente, se o imóvel foi vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões. A recíproca é verdadeira, quando a área encontrada for a maior.

38. Nem sempre, todavia, é fácil apurar se a venda foi feita *ad corpus* ou *ad mensuram*. Havendo dúvida quanto ao fato de a venda ser *ad corpus* ou *ad mensuram* e ocorrendo desconformidade entre a medida enunciada no instrumento e a que o imóvel efetivamente apresenta, presume o parágrafo único do art. 1.136 do Código Civil que se trata de venda de coisa certa. Com efeito, dispõe a regra:

"Art. 1.136. [...]

"Parágrafo único. Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de 1/20 (um vinte avos) da extensão total enunciada".

39. Mas o parágrafo único do art. 1.136, acima citado, só tem aplicação em caso de dúvida, pois se as partes foram expressas no declarar que a venda foi de coisa certa, *ad corpus*, e não por medida de extensão, aquele dispositivo é inaplicável, ainda que a diferença, encontrada na coisa vendida, exceda de 1/20 (um vinte avos).

40. No caso em exame, nenhuma dúvida existe sobre a natureza da venda e compra efetuada, pois tanto o compromisso de

1º de outubro de 1980 como a escritura definitiva de venda e compra de 22 de dezembro do mesmo ano são expressos ao proclamar que o negócio é feito *ad corpus*. Assim, é evidente que os compradores adquiriram aquela coisa certa, representada pela Fazenda P., que foi descrita e delimitada nos laudos de avaliação aprovados pela Assembléia-Geral Extraordinária de 30 de setembro de 1980, e novamente descrita e confrontada tanto no compromisso de 1º de outubro de 1980 como na escritura definitiva de 22 de dezembro. Como também é evidente que a Cia. A. P. vendeu aquele imóvel ali descrito como coisa certa e determinada e não uma área considerada em sua extensão. Assim sendo, não havendo dúvida sobre a natureza do negócio, inescondivelmente *ad corpus*, não se aplica o art. 1.136, parágrafo único, do Código Civil, passando a questão da maior ou menor diferença de área a ser matéria de total irrelevância. Naquele contrato comutativo de venda e compra, cada qual das partes recebeu a prestação que contava receber e que, no seu conceito, equivalia à prestação que ofereceu em troca. Negócio perfeito e acabado, de absoluta licitude e legalidade.

41. Portanto, vê-se que o segundo elemento de validade do ato jurídico, ou seja, a liceidade do objeto, se encontra presente no negócio, apodado de imperfeito. Com efeito, o objeto de compra e venda era lícito, preciso e idôneo para ser legalmente negociado. A questão do preço, de ser vil ou não (e certamente não o era), como a da maior extensão da área não interferem na validade do contrato, pois as partes, capazes e maiores, assentiram em levar a cabo a transação, por um determinado preço, sobre uma determinada coisa. Todos os elementos de compra e venda, *res, pretium et consensus.*

42. Não há dúvida quanto ao requisito *forma*, nem foi apontada, a esse respeito, qualquer irregularidade. Nem podia ser, pois ela foi obedecida, visto que a compra e venda do imóvel se ultimou através de escritura pública. Portanto, nenhum dos requisitos de validade do ato jurídico, reclamados pelo art. 82 do Código Civil, foi desprezado pelas partes.

VI – Da retificação do negócio jurídico

43. Se se admitisse, *gratia argumentandi*, que os defeitos apontados gerassem a possibilidade de infirmar o negócio jurídico de compra e venda da Fazenda P., o negócio seria meramente anulável e não nulo. O que distingue, em princípio, as nulidades absolutas das relativas é o interesse que o legislador, ao editá-las, tem em vista proteger.

44. Alguns atos vêm inquinados de defeitos irremediáveis, pois lhes falta um elemento substancial para que o negócio ganhe validade. Assim, o consentimento de uma das partes, se se tratar de absolutamente incapaz; ou a desobediência à forma prescrita em lei. Nas duas hipóteses, oferecidas como exemplo, há um agravo à própria ordenação jurídica, que não pode permitir a sobrevivência de um negócio de tal modo defeituoso.

45. De fato, preceitos há que são de ordem pública, pois interessam diretamente à sociedade. São regras ligadas à organização política, social e econômica do Estado, de modo que a infringência a um preceito dessa natureza representa ofensa direta à estabilidade, senão à estrutura da comunidade. Não raro o ato tem uma finalidade que colide com a ordem pública, ou que machuca a idéia de moral social ou de bons costumes. É um interesse público que é lesado; por conseguinte, a própria sociedade reage, e reage violentamente, fulminando de nulidade o ato que a vulnerou.

46. Noutras hipóteses, o legislador tem por escopo apenas proteger determinadas pessoas, que se encontram em dadas situações, tal como o menor púbere, ou, ainda, o que consentiu inspirado num erro, induzido pelo dolo, forçado pela coação ou ludibriado pela simulação ou pela fraude. Nestes casos, não houve ofensa direta a um interesse social, mas é possível que tenha resultado prejuízo para aquela pessoa que o ordenamento jurídico quer proteger. Em tais hipóteses, o legislador permite que o interessado, se quiser, promova a anulação do ato que o prejudica. Não é a sociedade que reage contra tal ato; ela apenas concede ao prejudicado a prerrogativa de reagir, se lhe aprouver. Se, porém, ele se conformar com os efeitos do ato defeituoso, tal circunstância é indiferente à ordenação jurídica, que desde então atri-

bui validade ao ato assim ratificado. De sorte que existe uma diferença não apenas de grau, mas de natureza, entre o ato nulo e o ato anulável. Ouso ainda uma vez invocar a lição dos irmãos Mazeaud:

"Les nullités sont fondées tantôt sur des considérations d'ordre public, tantôt sur des motifs d'intérêt privé.

D'une part, le législateur veut protéger la société tout entière contre un acte dont le maintien serait susceptible de lui nuire; ainsi un contrat immoral, tel que la vente d'une maison de tolérance, est contraire à l'ordre public.

D'autre part, le législateur vient au secours des personnes dont les intérêts lui paraissent parti culièrement dignes d'intérêt, et qu'il protegera contre – elles mêmes. Lacte passé par un mineur est nul, non pas dans un intérêt social, mais afin d'assurer la protection de l'incapable contre son inexpérience. Sur ce fondement, sont frappés de nullité les actes accomplies par les incapables et ceux dans lesquels la volonté de l'une des parties a été atteinte par l'un des vices du consentement: erreur, dol, violence, et, éventuellement, lésion; également les cas dans lesquels la volonté de l'une des parties fait défaut.

C'est sur ces deux fondements que repose la distinction tradiotionelle entre les nullités absolues et les nullités relatives. En principe, les nullités absolues sanction nent la violation d'une règle d'ordre public, les nullités relatives, la violation de règles edictées pour la protection d'intérêt privés" (Leçons, cit., vol. 1, n. 350).

47. No caso em exame, o *memorandum* dos ilustres patronos do acionista dissidente é expresso ao afirmar que a alienação da Fazenda P., na forma por que foi feita, traz prejuízo considerável para os demais acionistas da Cia. A. P., como também para as próprias sociedades anônimas, porquanto, com tal venda "ruinosa", esvaziaram-se os patrimônios tanto daquela companhia como da P. S. A. Ora, são interesses privados que estão em jogo; portanto, se o negócio fosse defeituoso, o seu vício conduziria à mera anulabilidade do ato, e não à sua nulidade absoluta.

48. Ora, uma conhecida distinção quanto aos efeitos das nulidades é aquela segundo a qual a nulidade relativa convalesce

do vício, quando ratificada, e a absoluta é insuscetível de convalescimento através da ratificação. É a regra que se encontra no art. 148 do Código Civil.

49. Por conseguinte, ainda que em seu nascedouro o ato inquinado de defeituoso fosse suscetível de conduzir à anulação do negócio, por ser ele prejudicial ao acionista Godofredo F. A. G. (o que, ainda uma vez, se admite *gratia argumentandi*), tal ato teria convalescido de qualquer vício, não só por ter sido ratificado pela Assembléia-Geral Ordinária de 30 de março de 1981, como também por haver sido ratificado pelo próprio acionista que se diz lesado. Este, participando daquele conclave, apoiou, enfaticamente, os atos praticados pela diretoria no exercício de 1980, entre os quais figurava a alienação da Fazenda P., nas condições por que foi levada a cabo. Diz a ata da Assembléia-Geral Ordinária de 30 de março de 1981 que, dada sua importância, torno a transcrever:

"Em seguida, os acionistas presentes, exceção feita aos legalmente impedidos, deliberaram, por unanimidade, aprovar, como de fato aprovado têm neste ato, integralmente e sem reservas, todos os atos sociais praticados pela diretoria, solidarizando-se para este fim, mútua e reciprocamente, acionistas e administradores, especialmente mas não apenas no que se refere a contas correntes junto a outras empresas, compra e venda de imóveis e bens do ativo dados em garantia para obtenção de empréstimos em outras empresas, tudo já previamente de inteiro conhecimento de todos os acionistas presentes, que, através da presente Assembléia-Geral Ordinária, vêm formalizar reiterando a sua adesão e aprovação já dadas previamente, sem reservas, não só destes, mas de todos os demais atos praticados pela Administração da Sociedade".

50. Havendo o Sr. Godofredo F. A. G. subscrito a ata em questão, é evidente que ratificou o negócio jurídico que ora pretende anular. Nota-se que sua ratificação é veemente, pois aprovou a alienação da Fazenda P. *integralmente e sem reservas*, solidarizando-se reciprocamente com a diretoria *especialmente* no que se refere à compra e venda de bens imóveis, sendo certo que naquele momento *reiterava sua adesão, sem reservas, a todos os demais atos praticados pela administração da sociedade*.

51. Tal ratificação, enfática como é, teria por efeito não apenas liberar a diretoria de qualquer responsabilidade pelo negócio, nos termos da Lei de Sociedades por Ações, como no campo civil geraria a conseqüência de fazer com que o ato jurídico ficasse extirpado de qualquer defeito de que, porventura, fosse portador.

52. Em conclusão, estou no convencimento de que o negócio jurídico de alienação da Fazenda P., levado a efeito pela Cia. A. P., da maneira por que o foi, é ato jurídico perfeito e acabado, insuscetível de ser infirmado pelo acionista dissidente, Sr. Godofredo F. A. G. Isso porque no seu fazimento estiveram presentes todos os requisitos legais e todos os pressupostos de validade dos atos jurídicos.

53. Aliás, é hoje concepção pacífica na doutrina, e muito acolhida pela jurisprudência, a idéia de que a nulidade dos negócios jurídicos só deve ser decretada quando for manifesto, nítido, inescondível o vício que os macula. Essa é a idéia que inspira o chamado *princípio da conservação* (cf. A. Trabucchi, *Istituzioni*, 15ª ed., Padova, 1966, n. 80). O interesse da sociedade, que almeja garantir a segurança de relações jurídicas e dar eficácia à manifestação válida da vontade dos contratantes, impõe o mister de preservar a eficácia do ato jurídico, a menos que fique absolutamente comprovada a existência de um defeito, que inexoravelmente mine sua estrutura. No caso em exame estou persuadido de que o negócio acusado de defeituoso processou-se de forma incensurável e que portanto prevalecerá invulnerável.

Aditamento ao parecer de 14 de abril de 1982

1. Após haver entregue à consulente o parecer por ela solicitado, o ilustre advogado que lhe patrocina os interesses formula um quesito suplementar em que indaga se pode o sr. inventariante dativo, na defesa dos interesses que representa, promover a anulação do negócio de alienação da Fazenda P.

2. Ao ser apresentado tal quesito fui informado de que no desquite do casal Godofredo F. A. G., os desquitandos se valeram de permissão contida no parágrafo único do art. 1.122 do Código de Processo Civil, deixando a partilha para ser feita após a separa-

ção consensual. No processo de inventário que se seguiu e em virtude da animosidade entre os cônjuges, foi nomeado inventariante dativo, que tomou posse após 31 de março de 1981, ou seja, após a realização da Assembléia-Geral Ordinária daquela data.

3. Examinando o problema e após reler meu trabalho chego à persuasão de ser negativa a resposta ao quesito suplementar. Porque o ato jurídico em apreço já se aperfeiçoara e passara a surtir todos seus efeitos, antes da investidura do Sr. inventariante dativo em seu cargo.

4. Com efeito, o ato jurídico é ato de vontade que por emanar de pessoa capaz, ter objeto lícito e obedecer à forma prescrita em lei produz todos os efeitos almejados pelas partes. O ordenamento jurídico confere ao indivíduo capaz a prerrogativa de criar, por intermédio de sua vontade, relações a que o Direito empresta validade, uma vez que se conformem com a ordem social.

5. No caso em exame o negócio jurídico de alienação da Fazenda P. foi precedido de todos os requisitos necessários a sua eficácia. A proposta de alienação, bem como o valor mínimo pelo qual o imóvel devia ser vendido, foi aprovada pela maioria esmagadora dos acionistas. A seguir, a proposta de compra pelo grupo liderado pelo acionista Paulo A. G., pelo preço de sua mais alta avaliação, foi aprovada pela maioria dos acionistas, abstendo-se de votar os legalmente impedidos. Tendo em vista a deliberação da Assembléia dos acionistas, o negócio foi formalizado através da manifestação concordante das vontades do vendedor e dos compradores, externada através da escritura pública. Nesse momento a compra e venda se aperfeiçoou de maneira definitiva e surtiu todos os efeitos jurídicos dela derivados. Como se não bastasse, o negócio foi ratificado pela Assembléia-Geral Ordinária de 30 de março de 1981, que, por unanimidade, aprovou todos os atos da diretoria, portanto a alienação da Fazenda P.

6. A circunstância de após o aperfeiçoamento do ato jurídico ter havido a nomeação de um inventariante dativo no processo de inventário ou partilha dos bens do casal Godofredo F. A. G. não acrescenta nem subtrai nada no respeitante à eficácia do negócio de alienação. Ou ele já era anulável, por ser portador de defeitos objetivos, ou então já se tornara perfeito e acabado, no momento

em que foi formalizado. Como demonstrei, com bastante minúcia, em meu parecer, que o negócio não traz em seu bojo nenhum defeito capaz de infirmá-lo, acredito que o inventariante não tentará desfazê-lo, e, se o fizer, acredito que a temerária ação, por ele eventualmente ajuizada, será julgada improcedente.

HISTÓRIA JURÍDICA

SOBRE A NÃO-RETROATIVIDADE DAS LEIS

M. A. Coelho da Rocha*

Como se entende a não-retroatividade das leis

O princípio da não-retroatividade das leis acha-se consignado nas Constituições modernas, como garantia política, e encontra-se estabelecido como regra de grande importância para os juízes, não só nos Códigos modernos, mas já no direito romano na L. 7, *Cód. de legib.*, assim como na legislação pátria no Assento de 23 de novembro de 1769, n. 263, e no Alvará de 27 de abril de 1802, § 4.

Este princípio à primeira vista parece mui simples; parece reduzir-se a isto — *que para regra de um fato se deve tomar a lei vigente ao tempo em que ele foi praticado*, porém na prática encontra muitas dificuldades. Os fatos da vida civil produzem sempre conseqüências, umas imediatas, outras remotas; ora quando entre o ato, e o seu efeito remoto, muda a legislação, por qual das leis se deve regular esse efeito: pela lei antiga, ou pela nova? Eis aqui a questão.

* Texto retirado de sua obra Instituições de Direito Civil, tomo I, 1984, Ed. Saraiva.

Considerada em diferentes relações

Não é fácil reduzir a regras gerais as maneiras por que os jurisconsultos resolvem as diferentes espécies que a cada passo ocorrem a este respeito. Podem para este fim ver-se Merlim, *Répertoire,* verbete *Effet rétroactif*, e *Revue de Droit Français et Étranger*, jan./fev. 1845. Seguiremos a Mr. Delvincourt, *Cours de Cod. Civ*., t. 1, n. 2, p. (*mihi*) 7, o qual considera esta questão nas seguintes relações: em quanto aos delitos, em quanto às convenções, em quanto ao estado das pessoas, em quanto à disposição dos bens, e em quanto à forma dos atos.

Em quanto aos delitos

Em quanto aos delitos, a regra é que deve aplicar-se-lhes a pena da lei do tempo em que foram cometidos; porém, se a pena da nova lei é menos dura, costuma por eqüidade aplicar-se esta. Desnecessário parece recordar que nenhum fato indiferente pode ser reputado delito, nem ainda contravenção, se foi praticado antes da lei que declarou tais os fatos daquela natureza.

Em quanto às convenções

A prova e os direitos, que são efeito imediato da convenção, regulam-se pela lei anterior, porém os efeitos remotos, que dependem ainda de algum fato posterior ao contrato, regulam-se pela nova. Exemplo: feita uma doação *inter vivos* com as devidas solenidades, mas ainda não entregues os bens, chega pouco depois uma lei, que determina outras formalidades; pode, não obstante isso, o doado pedir a entrega em virtude daquela doação, porque é o seu efeito imediato; não assim, se foi feita debaixo de certa condição, e, antes de esta se realizar, a lei declarou que em tais atos se não admitem condições. Outro: o Código Comercial elevou a 6% os juros em comércio, que antes supomos que fossem a 5; entende o citado Delvincourt que o credor pode pedir os juros de 6 desde a data do contrato, porque não provém deste, mas do fato do não-pagamento. O mesmo deveremos aplicar vice-versa, se a lei antiga os permitia, mas a nova os proibiu. Porém, se as partes o preveniram, deve observar-se o ajuste. Daqui se pode conhecer

quanto é injusto o Decreto, entre nós publicado, que obriga os credores a receber em notas, que correm com o desconto de 30 ou 40%, os seus créditos anteriores, quando continham a declaração de *prata*, ou *metal.*

Em quanto às prescrições

Quando por uma lei foi estabelecida uma prescrição nova, ou tornada mais breve a que antes era mais dilatada, não corre o lapso da prescrição senão depois da publicação da lei. Suponhamos que em 5 de dezembro de 1845 se determinou, por uma lei, que as dívidas de rendas de casas prescrevam por cinco anos, e que em igual dia de 1847 se demandava um devedor pela renda do S. Miguel de 1842: não pode este recorrer a prescrição. É por este princípio que se regulou o Decreto de 4 de abril de 1832, art. 20, quando estabeleceu a prescrição de quarenta anos para os bens vinculados, a contar somente desde a sua data. Fácil é entender que, se a prescrição antiga foi mais dilatada pela lei nova, se conta o tempo anterior, porque correu em virtude da lei desse tempo.

Em quanto à capacidade das pessoas

A capacidade, ou estado das pessoas, regula-se pela lei nova, a qual pode fazer que um indivíduo, que antes era capaz de certos atos, se torne incapaz, ou vice-versa, salva a validade dos atos consumados. Exemplo: as nossas leis permitem o casamento aos varões de quatorze anos; suponhamos que se publica uma lei que o não permite antes dos dezesseis: os que antes desta lei tinham completado aquela idade dos quatorze, nem por isso podem casar, mas os casamentos feitos antes da lei são válidos. Da mesma maneira o empregado, a quem pela lei competia certo acesso, se, antes de o ter obtido, a lei nova dispôs de outra forma, não tem que argüi-la de retroativa. Suponhamos uma carta de perfilhação antiga com a cláusula de poder suceder em vínculos: entendemos que hoje não poderá ser executada.

Em quanto à disposição dos bens

Os atos, que contêm disposição de bens, que ficam logo perfeitos, não sofrem alteração pela nova lei, como as doações

inter vivos, mas aqueles cuja execução depende de acontecimento posterior podem ser alterados. Assim as doações *causa mortis* e os testamentos devem regular-se pela lei vigente ao tempo da morte do testador, que é o da sua execução. Neste sentido foram redigidos o Assento de 5 de dezembro de 1770, n. 274, sobre testamentos, e o de 9 de abril de 1772, n. 279, sobre sucessão de vínculos, ainda que no de 29 de março de 1770 se declarem nulos os testamentos em que se instituía a alma por herdeira, ainda depois da morte do testador, se os bens não estavam entregues, e no outro de 20 de dezembro do mesmo ano se entendesse que se não deviam cumprir as anexações das terças aos morgados, proibidas pela Lei de 3 de agosto de 1770, ainda que os administradores tivessem já então morrido.

Em quanto à forma das atos

A lei nova não pode privar o ato, feito com as solenidades requeridas ao tempo da sua confecção, do caráter de perfeição que ele tinha adquirido, com o fundamento de se exigirem agora outras formalidades.

SOBRE O SUBSÍDIO DOS CÓDIGOS MODERNOS NA NOSSA JURISPRUDÊNCIA

Providências da Ordenação Manuelina sobre os casos omissos

Pela Ordenação Manuelina, Liv. 2, Tít. 5, o direito romano, e o canônico, eram autorizados para suprir os casos omissos nas leis e nos *costumes pátrios*, a saber: o romano para os casos que não contivessem pecado, e o canônico para os outros. Se o caso não aparecia decidido nos textos destas duas legislações, ou a inteligência era disputada, devia o juiz recorrer *às Glosas*, preferindo a opinião de Acúrsio, e na falta desta a de Bártolo. Por esta gradação o juiz tinha sempre à mão o texto ou lei positiva, e raro seria o caso em que ele pudesse substituir-lhe o árbitro. Os subsídios da *Glosa*, fossem ou não seguros, eram os únicos que o legislador podia indicar, porque então ainda não havia outros comentários às leis romanas, ou *imperiais*.

Renovadas na Ordenação Filipina, Liv. 5, Tít. 64

Pelo decurso do século XVI, Cujácio e outros comentadores da sua escola, aplicando na interpretação das leis romanas a crítica, e o recurso do conhecimento das antigüidades, patentearam os absurdos e erros grosseiros dos glossadores em muitos lugares. Por esta maneira decaiu o crédito de Acúrsio e de Bártolo, para o que deviam também concorrer não pouco os escritos dos nossos distintos jurisconsultos do mesmo século, discípulos, ou ao menos imitadores dos cujacianos. Mas apesar disto na Ordenação Filipina, Liv. 3, Tít. 64, publicada nos princípios do século XVII, apareceu ainda textualmente transcrita a providência da Manuelina, com a única diferença para pior, que na Manuelina ressalvavam-se os erros da *Glosa* nas palavras: *salvo se a comum opinião dos doutores, que depois escreveram*, *for contrária*, e na Filipina, omitindo aquelas palavras, autorizava-se tal qual era na sua origem.

Fatal conseqüência desta medida

Quando as disposições das leis vão de encontro às idéias da época, quando querem dar autoridade a coisas que a não merecem, o resultado é não se executarem, e pôr tudo em desordem. Eis aqui o que aconteceu com a renovação daquela providência antiga. Desde então os juízes e os jurisconsultos ficaram envolvidos em um labirinto. Além das dificuldades que já encontravam para decidir se o caso omisso pertencia aos *costumes*, se ao direito *romano*, se ao *canônico*, acrescia agora o embaraço entre a autoridade *legal* de Acúrsio e de Bártolo, e a *moral* ou *jurídica* dos cujacianos. E, não podendo decidir-se, acabaram por abandonar a indagação e exame da lei, e cometer a decisão do caso aos votos dos doutores, isto é, de todos aqueles que escreviam sobre direito ou moral, atendendo não às suas razões, mas ao número. A balança da justiça cedia a favor daquele que apresentava maior coluna de autoridades, a qual então se honrava com o nome de *opinião comum*. Foi este o método dos nossos escritores de direito do século XVII até Pegas e Guerreiro, e os outros posteriores. Não havia no foro injustiça que se não defendesse com a autoridade dos doutores, assim como em moral não havia erro que se não desculpasse com uma série de casuístas.

Reforma estabelecida na Lei de 18 de agosto de 1769

Desde o século XVII todas as ciências se tinham emancipado do jugo da autoridade; a filosofia e a razão eram os seus únicos guias, e, invocando estas divindades tutelares, faziam progressos espantosos. Na jurisprudência especialmente Grócio, e depois Puffendorf elevaram o direito natural a ciência, que foi logo seguida de grande séquito, e acompanhada de cursos políticos na maior parte das academias. As legislações positivas, até mesmo a romana, apesar do respeito que geralmente se lhe consagrava, não pôde escapar a ser aferida pela nova ciência, e por este contraste sofreu grande quebra na sua autoridade. Foi neste movimento da inteligência que o Marquês de Pombal tentou reformar tudo entre nós, sem excetuar a legislação e a jurisprudência. Prevenido contra o direito romano, e fascinado pelo aplauso do direito natural, que talvez em algum momento imaginou capaz de dispensar as leis positivas, na Lei de 18 de agosto de 1769, § 9, privou os textos do direito romano de toda autoridade externa na nossa jurisprudência, permitindo unicamente invocá-los nos casos omissos, quando as suas disposições *fossem conformes à boa razão, isto é, ao direito divino, natural e das gentes*, à exceção das matérias econômicas, mercantis e marítimas, nas quais declara exclusivamente subsidiárias as leis das nações modernas. Mas deixando a todos a liberdade de julgar da boa razão das leis romanas, os juízes, para decidirem na maior parte dos negócios da vida civil, ficaram desligados de lei positiva, abandonados aos princípios gerais do direito natural, de que o legislador mesmo não tinha podido dar idéia exata, e por conseguinte precipitados na arbitrariedade.

Os Estatutos da Universidade mandam consultar o uso moderno das nações

Ainda não eram passados três anos, já os sábios redatores dos Estatutos da Universidade de 1772, no Liv. 2, Tít. 5, caps. 2 e 3, lamentavam esta fatal conseqüência: proclamavam a necessidade de fixar antes para a administração da justiça uma norma positiva, ainda que menos exata, do que deixá-la abandonada ao indefinido da razão. Inculcando sempre a autoridade das leis romanas, para coarctar o arbítrio do juiz na seleção das que eram

conformes à boa razão, prescreveram-lhe como regra que examinasse o *uso moderno* que delas faziam as nações civilizadas, consultando as obras dos seus jurisconsultos a esse respeito. E na verdade ao mesmo tempo que Montesquieu e outros à luz da razão depuravam as leis antigas, e abriam um novo caminho para a reforma da legislação, eminentes intérpretes segregavam, na infinita coleção do corpo do direito civil, os fragmentos, e textos antiquados, daqueles que ainda eram aplicáveis nas suas respectivas nações, reunindo estes em tratados especiais, ou observações, com o título de *uso moderno*. Por este método escreveram Strickio, Thomasio, Boehmero, Struvio, Hubero, Voet, Heineccius, e ultimamente Pothier, a cada passo citados pelos nossos escritores.

Códigos modernos

As reformas parciais, que se publicavam na legislação de todas as nações, e esta separação, que faziam os jurisconsultos, das leis romanas, mostrava a necessidade, e ao mesmo tempo era o prelúdio dos novos Códigos. Foi na Alemanha, o país clássico da jurisprudência, que se fizeram as primeiras tentativas dos Códigos Civis, de que especialmente nos limitamos a falar. Pelo meado do século VIII foi publicado o Código da Baviera, e ao mesmo tempo na Prússia por ordem de Frederico, o Grande, trabalhava o célebre Cocceu em outro, cuja primeira parte, que não contém mais do que uma paráfrase do uso moderno do direito romano, foi publicada com o nome de Código Frederico, hoje ab-rogada. Por morte de Cocceu suspendeu-se este trabalho, até que, depois de muitos ensaios, em 1791 foi finalmente mandado executar o Código Geral dos Estados da Prússia.

Este Código obteve um aplauso imenso, assim pela abundância das doutrinas como pelo método, e pela redação concisa e terminante dos artigos, inteiramente despida das aparências da legislação romana, ainda quando dela são extraídas as disposições. Foi mandado traduzir em francês para uso da comissão encarregada do novo Código.

Seguiu-se depois nos princípios do século atual o Código Civil francês, ou Código Napoleão, promulgado em 1804, que tem servido de modelo aos outros posteriores das nações do meio-dia

da Europa e da América, a saber, dos diferentes cantões da Suíça, das Duas Sicílias e da Sardenha, publicado ainda em 1838, que se não deve confundir com outro antigo citado por Lobão. Na Áustria depois de diferentes ensaios publicou-se também um novo em 1810, e outro na Holanda em 1838.

Caracteres destes Códigos

Deixando de parte as infinitas variações, em que todos ou combinam, ou diferem uns dos outros, e atendendo unicamente aos elementos mais pronunciados, podemos reduzi-los a dois caracteres, ou tipos: o caráter alemão, e o caráter francês. Os alemães, entre os quais se pode contar o da Holanda ainda consideram os atos do estado civil, principalmente o matrimônio, nas suas relações eclesiásticas; contêm o artigo dos esponsais, e nas doutrinas sobre as coisas afastaram-se menos do direito romano: conservam as mesmas definições, as mesmas divisões gerais, e os mesmos princípios sobre servidões, sobre prescrições, e sobre contratos. No francês, filho da revolução, não se encontra nem a mais leve alusão à intervenção eclesiástica; este Código não cogitou dos esponsais; empregou um esquecimento afetado das formas e sistema da legislação romana; proscreveu a prescrição nos bens móveis, e atribuiu imediatamente aos contratos o efeito da transferência do domínio, que por direito romano resultava da tradição. Os Códigos das Duas Sicílias e da Sardenha seguiram o modelo francês, ainda que dele se separaram em quanto às relações eclesiásticas.

Porém a mais importante nota distintiva entre os dois tipos é o sistema do *registro*. Na Alemanha a transferência da propriedade, ou aquisição de qualquer direito real sobre bens de raiz, não se efetua senão pela inscrição no registo público. Na França e nas nações do meio-dia somente está introduzido o registo nas hipotecas. Os franceses não desconhecem a vantagem do sistema alemão, mas encontram ainda grandes dificuldades para o adotar.

Prática dos nossos escritores de jurisprudência

A regra estabelecida pelos Estatutos para a seleção das leis romanas foi imediatamente seguida pelo sábio Mello Freire, o nos-

so jurisconsulto que primeiro escreveu depois daquela época, o qual na sua obra de direito pátrio a cada passo autoriza as suas opiniões com as doutrinas dos escritores do uso moderno — Boehmero, Strickio, Thomasio, e outros. Seguiu-se Lobão, o qual, invocando muitas vezes autoridades sem crítica, a cada passo contudo recorre às leis modernas das nações, e foi o primeiro que citou os Códigos, porque ainda então começavam a ser conhecidos: nas suas últimas obras encontra-se já mencionado o Código Civil francês. O Código da Prússia aparece pela primeira vez citado no *Tratado dos Testamentos* de Gouvêa Pinto. Finalmente o distinto jurisconsulto, o Sr. Corrêa Telles, na redação do *Digesto Português* teve sempre diante de si o Código Civil francês e o da Prússia, abertos ao lado dos volumes do corpo de direito romano. Na verdade, se pelos Estatutos era permitido averiguar o uso moderno das nações nos escritos dos seus jurisconsultos, por maioria de razão deve ser procurado nas suas leis.

Uso que fizemos dos Códigos

Fundados pois nos Estatutos, que são lei, como todos sabem, e na prática dos nossos escritores, enumeramos entre os subsídios da nossa jurisprudência civil as leis ou Códigos das nações modernas. Sendo elas o contraste legal para se julgar do uso das leis romanas, não sabemos decidir se aquelas, se estas, têm maior autoridade entre nós; limitamo-nos aqui somente a expor o nosso sistema, e o uso que delas fazemos nesta obra.

Um tratado de jurisprudência entre nós é um composto de muitos e variados elementos, para o qual as leis pátrias hoje por desgraça ministram o menor contingente; todos os mais são subsídios. A dificuldade de obter os elementos, que se nota no todo do quadro, encontra-se depois na dedução de cada um dos artigos. Em toda parte o primeiro subsídio deve ser o dos escritos dos nossos praxistas, porque neles se acham indicados os estilos, a prática de julgar, ou direito consuetudinário, e até nos modernos o uso atual do direito romano. E ainda que na sua seleção se deva marchar com muita cautela, porque muitos escreveram sem crítica, outros são contraditórios, e as opiniões de alguns estão em parte revogadas, ou em desarmonia com as reformas posterio-

res, contudo em certos artigos são eles o único recurso, como no da comunicação dos bens entre os cônjuges, nos morgados, na enfiteuse, e nos mais que têm por fonte os antigos costumes, ou leis da Meia Idade. Os outros subsídios não podem aqui ser chamados senão por analogia.

Alguns artigos têm já por fontes subsidiárias os Códigos modernos. Assim o artigo das tutelas na Reforma, e o dos princípios gerais sobre contratos no Código Comercial são tirados diretamente do Civil francês, e nós fomos extratar do da Prússia as doutrinas *sobre obrigações, que resultam dos atos ilícitos, sobre esponsais, sobre testamentos de mão comum, e sobre as obrigações dos criados*, e outras muitas, cujos elementos achamos introduzidos entre nós pelas leis, ou pelos praxistas, talvez pela freqüente leitura dos jurisconsultos alemães.

Finalmente grande número de artigos apresentam ainda a sua origem romana, uns patente e bem conservada, como *o das obrigações, sua extinção e provas, das diferentes espécies de contratos, dotes, modos de adquirir, prescrições,* etc.; outros já mui desfigurada, como o artigo do *pátrio poder*, e o *dos testamentos.* Em todos estes é que nos pareceu indispensável usar da faculdade dos Estatutos, colocando os Códigos ao lado do *Digesto*. Todos sabem quanto na jurisprudência romana é difícil e arriscado deduzir da decisão especial de um fragmento a ilação geral necessária para a coordenar pelo método sintético, assim como decidir entre os diferentes sentidos que os intérpretes dão a alguns textos. Ora nós não temos o desvanecimento de nos julgar hoje capazes de ser juízes entre Acúrsio e Cujácio, ou entre Vinnio e Heineccius; nestas dificuldades decidimo-nos pela opinião, ou antes pela fórmula enunciada em um Código, o qual, além da autoridade dos seus redatores, tem em seu abono o assenso de uma nação civilizada. Não queremos encobrir que muitas vezes vamos encontrar entre um Código e outro Código estas mesmas diversidades de opiniões, e então (é necessário confessá-lo), como não temos regra, decidimo-nos por aquela disposição que nos parece mais análoga ao nosso sistema de legislação, aos nossos costumes e estilos, e talvez a alguma autoridade que nos deva melhor conceito.

Não temos podido obter, além do Civil francês, senão o da Prússia, o da Áustria e o da Sardenha vertidos em francês; em quanto aos outros, que algumas vezes citamos, servimo-nos da *Concordance* entre *les codes civils* por Mr. Antoine de Saint Joseph.

SOBRE A MORTE CIVIL

A morte civil reconhecida pelas nossas leis

Os direitos das pessoas acabarão pela morte civil? A Ordenação, Liv. 4, Tít. 81, § 6, expressamente declara que os condenados à morte ficam *servos da pena*, e portanto *privados de todos os direitos*, isto é, mortos civilmente, com a qual concorda a outra do Liv. 2, Tít. 26, § 28. Porém Mello (Liv. 2, Tít. 1, § 11), levado da sua filantropia e ódio à servidão, julga aquela Ordenação antiquada e inexeqüível, exceto no caso de ter sido na sentença expressamente declarado que o réu fique privado de todos os direitos, ou morto civilmente. Apesar de tão respeitável autoridade nós não achamos inconveniente em sustentar a disposição genérica da Ordenação, não só por ser terminante e expressa, mas porque achamos ainda indicada a morte civil no art. 818 do novíssimo Código Comercial. Ela é também admitida na legislação francesa — Código Civil, arts. 22 e 23. Pode na prática dar ocasião a importantes discussões, principalmente no caso de se não executar a sentença de morte, por fugir, ou ser ausente o réu, ou demorar-se por qualquer causa, e o réu nesse intervalo adquirir alguns direitos, porque na verdade fora destes casos de certo não tem lugar, a não ter sido declarada na sentença.

Sua justificação

Não ignoramos que este efeito, a *tapitis minutio maxima*, imposto pelas antigas leis romanas ao condenado à morte em virtude da sentença, foi abolido por Valentiniano na L. 8, *Cod. Theod. de poenis*, e por Justiniano na Nov. 22, cap. 8. Sabemos igualmente que a morte civil tem sido excluída em muitos dos Códigos modernos, e temos lido as censuras por esta causa feitas ao civil francês. Mas, apesar disto, não a achamos tão absurda que se não possa justificar. A morte Civil não priva o condenado dos

símplices direitos da humanidade, somente o priva dos civis, isto é, de poder implorar a proteção das leis sociais para obter o cumprimento dos primeiros: fica abandonado à moral dos outros homens. Na verdade quem se não quer sujeitar aos deveres impostos pelas leis sociais, e com seus crimes perturba a boa ordem da sociedade, com que fundamento se há de queixar, se o privaram das vantagens que lhe eram prometidas pelas leis que ele ofende? A morte civil tem na sociedade os mesmos efeitos, e sua analogia com a excomunhão da sociedade religiosa.

Termos em que deve entender-se

Quando justificamos esta disposição, não queremos defendê-la senão nos termos razoáveis, e portanto não defendemos o efeito da dissolução do matrimônio, que o direito francês lhe atribui, e que os franceses mesmos reconhecem imoral e inexeqüível, não só por atacar o vínculo religioso, mas por lançar a nota de impureza sobre o amor dos esposos, e a da ilegitimidade sobre os seus frutos, se eles se não quisessem separar, fatos que todas as leis, ainda em épocas de barbaridade, têm sempre respeitado. V. a nota ao § 237.

Da profissão religiosa

A profissão dos votos nas ordens monásticas importa também uma espécie de morte civil, porque os religiosos reputam-se como mortos para o mundo; cortam-se todas as relações que os ligavam às suas famílias; não sucedem *ab intestato*, nem *ex testamento*, e apenas podem receber tenças vitalícias a título de alimentos — Leis de 9 de setembro de 1769, § 10, e de 7 de julho de 1778. Hoje, que estão extintas entre nós as casas das ordens religiosas, estas disposições somente podem ter lugar a respeito das freiras, cujos conventos ainda existem. Os egressos das extintas ordens foram restituídos a todos os direitos civis, exceto o de sucederem *ab intestato* aos seus parentes, ou virem prejudicar as legítimas destes — Lei de 30 de abril de 1835.

SOBRE O ERRO DE DIREITO

Quando tem lugar a alegação do erro

Se um ato jurídico qualquer é reprovado pelas leis, ou lhe falta alguma solenidade essencial, pode anular-se por esse fundamento, sem necessidade de recorrer à ignorância ou erro. Tem porém lugar esta questão, quando o erro entrou como motivo do consentimento, ou, o que vale o mesmo, quando se errou na causa da obrigação, e aqui é que tem lugar a distinção entre *erro de fato e erro de direito*.

Disposições de direito romano

Por direito romano o *erro de fato*, em regra, pode ser implorado não só por via de restituição para se anular a obrigação, mas até para repetir o que em execução dela se tinha dado. Pelo *erro de direito* porém não compete este favor, senão aos menores, soldados, mulheres, rústicos, e pessoas ignorantes, que não podem facilmente consultar letrados. Em quanto mesmo às outras pessoas, faz-se ainda a distinção entre os casos em que se trata de *damno vitando*, e os outros em que se trata de *lucro quaerendo* — L. 7 e 8, D. de *jur. et fact. ignor*. Nos primeiros entendem os intérpretes que se pode recorrer ao erro ou ignorância; nos segundos que não. Exemplo: reparti a herança de um primo meu com os filhos de outro, por ignorar que a lei me deferia a mim só a sucessão, e que neste caso excluía a representação; trata-se de *damno vitando*; posso implorar o erro, e repetir o que dei. *Vice-versa*, fiz contas com o meu devedor, e deixei de contar os juros, por não saber que a lei os permitia naquela dívida; trata-se de *lucro quaerendo*; não posso implorar o erro para reclamar as contas.

Opiniões dos nossos praxistas

As nossas leis são inteiramente omissas neste assunto, mas os praxistas antigos, fundados na Ordenação, Liv. 1, Tít. 99, *in fin.*, adotaram a doutrina do direito romano, não obstante a dificuldade de a aplicar na prática — Repertório da *Ordenação,* verbete *Ignorância se não pode*. Porém os modernos Mello (Liv. 4, Tít. 4, § 10) e Lobão (*Seg. linh.*, n. 435) rejeitam-na, admitindo indistintamente

a escusa assim do erro de fato, como do de direito, em todos os casos, e até o direito de repetir o que indevidamente fora satisfeito.

Disposições dos Códigos modernos

No Código da Prússia, P. I, Tít. 4, arts. 75 e s., acha-se contado entre as causas da nulidade dos atos o *erro*, quando versa sobre o objeto principal da obrigação, ou sobre as pessoas, ou qualidades essenciais destas. O mesmo se encontra no art. 1.110 do Civil francês. Mas, como um e outro se exprimem genericamente, deixam em dúvida se tiveram em vista somente o erro de fato, ou se também o de direito, e alguns intérpretes franceses restringem a disposição do seu Código ao erro de fato, julgando que no de direito se deve seguir a jurisprudência romana. Porém no da Áustria, art. 1.431, achamos em espécie análoga mencionado o de direito, e o novíssimo da Sardenha, art. 1.197, diz: *L'erreur de droit*, ou de *fait n'est une cause de nullité de la convention, que lorsqu'elle tombe sur la substance*, etc.

Fundados nestas autoridades, redigimos a doutrina que vai consignada no parágrafo.

SOBRE A GRADUAÇÃO DA CULPA

Adoção da teoria da graduação da culpa

A graduação da culpa em *lata*, *leve e levíssima* entre nós é legal, porque se acha estabelecida na Ordenação, Liv. 4, Tít. 53, § 2, e indicada no Código Comercial, art. 302. Ela foi introduzida, e geralmente seguida por todos os intérpretes e tratadistas de direito romano, e acha-se adotada e aplicada mui circunstanciadamente no Código da Prússia e nos alemães.

Fundamentos com que alguns a combatem

Alguns escritores de direito combatem esta teoria da graduação da culpa com o fundamento: 1º) de se não achar nos textos de direito romano, e dever talvez atribuir-se a invento dos intérpretes, os quais na verdade a reduziram a sistema; 2º) da dificuldade de definir cada um dos graus; 3º) de serem arriscadas na aplicação

as regras gerais que dela se têm deduzido conforme as diferentes espécies de contratos, pois que, tratando-se de avaliar a imputação culposa de um fato, não é tanto pela natureza da obrigação, como pelo exame das circunstâncias, hábitos e qualidades do indivíduo que o praticou, que o juiz se deve guiar — *Du-Caurroy, Inst. de Justin. Expliq.*, Liv. 3, Tít. 25, n. 1.068. No fim do *Traité des oblig. de* Pothier se acham já expostos e combatidos estes argumentos.

Sua justificação

Não desconhecemos a dificuldade de marcar precisamente os limites entre um e outro grau de culpa, nem queremos excluir em tais casos o prudente arbítrio do juiz, o qual deve, para a guardar, atender também às circunstâncias das pessoas. Entretanto parece-nos que esta teoria não só tem a vantagem de oferecer ao juiz a norma por que deve dirigir-se, mas também apresenta ao jurisconsulto este artigo por um método que, além de ser comumente seguido, decerto não é mais difícil de entender nem de aplicar do que a distinção entre *culpa in abstracto*, quando se considera em geral sem referência a pessoa alguma, e *culpa in concreto*, quando com referência a algum caso dado, a qual os censores daquela teoria querem substituir no seu lugar.

Prática do Código civil francês

Na legislação francesa não se encontra, é verdade, esta graduação seguida à risca, e nominalmente designada, como nos Códigos alemães, porém encontram-se a cada passo as mesmas idéias e a mesma aplicação. Em uns lugares designa-se a responsabilidade pelas *fautes graves*; em outros simplesmente pelas *fautes*, e em outros emprega-se apenas a palavra *négligence*. No art. 1.137 do Código civil impõe-se àquele, que é devedor de coisa certa, a obrigação de vigiar por ela até a entrega, como *un bon père de famille*, e diz-se que esta obrigação é mais ou menos extensa, *rélativement à certains contracts*. Entendemos que os redatores obraram judiciosamente omitindo as palavras técnicas em um Código que, sendo destinado para andar nas mãos de todos, deve empregar, quanto puder ser, a linguagem comum com preferência à científica.

SOBRE A ÉPOCA DA MORA

Disposições do direito romano

Entendemos por *época da mora* o termo desde o qual o devedor de uma obrigação não satisfeita fica responsável pelos efeitos da mora, isto é, pela indenização dos prejuízos que daí resultaram ao credor. Este termo umas vezes acha-se fixado no contrato, testamento, ou título da obrigação, e em alguns casos está fixado pela lei. A mora em qualquer desses casos diz-se em direito romano *mora ex re*. Quando assim não foi fixado, o termo então somente se conta desde a interpelação, isto é, desde que o devedor foi avisado para que satisfizesse, e diz-se então *mora ex persona* — L. 32, pr., *D.* de *usur. et fruct*. Os juros desde a mora somente se contavam pelo mesmo direito nos contratos *bonae fedei* — citada Lei, § 2. Os intérpretes introduziram depois outra distinção: mora *regular*, a que resulta do termo fixado no título, ou da interpelação, e *irregular*, a que resulta da disposição da lei.

Disposições das leis pátrias

Não temos outra lei pátria a que recorrer nesta doutrina senão a Ordenação, Liv. 4, Tít. 50, § 1, a qual, falando do contrato do empréstimo, diz que o devedor fica constituído em mora, se não tornar a coisa emprestada ao *tempo e prazo que lhe foi posto*, ou, na falta deste, *cada vez que o credor lha pedir*, isto é, desde a interpelação. O Código Comercial, art. 270, estabelece a regra geral de que os efeitos da mora nas obrigações comerciais principiam desde a citação ou protesto judicial; no art. 289, permite contar juros das parcelas líquidas depois de tiradas as contas correntes, ainda que não precedesse interpelação, e, no art. 462, no caso de compra e venda somente constitui qualquer dos contratantes em mora desde a interpelação, além de algumas outras disposições especiais. Em quanto aos praxistas, esta doutrina acha-se principalmente em Moraes, *de exec.*, Liv. 2, cap. 12, e em Guerreiro, *Tr. 4*, Liv. 2, cap. 11, porém tão confusa, que nem daí se podem tirar esclarecimentos, nem é possível entendê-los.

Primeira questão importante sobre este objeto

Neste artigo ofereciam-se-nos duas questões principais: 1ª) se, para dar lugar aos efeitos da mora, bastará a *simples* fixação do termo da obrigação no título, ou se será necessária cominação formal, à maneira do que diz o Código Civil francês, art. 1.139: *lorsqu'elle (la convention) porte, que sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur seca en demeure*. Como a Ordenação não é explícita, seguimos doutrina análoga à lei francesa, por favorecer antes os devedores, e ser um meio de prevenir questões freqüentes. Exemplo: ajustei com um mestre de obras dar-me umas casas prontas até o Natal de 1847; não cumpriu: ficará ele em mora, e portanto poderei pedir-lhe os prejuízos que sofri pela falta das casas? Parece-nos que não. Mas outra coisa diríamos, se no contrato se tivesse acrescentado: que *ficaria em mora, ou responsável pelos prejuízos, não as aprontando naquele termo*. Suponhamos porém que o ajuste continha a obrigação de dar a adega pronta a tempo de recolher a colheita de 1847; então ficava incurso na mora, porque no contrato estava previsto o prejuízo insuprível que dela resultava: estamos na espécie do n. 2 do § 128.

Esclarecimento em geral

Estas espécies são tão freqüentes na prática, e aparecem tão variadas, que julgamos útil qualquer esclarecimento. Arrendei umas casas com a simples declaração de que me seria pago o aluguer por dia de S. Miguel; o inquilino não satisfez: poderei pedir os juros da mora? Parece-nos que somente desde a citação, se não houve a interpelação. Um testador deixou um legado de 100$000 réis, que será dado dentro em um ano depois da sua morte; o herdeiro não cumpriu: poderá o legatário pedir juros? Entendemos que também só desde a citação. Um pai promete a sua filha em dote um conto de réis dado dentro em dois anos desde o casamento; não satisfez: deverá os juros da mora? Parece-nos mais justo que deve, porque aquele dote era destinado para sustentar os encargos do matrimônio, que não podem ser deferidos. Cumpre advertir que, nestas espécies, se a dívida em lugar de dinheiro fosse de bens rendosos, então sem dúvida se podiam

pedir os frutos desde o prazo fixado, não como efeitos, da mora, mas como pertenças da propriedade, e julgar-se conforme à boa ou má-fé do devedor.

Em quanto à compra e venda

Em quanto ao contrato da compra e venda de bens de raiz, a Ordenação, Liv. 4, Tít. 67, § 3, considera cada uma das partes em mora desde que a outra satisfez, e portanto o comprador, que recebeu os bens, e não pagou o preço, deve não só satisfazer este, mas também os frutos perceptos e percipiendos desde a entrega dos bens; a mesma obrigação tem o vendedor, que recebeu o preço, e não entregou os bens. O Código Civil francês, art. 1.652, contém igual disposição, quando a venda foi de bens rendosos, com a diferença de em lugar de frutos mandar contar os juros do preço. Se a venda é de móveis não-rendosos, os juros não se devem senão desde a interpelação — Código Comercial, art. 462.

Segunda questão

A interpelação (*cada vez que o pedir*, como se exprime a Ordenação) entender-se-á somente a judicial, ou também a *extrajudicial*? Nesta parte seguimos a doutrina dos praxistas, os quais julgam suficiente a *extrajudicial — Repertório da Ordenação*, verbete *Mora se comete*, que é também a do Código Civil francês, art. 1.139 — *sommation* — apesar de que o autor do *Dig. port*. 1, art. 202, seguindo Voet (*ad Pand*., Liv. 22, Tít. 1, n. 11), ao qual podia acrescentar Pothier (*Des oblig*., n. 144), exige a judicial. Porém seguindo os mesmos princípios, e o Código Comercial, art. 270, nas dívidas de quantias de dinheiro somente admitimos a judicial no § 130.

Importa pouco que as interpelações extrajudiciais sejam feitas verbalmente, por missiva, ou mensageiro, uma vez que se possam provar.

Como, à vista do que fica exposto, a *mora ex re* é muitas vezes difícil de averiguar, facilmente se depreende a prudência com que devem proceder os advogados, alegando os fatos indicativos da interpelação extrajudicial, a fim de obterem a indenização da mora por este fundamento, se a não puderem conseguir por aquele.

SOBRE AS ESCRITURAS PÚBLICAS

Vantagem das provas por escrito

As nossas leis sempre tiveram em grande consideração a prova por escrito, e principalmente por escritura pública. Na verdade por meio destas verificam-se os termos e cláusulas das obrigações entre os cidadãos com precisão e clareza, que nunca se pode esperar dos atos verbais: os escritos facilitam a decisão das questões, e diminuem as dificuldades que os juízes encontram no conflito de testemunhas, as quais a cada passo se contradizem sobre o mesmo fato. Nas escrituras a fé do oficial público contém a garantia da certeza do que se convencionou, que dispensa outra prova. As escrituras são a *probatio probata* na frase semibárbara dos nossos antigos praxistas.

Antigo favor das escrituras, em quanto à prova

A Ordenação, Liv. 3, Tít. 59, não admitia *em regra* outra prova dos contratos, ou distratos, cujas obrigações excedessem à quantia de 60$000 réis nos móveis, e 4$000 réis nos imóveis (hoje triplicada pelo Alvará de 16 de setembro de 1814), senão a de escritura pública, providência que o nosso Mello (Liv. I, Tít. 8, § 6) não duvidou qualificar de *salubérrima*. Na falta de escritura não tinha o credor outro recurso senão solicitar do Desembargo do Paço a dispensa, ou *provisão para prova de direito comum*.

Em quanto à execução

A outra Ordenação, Liv. 3, Tít. 25, concedia às escrituras o favor de ser por elas condenado o devedor imediatamente sem mais delongas por meio da ação sumária chamada assinação de dez dias. O juiz à vista da escritura assinava em audiência ao réu este prazo para apresentar paga do pedido; se a não apresentava, era condenado, sem embargo de outra qualquer defesa que alegasse, que somente podia ser recebida sem suspensão da execução. Igual favor era pela mesma Ordenação, § 9, concedido aos escritos particulares, precedendo porém a formalidade de serem reconhecidos pelo devedor, ou expressamente, ou à sua revelia pelo juiz.

Prática moderna

Estas providências, vantajosas assim para os interesses dos particulares, como para a boa administração da justiça, parecem ter acabado na prática moderna desde o Decreto de 18 de maio de 1832. Na Reforma não se faz menção da *assinação de dez dias*, e no art. 463 explicitamente se permite a prova por testemunhas de toda e qualquer quantia. Por esta maneira hoje o credor, que se apresenta em juízo com a *certeza* na mão, não merece mais atenção do que o outro, que se apresenta embrulhado na capa da dúvida.

Observação sobre esta prática

Ignoramos o fundamento desta inovação; o que podemos asseverar é que em todos os Códigos modernos se acham disposições análogas às da nossa Ordenação. Em todos a prova de certa quantia para cima não pode ser feita senão por instrumento autêntico, e em todos estes instrumentos têm execução pronta. Os franceses não admitem outra exceção que os suspenda senão as de falsidade.

Em quanto aos instrumentos particulares, nos termos do Código Civil francês, art. 1.322, e do da Sardenha, art. 1.428, e outros, o réu demandado por um escrito particular é obrigado a confessar ou negar peremptoriamente a assinatura; os herdeiros basta que declarem não a reconhecer. Se a nega, ou os herdeiros a não reconhecem, procede-se ao reconhecimento por comparação de letra, e, sendo assim reconhecido, o escrito faz prova, e goza dos mesmos favores que a escritura. É verdade que a Reforma Judiciária, no art. 462, traz uma disposição análoga à antiga, a qual nós deixamos indicada no § 189, mas não podemos deixar de notar que, a não se admitir a *assinação de dez dias*, esta providência na prática pouco pode favorecer o credor, pois, não se podendo exigir o reconhecimento senão pelo decurso da ação ordinária, surtirá o efeito de abreviar a prova, mas nem por isso livra o credor das delongas e da chicana.

Parece-nos este objeto de tal importância, que bem merecia uma declaração legislativa.

SOBRE A LEGITIMAÇÃO *PER SUBSEQUENS*

Quais filhos se legitimavam *per subsequens* por direito romano

Por direito romano somente se legitimavam *per subsequens* os filhos anteriormente havidos entre pessoas que não tinham impedimento para casar, isto é, *os naturais* — L. 11, *Cod. de nafur. lib.*, porque o concubinato entre tais pessoas não era ilícito. Porém os havidos de ajuntamento proibido, ou *coito danado*, a saber, os incestuosos, adulterinos, sacrílegos, e os de estupro, não se legitimavam: *ut agnoscant*, *quia neque quicquam peccatricis concupiscentiae eorum habebunt filii* — *Nov.* 74, cap. 6, e Nov. 89, cap. 15.

Pelo direito canônico

Pelo direito das Decretais entendiam muitos canonistas não se ter feito outra alteração nas disposições do direito romano, senão conceder este favor aos filhos de estupro, aos quais as leis romanas o negavam, e aos adulterinos, se entre os pais não havia o impedimento *criminis* — Berard., t. 3, *Diss. 6, q. 2*. Esta foi a opinião comumente seguida pelos nossos praxistas portugueses — Pinheiro, *de testam.*, Disp. 5, Seç. 3, n. 343; Pedro Barbosa, *ad rubr. Soluto matr.*, p. 2, n. 110; Guerreiro, *Tr. 2*, Liv. 1, cap. 4, ns. 72 e s.; Pegas, *de spur.*, p. 74, n. 30. Porém já no tempo em que escreveu Strickio, nos fins do século XVII, vogava na Alemanha a opinião de que *per subsequens* se legitimavam geralmente todos os filhos de coito danado, uma vez que seus pais obtivessem dispensa para casar. *Si enim parentibus tandem permissum, ut legitimi conjuges fiani, cur non liberis, ut ex fali connubio legitimitatem consequantur*? — Strickio, *ad Pand.*, Liv. 1, Tít. 6, §§ 12 e 13. Depois deste, Boehmero nos princípios do século XVIII, seguindo e querendo justificar aquela opinião, e não o podendo conseguir por direito romano, foi deduzi-la do cap. 6, X, *Qui filii sint legit.*: *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur*, o qual para este fim analisou — *Jus Eccles. Protest. ad. tit. cif.*, §§ 17 e s. E não obstante ter sido esta interpretação de Boehmero combatida por Benedicto 14º na

Epístola ao Arcebispo de Hispaniola, na Ilha de S. Domingos, que se acha no t. I, do *Bullario Const*. 113, contudo foi seguida pelos canonistas (Riegger, *Instit. jur. eccl*., p. 4, § 197) e outros que escreveram depois, e aplicada geralmente a todos os espúrios.

Por direito pátrio

Os nossos Mello e Lobão nos lugares citados no parágrafo adotaram a doutrina de Boehmero, por ser mais favorável aos filhos, mais própria a emendar os erros dos pais, e a terminar comércios escandalosos, e indispensável à vista da multiplicidade de impedimentos entre nós admitidos.

Dificuldade da Ordenação, Liv. 2, Tít. 35, § 12

É verdade que esta questão torna-se mais difícil por causa das palavras da Ordenação, Liv. 2, Tít. 35, § 12: *contanto que este filho fosse tal, que com direito pudesse ser legitimado por seguinte matrimônio*, as quais excluem a generalidade da legitimação *per subsequens*, dando a entender que há filhos que podem ser legitimados, e outros que não. Se a Ordenação se referiu ao direito romano, se ao canônico, só adivinhando se pode dizer, mas a qualquer deles que fosse, vem a ser indiferente, porque no tempo de D. Duarte, em que foi feita esta lei, as disposições de um e outro eram concordes em excluir os filhos de *coito danado*, com pequena variação. Ainda que conheçamos o respeito que se deve ter às leis, não levamos contudo o escrúpulo até o ponto de respeitar como decisivo o argumento tirado das palavras incidentes de uma lei antiga, enunciadas conforme as idéias desse tempo, quando hoje, principalmente depois do Concílio Tridentino, a disciplina, as leis, e os nossos costumes em matérias matrimoniais têm inteiramente mudado. Não negamos que a autoridade das disposições da Ordenação se deve datar desde 1603, e não dos tempos antigos, porém poderemos ainda desculpar-nos com a incúria dos filipistas, a qual na matéria sujeita se nota em muitos outros lugares, como no Liv. 4, Tít. 46, § 2, e Tít. 94, onde se concedem os efeitos do matrimônio a ajuntamentos já então reprovados. O ilustre Corrêa Telles (*Dig. port*. 2, art. 465) interpreta por outra forma esta Ordenação.

Outro fundamento da opinião que adotamos

Acresce em abono da opinião que seguimos no parágrafo, em quanto aos casos em que tem lugar a dispensa, a prática de vir inserta nesta cláusula — *prolem susceptam, si qua sit, legitimam decernendo*, a qual merece alguma importância, ou seja porque entre nós, em virtude da antiga influência de Roma, sempre foram, e talvez ainda hoje são, senão por direito, ao menos de fato, respeitadas as providências e cláusulas pontifícias nestas matérias, onde o espiritual está tão intimamente ligado com o civil, que não é fácil extremar os limites de um e outro, muito mais nesta cláusula, autorizada com o exemplo notável da legitimação de EI-Rei D. Diniz pelo Papa Urbano IV, apesar de adulterino, a instâncias dos bispos do reino, ou seja porque se lhe possam atribuir os efeitos civis em virtude do *Placet Regio*. Nos adulterinos, cujos pais podem casar sem dispensa, a opinião corrente é que ficam legitimados, como acima fica dito.

Disposições dos Códigos modernos

No Código da Prússia, P. 2, Tít. 2, art. 596, no da Baviera, e no da Áustria, art. 161, entendem-se legitimados todos os nascidos antes do subseqüente matrimônio. Porém o francês, art. 331, e os que o tomaram por modelo, somente legitimam os naturais, e estes mesmos no caso de que os pais os tenham reconhecido antes, ou reconheçam no ato do matrimônio.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA*

Rui Barbosa[1]

Meus senhores – Meus ilustres colegas – A generosidade com que me subistes a esta cadeira, elevando-me tanto acima do meu merecimento, excede a todas as minhas aspirações. A vaidade e a ambição põem sempre a meta dos nossos desejos muito além da nossa capacidade. Mas eu, que bem pouco me tenho iludido quanto ao valor real das minhas forças e à importância do meu destino, sempre limitei os meus projetos e sonhos, na carreira profissional que elegi desde a minha primeira mocidade, a granjear, pelo trabalho honesto, o crédito de exercer o meu ofício com seriedade, competência e zelo.

Imaginar que um dia, por eleição dos advogados brasileiros, me visse assentado no primeiro lugar entre os meus colegas, temeridade era que me não passou jamais pela mente; e, quando com esta demasia da vossa benevolência me surpreendestes, se

* Escritos e Discursos Seletos de *Rui Barbosa*, número 19 da série brasileira da Biblioteca Luso-Brasileira, coleção que se publica no Rio de Janeiro pela Editora José Aguilar Ltda., 1960, p. 562-588.

1 *Discurso proferido pelo Conselheiro Rui Barbosa no Instituto dos Advogados, ao tomar posse no cargo de Presidente, em 19 de novembro de 1914.*

não declinei da honra, que me fazíeis, é que, de puro agradecido e perplexo, não achei, no meu constrangimento e suspensão de ânimo, energia bastante para deliberar o que a prudência me aconselhava...

É o íntimo dos meus sentimentos o que vos estou mostrando. Não vejais expressão de falsa modéstia na voz desestudada e fiel da minha sinceridade. Pela distinção que me liberalizastes, vos tenho o mais profundo reconhecimento. Mas, em boa verdade vos digo, sem quebra do respeito devido ao tino das vossas resoluções, que me não parece haverdes acertado na escolha, e bem pouco espero corresponder-vos à confiança.

As instituições do gênero desta, criadas para situações de alta responsabilidade no desenvolvimento da cultura nacional, necessitam, para as dirigir, não de simples valores nominais, como o meu, mas de autoridades poderosas, ainda em toda a expansão das suas forças, e talhadas, pelo hábito de prosperarem e virem, para rasgar, diante dos que a seguem, novos caminhos de vitórias e prosperidades. Não quis a sorte que eu nascesse debaixo de um desses signos bem-aventurados. A minha vida amadurece, e se vai despegando, para cair, na melancolia de ver definhadas e vencidas as idéias pelas quais tenho consumido, numa luta quase incessante, de perto de meio século, toda a substância de minha alma.

Batendo-me, desde os bancos acadêmicos, na imprensa militante e na tribuna popular, pela redenção dos escravos, consagrei, desde então, a existência às grandes reivindicações políticas e sociais do direito, da educação pública e da liberdade, para, afinal, depois de termos sacrificado a Monarquia e estabelecido a República, supondo melhorar de instituições, e promover o governo da nação pela nação, ver operar-se o retrocesso mais violento das conquistas liberais, já consolidadas sob o antigo regímen, a um sistema de anarquias e ditaduras, alternativas ou simultâneas, com que contrastam epigramaticamente as formas de uma democracia esfarrapada.

Uma espécie de maldição acompanha, ultimamente, o trabalho ingrato dos que se votaram à lida insana de sujeitar à legalidade os governos, implantar a responsabilidade no serviço da na-

ção, e interessar o povo nos negócios do País. A opinião pública, mergulhada numa indiferença crescente, entregou-se de todo ao mais muçulmano dos fatalismos. Com o reinado sistemático e ostentoso da incompetência cessaram todos os estímulos ao trabalho, ao mérito e à honra. A política invadiu as regiões divinas da justiça, para a submeter aos ditames das facções. Rota a cadeia da sujeição à lei, campeia dissoluta a irresponsabilidade. Firmada a impunidade universal dos prepotentes, corrompeu-se a fidelidade na administração do erário. Abertas as portas do erário à invasão de todas as cobiças, baixamos da malversação à penúria, da penúria ao descrédito, do descrédito à bancarrota. Inaugurada a bancarrota, com o seu cortejo de humilhações, agonias e fatalidades, vê a nação falidas até as garantias da sua existência, não enxergando com que recursos iria lutar amanhã, ao menos pela sua integridade territorial, contra o desmembramento, o protetorado, a conquista estrangeira. E, enquanto este inevitável sorites enlaça nas suas tremendas espirais a nossa pátria, todos os sinais da sua vitalidade se reduzem ao contínuo crescer dos seus males e sofrimentos, sob a constante ação dos cancros políticos que a devoram, das parcialidades facciosas que a corroem, dos abusos, por elas entretidos, que a lazaram de uma gafeira ignóbil.

Ora, senhores, como todas estas calamidades se reduzem à inobservância da lei, e têm na inobservância da lei a sua causa imediata, não estranhareis que para elas vos chame a atenção numa solenidade como esta. Bem fora estou de vos querer arrastar ao campo onde se embatem os partidos, e debatem as suas pretensões. Ao poder não aspirais, e o melhor da vossa condição está em nada terdes com o poder. Mas tudo tendes com a lei. Da lei depende essencialmente o vosso existir. Vosso papel está em serdes um dos guardas professos da lei, guarda espontâneo, independente e desinteressado, mas essencial, permanente e irredutível.

Fora da lei, a nossa Ordem não pode existir senão embrionariamente como um começo de reivindicação da legalidade perdida. Legalidade e liberdade são o oxigênio e hidrogênio da nossa atmosfera profissional. Nos governos despóticos, sob o Terror jacobino, com as ditaduras dos Bonapartes, debaixo das

tiranias napolitanas, moscovitas ou asiáticas, a nossa profissão ou não se conhece, ou vegeta como cardo entre ruínas. Na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos, nas democracias liberais, na Austrália, na África Inglesa, nos países europeus ou americanos, que por esse tipo se modelaram, a toga, pela magistratura e pelo foro, é o elemento predominante. Dos tribunais e das corporações de advogados irradia ela a cultura jurídica, o senso jurídico, a orientação jurídica, princípio, exigência e garantia capital da ordem nos países livres.

Se, pois, na legalidade e liberdade vivemos, definhando e morrendo, quando a liberdade expira com a legalidade, na legalidade e na liberdade temos o maior dos nossos interesses; e, desvelando-nos por elas, interessando-nos em tudo quanto as interessa, por nós mesmos nos interessamos, lidamos pela nossa conservação mesma, e nos mantemos no círculo da nossa legítima defesa.

Aqui está, senhores, o porquê vos eu digo e redirei que, com a abolição da legalidade e da liberdade no Brasil, abolição agora pouco mais ou menos consumada, se enceta, para nós, para este Instituto, uma existência bastarda, precária, irreal, a existência de um organismo num meio a ele hostil e com ele incompatível.

Os advogados na Inglaterra, nos Estados Unidos, na França, na Bélgica, na Itália, em toda a parte, nunca deixaram de sentir esse laço de solidariedade vital entre a sua classe e o governo da lei, a preservação das garantias liberais, a observância das constituições juradas. Nem, ao elaborar a brasileira, os juristas, os advogados que nela trabalhamos, e que, pela nossa preponderância na sua composição, não se exagerará, dizendo que a fizemos, nos desviamos da linha, que a nossa educação jurídica nos traçava, que ela nos impunha, mostrando-nos a associação inseparável do gênio do novo regímen, cuja carta redigíamos, com uma organização da justiça, capaz de se contrapor aos excessos do governo e aos das maiorias legislativas, uns e outros dez vezes mais arriscados e amiudados nas repúblicas do que nas monarquias, nas federações do que nas organizações unitárias, no presidencialismo do que no parlamentarismo.

Se os críticos da nossa obra não se deixassem transviar, lançando ao sistema as culpas da sua execução, e responsabilizando o mecanismo pelos erros dos mecânicos incompetentes ou interesseiros, que o têm estragado, não se perderia tantas vezes de vista a imensidade incalculável do benefício, com que dotamos o País, definindo, organizando e protegendo como definimos, organizamos e protegemos a justiça federal.

Ainda não se notou, entre nós, onde tantos censores têm surgido à obra constitucional de 1890 e 1891, que o Governo Provisório, num ponto cardeal a esse respeito, se mostrou muito mais cuidadoso e previdente do que os autores da Constituição dos Estados Unidos. Estes, no propósito de assegurarem toda a independência à magistratura suprema da União, se limitaram a declarar vitalícios os membros da Suprema Corte, como os outros juízes federais, e a proibir que se lhes reduzam os vencimentos. Em contraste, porém, com estas duas medidas tutelares, duas portas deixou abertas a Constituição americana ao arbítrio do Congresso Nacional contra a independência da judicatura federal, entregando à discrição do Poder Legislativo o fixar o número dos membros do Tribunal Supremo, bem como os casos de apelação das justiças inferiores para esse tribunal.

Foi uma imprudência, de que algumas administrações americanas servidas pelas maiorias congressuais se têm utilizado por vezes, já para diminuir ou aumentar a composição da Corte Suprema, quando certas causas de extraordinário interesse para o governo central lho aconselham, já para obstar a que pleitos, decididos na primeira instância em sentido favorável às conveniências da União, possam vir a receber solução diversa na instância superior. É o que sucedeu, em 1867, no caso *Ex parte* McCardle, onde o Congresso, receando uma decisão contrária às intituladas Leis de Reconstrução, interveio, por assim dizer, no feito pendente, retirando à Suprema Corte o direito de julgar, por apelação, em espécies daquela natureza. O Tribunal já se pronunciara, reconhecendo a sua competência. Mas, como, antes de proferido o julgamento *de meritis*, se promulgasse o ato legislativo, que lha cerceava, recuou, submetendo-se à medida, incontestavelmente constitucional, com que a legislatura o desinvestira de tal autoridade.[2]

2 Cf. BALDWIN, Simeon E. The American Judiciary, p. 176-7. JUDSON, Frederick N. The Judiciary and he People, p.185-6.

Exercidas com parcimônia nos Estados Unidos, onde a opinião pública atua constantemente com a sua fiscalização moralizadora nos atos do poder, essas duas faculdades, se a Constituição brasileira as adotasse, teriam aniquilado, aqui, a justiça federal, inutilizando-a no desempenho da mais necessária parte da sua missão, no encargo de servir de escudo contra as demasias do governo e do Congresso.

Toda a vez que o Supremo Tribunal adotasse uma decisão contrária às exigências, aos atentados, ou aos interesses de uma situação política, seus potentados, suas maiorias, uma lei, votada entre a sentença e os embargos, e executada incontinenti com as nomeações necessárias, aumentando o número aos membros daquela magistratura, operaria a reconsideração do julgado.

Toda vez, por outro lado, toda a vez que a União receasse perder, na segunda instância, uma causa de relevância excepcional para a sua política ou as suas finanças, já vitoriosa na primeira, o Congresso Nacional, alterando o regímen das apelações, e excluindo esse recurso no gênero de casos, a que pertencesse o da hipótese, inibiria o Supremo Tribunal de entender no pleito, e, destarte, firmaria como definitivo o vencimento já obtido pelo governo, mas ainda sujeito à revisão.

Destas duas maneiras de manipular e torcer a justiça, habilitando a mais poderosa das duas partes a evitar ou ajeitar o tribunal supremo, nos livrou o art. 56 e o art. 59 da nossa Constituição: o primeiro estipulando a esse tribunal um número de juízes, que a lei ordinária não pode modificar; o segundo, prescrevendo que para ele haverá recurso nas questões resolvidas pelos juízes ou tribunais federais. Com estas duas cautelas, premunindo a justiça federal, no Brasil, contra dois gravíssimos perigos, a que se acha exposta na grande república da América do Norte, reunimos, em defesa dessa justiça, na sua independência e na sua pureza, contra as seduções e compressões administrativas ou legislativas, todos os resguardos humanamente possíveis.

Se, ainda assim, a não deixamos de todo isenta e inacessível aos manejos dos partidos, às captações do poder, é que os melhores sistemas de organização, de preservativos mais heróicos, os específicos mais radicais não bastam quando o caráter

dos homens, mal escolhidos para as posições de alta confiança nacional, voluntariamente se oferece à contaminação, de que a lei empenhou as mais eficazes garantias em os abrigar. Mas, pelo menos, tudo o que estava ao alcance dos construtores do regímen, tudo quanto cabia nas possibilidades do seu mecanismo, tudo o que uma previsão avisada podia imaginar e combinar, tudo se envidou para que se não entregassem a uma entidade indefesa e dependente os poderes de soberana majestade e grandeza, confiados, nas federações do tipo norte-americano, aos tribunais federais.

A revolução jurídica encerrada nesta mudança era, entretanto, difícil de assimilar ao nosso temperamento e aos nossos costumes. O poder político é, de sua natureza, absorvente e invasivo, mas invasivo e absorvedor ainda nas Câmaras Legislativas do que no governo. As nossas *162 Rui Barbosa* tradições haviam-nos educado no dogma da supremacia parlamentar. Esta, a norma inglesa estabelecida com a revolução de 1688, a norma francesa decorrente da revolução de 1789, a norma européia generalizada com a propagação do governo constitucional, desde 1830, nas monarquias limitadas, a norma brasileira, introduzida com a nossa Constituição de 1823 e praticada em 66 anos de regímen imperial.

Substituí-la pelo regímen presidencial, sem buscar na criação de uma justiça como a americana, posta de guarda à Constituição contra as usurpações do presidente e as invasões das maiorias legislativas, contra a onipotência de governos ou congressos igualmente irresponsáveis, era entregar o País ao domínio das facções e dos caudilhos. Eis por que a Constituição brasileira de 1891, armando a justiça federal da mesma autoridade, em que a investe a Constituição dos Estados Unidos, a dotou de garantias ainda mais numerosas e cabais, para arrostar as facções acasteladas no Executivo e no Congresso Nacional.

Quaisquer que fossem, porém, os contrafortes de que a nova Constituição o cercasse, o reduto do nosso Direito Constitucional, para arrostar, com eficácia e sem risco da sua própria estabilidade, o choque violento dos seus agressores naturais, necessitava de contar, como conta nos Estados Unidos, com a vigilância des-

velada e o enérgico apoio da opinião nacional. Em lhe falecendo este sustentáculo, tão escasso e débil, tão inconstante e falível, tão tímido e negligente, tão superficial e contestável como tem sido no Brasil, todas as vantagens correriam contra o poder inerme e solitário da justiça, todas aproveitariam ao poder armado, opulento e multíplice do governo.

Ainda assim, ferida a luta em condições de tamanha desigualdade, nem sempre tem acabado, nestes vinte e quatro anos, pelo desbarato do mais fraco. Grandes triunfos, neste quarto de século, registra a justiça brasileira. Os direitos supremos, algumas vezes imolados, acabaram por vingar, em boa parte, na corrente dos arestos. Haja vista os grandes resultados que, graças a ela, se apuraram, sob o estado de sítio deste ano, quando, mercê das suas sentenças, alcançamos salvar, da liberdade de imprensa, uma parte considerável, e preservar os debates parlamentares das trevas em que os queira envolver a ditadura, com a cumplicidade submissa do próprio Congresso Nacional.

Mas os elementos facciosos, que se fizeram senhores do Estado, e exploram, como vasta comandita, as aparências restantes do regímen, adulterado nas suas condições mais necessárias, mutilado nos seus órgãos mais nobres, prostituído nas funções mais vitais, sentem o obstáculo invencível, que às aventuras do mandonismo, do caudilhismo, do militarismo opõe uma justiça entrincheirada solidamente nas prerrogativas da justiça americana; e compreendem que, para acabar com os últimos remanescentes da legalidade no domínio político e civil, eleitoral e parlamentar, administrativo e financeiro, para transformar absolutamente a República num governo de privilégios, abusos e castas, lhes cumpre dar àquela instituição um combate de extermínio, abrir contra ela uma campanha inexorável, só a largar de mão depois de reduzida a um poder subalterno, desmedulado e caduco.

Com esse intuito sitiaram a cidadela ameaçada, e lhe apertam os aproches, assestando contra ela as mais formidáveis baterias da força, ao mesmo tempo que lhe solapam os fundamentos com as minas de uma sofisteria desabusada.

Dessa guerra sem escrúpulos, a tática principal tem consistido, sobretudo, nestes últimos quatro anos, em negarem aberta-

mente obediência o governo e o Congresso às mais altas sentenças judiciais, com pretexto de que o Supremo Tribunal exorbita, prevarica, usurpa; e, para coonestar essa rebeldia mascarada em amor da legalidade, a exceção dos *casos políticos*, oposta, na jurisprudência dos Estados Unidos, à competência que a Suprema Corte ali exerce, de negar definitivamente execução às leis inconstitucionais, tem ministrado aos congressos e governos insurgidos a evasiva, que havia mister esse movimento de anarquia radicalmente subversiva.

Mas, para abater o Supremo Tribunal Federal, e desafogar do receio da sua interferência coibitiva a política de nossa terra, *insciam legum, ignaram magistratum*[3], não bastava a contingência, iminente sempre, de ver as suas sentenças desacatadas, ora com arrogante desprezo, ora com erudita ostentação de afrontosas monstruosidades jurídicas, alardeadas nas mensagens presidenciais ou nos debates parlamentares. Conveniente seria, ainda, sistematizar o desrespeito, legislar a revolta, organizar a usurpação, assentar em bases categóricas a desvirilização do Poder Judiciário na República brasileira, a enfeudação desse poder, dessexuado e invertido, às secretarias de Estado, às oligarquias políticas, às camarilhas dominantes. Para ousar essa audácia vertiginosa, era preciso viver no antidiluvianismo, em que vivem os árbitros da nossa grotesca República, e meter o jacobinismo gálico na pele da Constituição americana.

Como a nossa determinou, imitando o seu modelo, que o Senado julgará os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade, engenharam, com igual ignorância que arrojo, forçar essa atribuição, para colocar o Supremo Tribunal Federal num pé de subalternidade ao Senado, excluindo arbitrariamente do direito comum os crimes de responsabilidade, quando cometidos por esses magistrados.

Digo *arbitrariamente*, porque os crimes de responsabilidade são definidos em comum no Código Penal com relação a todos os funcionários que neles incorrerem, excetuando a Constituição apenas os do Presidente da República, único e só funcionário, magis-

3 Cf. Tácito. *Oeuvres Complètes de Tacite*, t. 2, liv. I. 11, p. 10.

trado único e só, a respeito de quem a nossa lei fundamental declara, no seu art. 54, que uma lei especial definirá os crimes de responsabilidades. Claro está que, se os dos membros do Supremo Tribunal houvessem também de se definir em lei especial, o texto da carta republicana, preciso e peremptório, sobre o assunto, no tocante ao Presidente da República, seria igualmente explícito e solene, em vez de omisso e silencioso, a respeito daqueles magistrados.

Tanto mais se evidencia aqui a evidência quanto vizinhos quase parede-meia demoram o art. 54, onde se impõe uma lei especial, a fim de qualificar, no que entende com o Chefe do Poder Executivo, os delitos de responsabilidade, e o art. 57, onde a nossa lei orgânica, indicando o tribunal para os membros dessa magistratura nos delitos de responsabilidade, não fala em lei distinta para os definir. O confronto desta diversidade no conteúdo com esta proximidade na colocação prova como que *ad oculum* a conclusão a que chegamos e tira em limpo o caso.

Mas a política destes últimos, como quem sente dia a dia abrir-se-lhe a vontade no lauto banquete dos abusos, não se detém com embaraços, quando o estômago lhe afeta um bocado régio; e bem pouco é para as goelas do seu arbítrio uma instituição constitucional, quando se pode sorver e sumir de um trago no bucho pantagruélico de uma situação useira e vezeira em devorar leis, tesouros e constituições.

Tanto vai dos homens que fundaram este regímen aos que o estão gargantuando, tanto da democracia jurídica, em que, há vinte e cinco anos, encarnávamos o nosso ideal, à demagogia anárquica, misto de cesarismo e indisciplina, pretorianismo e jacobinismo, em que os ideais de hoje supuram o seu vírus.

Aqueles faziam da justiça a roda mestra do regímen, a grande alavanca da sua defesa, o fiel da balança constitucional. Estes, se lograssem o que intentam, reduziriam o Supremo Tribunal Federal a uma colônia do Senado.

Em vez de ser o Supremo Tribunal Federal, qual a nossa Constituição o declarou, o derradeiro árbitro da constitucionalidade dos atos do Congresso, uma das Câmaras do Congresso passa-

ria a ser a instância de correição para as sentenças do Supremo Tribunal Federal.

Aqui está, senhores, como nos arraiais da ordem se pratica o espírito conservador. Aqui está como os ortodoxos cuidavam da verdade constitucional. Aqui está como as Vestais da tradição histórica alimentam a chama sacra da virgindade republicana.

A investida reacionária de nulificação da justiça, que se esboça no grandioso projeto de castração do Supremo Tribunal Federal, tem por grito de guerra, conclamado em brados trovejantes, a necessidade, cuja impressão abrasa os peitos à generosa coorte, de pôr trancas ao edifício republicano contra a ditadura jurídica. É a ditadura dos tribunais a que enfia de terror as boas almas dos nossos puritanos. Santa gente! Que afinado que lhes vai nos lábios, onde se tem achado escusas para todas as ditaduras da força, esse escarcéu contra a ditadura da justiça! Os tribunais não usam espadas. Os tribunais não dispõem do Tesouro. Os tribunais não nomeiam funcionários. Os tribunais não escolhem deputados e senadores.

Os tribunais não fazem ministros, não distribuem candidaturas, não elegem e deselegem presidentes. Os tribunais não comandam milícias, exércitos e esquadras. Mas, é dos tribunais que se temem e tremem os sacerdotes da imaculabilidade republicana. Com os governos, isso agora é outra coisa. Das suas ditaduras não se arreceia a democracia brasileira. Ninguém aqui se importa com as ditaduras presidenciais. Ninguém se assusta com as ditaduras militares. Ninguém se inquieta com as candidaturas caudilhescas. Ninguém se acautela, se defende, se bate contra as ditaduras do Poder Executivo. Embora o Poder Executivo, no regímen presidencial, já seja de sua natureza, uma semiditadura, coibida e limitada muito menos pelo corpo legislativo, seu cúmplice habitual, do que pelos diques e freios constitucionais da justiça, embora o Poder Executivo seja o erário, o aparelho administrativo, a guarda nacional, a polícia, a tropa, a armada, o escrutínio eleitoral, a maioria parlamentar. Embora nas suas mãos se reúnam o poder do dinheiro, o poder da compreensão e o poder das graças.

Seja ele embora, entre nós, o poder dos poderes, o grande eleitor, o grande nomeador, o grande contratador, o poder da bol-

sa, o poder dos negócios, e o poder da força, quanto mais poder tiver, menos lhe devemos cogitar na ditadura, atual, constante, onímoda, por todos reconhecida mas tolerada, sustentada, colaborada por todos.

Para esse poder já existe uma lei de responsabilidade. A Constituição a exigiu. A primeira legislatura do regímen deu-se pressa em a elaborar. A medida tinha por objeto atalhar a degeneração da presidência numa ditadura permanente. Mas os nossos estadistas se contentaram de a estampar no *Diário Oficial*, e arquivá-la na coleção das leis. Raros são os seus artigos em que não hajam incorrido os nossos presidentes. Alguns a têm violado em quase todos. Mas, quanto maior é a soma de atentados, com que carrega um presidente, mais unânimes são os votos da sabedoria política em lhe assegurar a irresponsabilidade. Isto é: quanto mais completa a ditadura presidencial, quanto mais ditadura essa ditadura, mais imune a qualquer responsabilidade. Seis vezes entre nós se propôs, seis vezes, não menos, a responsabilidade presidencial, e não menos de seis vezes a rejeitou a Câmara dos Deputados, não a considerando, sequer, objeto deliberável.

A razão de Estado, negação virtual de todas as constituições, radical eliminação de todo o direito constitucional, a razão de Estado não existe para outra coisa: absolver os mais insignes culpados, dispensar na lei, justamente nos casos em que a sua severidade mais tinha a mira, recolher ao coio da impunidade os crimes mais insólitos, mais desmarcados, mais funestos.

Graças a essa indulgência, aclamada sempre na retórica dos nossos parlamentos, ainda não houve presidente nesta democracia republicana que respondesse por nenhum dos seus atos. Ainda nenhum foi achado cometer um só desses delitos, que tão às escâncaras cometem. A jurisprudência do Congresso Nacional está, pois, mostrando que a lei de responsabilidade, nos crimes do Chefe do Poder Executivo, não se adotou, senão para não se aplicar absolutamente nunca. Deste feitio, o presidencialismo brasileiro não é senão a ditadura em estado crônico, a irresponsabilidade geral, a irresponsabilidade consolidada, a irresponsabilidade sistemática do Poder Executivo. De modo que, com a irresponsabilidade inevitável da legislatura, os nossos repu-

blicanos, indiferentes ao sistema da irresponsabilidade em todos os graus, em todos os ramos e em todas as expressões do poder, só não querem irresponsável o Supremo Tribunal Federal.

Esse o terrível ditador, o ditador formidoloso, cuja sombra se projeta sinistra sobre as instituições. Contra os golpes desse, contra as suas maquinações abomináveis, contra os seus insidiosos assaltos à República, é que urge metermos todos os escudos, organizando-lhe rigorosamente a responsabilidade. Mas de que modo? Como a Constituição a quer? Organizando-lhe a responsabilidade nos limites do Código Penal? Não. Instituindo uma pavorosa nomenclatura de crimes novos, inominados, absurdos, cuja capitulação legislativa aboliria totalmente a consciência da magistratura, a sua independência profissional, as garantias da sua vocação, reduzindo ao último dos tribunais o maior de todos.

Nenhum tribunal, no aplicar da lei, incorre, nem pode incorrer, em responsabilidade, senão quando sentencia contra as suas disposições literais, ou quando se corrompe, julgando sob a influência de peita ou suborno. Postas estas duas ressalvas, que nada alteram a independência essencial ao magistrado, contra os seus erros, na interpretação dos textos que aplica, os únicos remédios existentes consistem nas formas do processo, nas franquias asseguradas à defesa das partes e, por último, nos recursos destinados a promover a reconsideração, a cassação, ou a modificação das sentenças, recursos que não se interpõem da justiça para outro poder, mas se exercitam, necessária e intransferivelmente, dentro da própria esfera judicial de uns para outros graus da sua jerarquia.

Fora daí não há justiça, não há magistratura, não há tribunais. Com este nome já os não podereis chamar, se, cometendo-lhes a aplicação da lei, os não constituirdes em árbitros, privativos e absolutos da sua interpretação, se da que eles estabelecerem admitirdes recurso para um poder estranho, se acima deles erigirdes uma entidade maior, com a incumbência de lhes retificar as decisões, e lhes castigar os erros. Admitida uma tal organização, quem teria o direito a se denominar de tribunal, de magistratura, de justiça, era, afinal de contas, unicamente, essa potestade soberana, de cujos oráculos penderiam as sentenças dos

julgadores e a sorte destes, sua liberdade, seu patrimônio, sua honra.

Tal extravagância não acudiu jamais à mente de ninguém. Quem quer que saiba, ao menos em confuso, destas coisas, não ignorará que todos os juízes deste mundo gozam, como juízes, pela natureza essencial às suas funções, o benefício de não poderem incorrer em responsabilidade pela inteligência que derem às leis de que são aplicadores. Haverá nisto mal? Alegar poderiam que há o de se consentir em que escapem de corretivo os erros dos tribunais. Mas autoridade humana, que não erre, onde é que nunca se viu? De errar igualmente não serão susceptíveis os revisores agora indicados para os erros dos tribunais? Pois quando acontecer que acabe errada a justiça dos tribunais, não é mais para temer que comece erradíssima a justiça dos chefes de governo e dos chefes de partido, a justiça das secretarias administrativas e das maiorias legislativas? Pois se, de revisão e de recurso em recurso, a um paradeiro havemos de chegar, onde se estaque, e donde se não tolere mais recurso, nem revisão, por que iríamos assentar esse último elo na política, em vez de o deixar na magistratura? Pois, se da política é que nos queremos precaver, buscando a justiça, como é que à política deixaríamos a última palavra contra a justiça? Pois, se nos tribunais é que andamos à cata de guarida para os nossos direitos, contra os ataques sucessivos do Parlamento ou do Executivo, como é que volveríamos a fazer de um destes dois poderes a palmatória dos tribunais?

Assim como assim, porém, não se conhece, por toda a superfície do globo civilizado, nação nenhuma, em cuja legislação penetrasse a idéia, que só ao demônio da política brasileira podia ocorrer, de criar fora da justiça, e incumbir à política uma corregedoria, para julgar e punir as supostas culpas do tribunal supremo no entendimento das leis.

Dessa extravagante situação, igualmente inaudita que absurda, estão, entre nós, livres todos os juízes, pelos termos em que o nosso Código Penal capitula toda a possível delinqüência dessa classe de servidores do Estado. E nisto nos encontramos de acordo com o mundo inteiro, onde todos os sistemas judiciários, de que nos consta, asseguram à magistratura a mais plena

irresponsabilidade quanto à apreciação do fato e do direito no ato de julgar.[4]

A obrigação de compor o dano e a infâmia em que o juiz romano incorria, por violar o direito e a lei, circunscrevia-se aos casos em que ele a fraudasse com dolo manifesto: *"cum dolo [malo] in fraudem legis sententiam dixerit"*.[5]

O princípio não variou até hoje, ainda hoje se tem por inconcusso; e, por este lado, o desenvolvimento das idéias jurídicas, longe de tender para a solução da responsabilidade, cada vez mais dela nos vai distanciando.[6]

Não é da Constituição atual que data, no Brasil, a existência de um Supremo Tribunal de Justiça. Com a Constituição de 1823, já possuíamos essa instituição, e, durante os sessenta e seis anos que ela viveu sob a Coroa Imperial, nunca ninguém se lembrou de lhe armar um código especial de criminalidade, e, ainda menos, de submeter esse tribunal à jurisdição de nenhum dos seus jurisdicionados.

Agora estai comigo. Veio a República; e que fez? Trocando, na denominação desse tribunal, o predicativo *de justiça* pelo qualificativo de *federal*, não lhe tirou o caráter de tribunal de justiça, inerente, sobre todos, à sua missão constitucional; senão que, pelo contrário, o ampliou constituindo nele o grande tribunal da Federação, para sentenciar nas causas suscitadas entre a União e os Estados, e em derradeira instância, nos pleitos debatidos entre os atos do governo, ou os atos legislativos, e a Constituição.

Ora estai no caso. Ele é certo que, com isto, cresceu imensamente o papel desse tribunal, e de muito mais gravidade se lhes revesti ram as atribuições. Mas daí se poderia seguir, acaso, que, por acautelar o abuso delas, se houvesse de sotopor a consciência do Supremo Tribunal Federal, ao jugo extrajudicial e absolutamente político, de uma das casas do Congresso? Nada menos.

4 Cf. BIDERMANN, Joseph. *La Responsabilité des Magistrats envers les Particuliers*, p. 213, 1912.

5 "*De Judiciis*". *In: Cujacius, Jacobus*. *Opera*, t. 7, liv. 5, ad L. 15 e 16, § 1, col. 223.

6 Cf. BIDERMANN, Joseph, *ob. cit.*, p. 213. Cf. ESMEN *apud* BIDERMANN, Joseph, *ob. cit.*, p. 214.

Primeiramente, notai. Cada um dos Poderes do Estado tem, inevitavelmente, a sua região de irresponsabilidade. É a região em que esse poder é discricionário. Limitando a cada poder as suas funções discricionárias, a lei, dentro nas divisas em que as confina, o deixa entregue a si mesmo, sem outros freios além do da idoneidade, que lhe supõe, e do da opinião pública, a que está sujeito. Em falecendo eles, não há, nem pode haver, praticamente, responsabilidade nenhuma, neste particular, contra os culpados. Dentro do seu círculo de ação legal, onde não tem ingresso nem o corpo legislativo nem a justiça, o governo pode administrar desastradamente, e causar ao patrimônio público danos irreparáveis. Em casos tais, que autoridade o poderá conter, neste regímen? Por sua parte, o Congresso Nacional, sem ultrapassar a órbita da sua autoridade privativa e discricionária, pode legislar desacertos, loucuras e ruínas. Onde a responsabilidade legal, a responsabilidade executável contra esses excessos? E, se os dois poderes políticos se derem as mãos um ao outro, não intervindo, moral ou materialmente, a soberania da opinião pública, naufragará o Estado, e a Nação poderá, talvez, soçobrar. Nem por isso, contudo, já cogitou alguém de chamar, nessas conjunturas, contra os dois poderes políticos, o poder judicial.

É que, contra os desacertos deste gênero, não se concebe outra responsabilidade, senão a da conta que todos os órgãos da soberania nacional a ele devem.

Noutra situação não se acham os tribunais e, com particularidade, o Supremo Tribunal Federal, quando averba de inconstitucionalidade os atos do governo, ou os atos do Congresso.

Declarar, pois, inconstitucionais esses atos quer dizer que tais atos excedem, respectivamente, a competência de cada um desses dois poderes. Encarregando, logo, ao Supremo Tribunal Federal a missão de pronunciar como incursos no vício de inconstitucionalidade os atos do Poder Executivo, ou do Poder Legislativo, o que faz a Constituição é investir o Supremo Tribunal Federal *na competência de fixar a competência* a esses dois poderes, e verificar se estão dentro ou fora dessa competência os seus atos, quando judicialmente contestados sob este aspecto.

Agora o chiste da reforma projetada. O que ela inculca é que, em excedendo o Supremo Tribunal Federal, quando de tal atribuição faz uso, a sua competência, o Senado o chame a contas, o julgue, e o reprima, condenando-lhe os membros delinqüentes. *Risum teneatis, amici!*

Realmente, nunca se chufeou assim com o senso comum. Vejamos o argumento. Supondo que esse tribunal, ao declarar inconstitucional um ato do Poder Legislativo (cinjamo-nos a estes), exorbite da sua competência, qual é a competência de que ele exorbitou? A competência de sentenciar que, perpetrando esse ato, o Poder Legislativo era incompetente.

Tem o Supremo Tribunal Federal autoridade semelhante? Ninguém o poderá negar; visto como o art. 59, da nossa carta republicana, obriga esse tribunal a negar validade às leis federais, quando contrárias à Constituição, e as leis federais são contrárias à Constituição, quando o Poder Legislativo, adotando tais leis, não se teve nos limites, em que a Constituição o autoriza a legislar, isto é, transpassou a competência, em que a Constituição o circunscreve.

Logo, se o exercício desta função judiciária consiste, *precisamente,* em aquilatar e declarar, na suprema instância, que os atos do Congresso Nacional, isto é, os atos nos quais colaboram a Câmara e o Senado juntos, lhes ultrapassam a competência constitucional; se, pois, da competência desses dois ramos do corpo legislativo, acordes e cooperantes, o juiz, na suprema instância, é o Supremo Tribunal Federal, como admitir que da competência do Supremo Tribunal Federal, nessa decisão, possa vir a ser árbitro, ulteriormente, o Senado, isto é, nem mais nem menos, uma das duas câmaras do Congresso?

É superlativo da irrisão, o *nec plus ultra* do absurdo. Atentai bem. Da competência constitucional da Câmara e do Senado, reunidos em Congresso, o último juiz é o Supremo Tribunal Federal. Mas, se, pronunciada por ele a sentença que nega a competência constitucional ao Congresso, não estiver este por ela, da competência desse tribunal em julgar da competência do Congresso o último juiz, o árbitro final, então, vem a ser, única e somente, o Senado.

De sorte que, pela Constituição, o Supremo Tribunal Federal anula as leis do Congresso. Mas o Senado *anula a sentença, que as anular*, fulminando o tribunal, que a proferir.

Decerto essa Constituição endoideceu, já que de estarem delirando não posso eu suspeitar os doutos comentadores, cujo saber no-la figura assim desorientada e treslida.

Um regímen que desse a um tribunal a incumbência de negar validade às leis inconstitucionais, e, ao mesmo tempo, reconhecesse ao corpo legislativo o direito de proceder contra as sentenças desse Tribunal, considerando-as como atentados contra a legislatura, seria a vesânia organizada.

Com que qualificação caracterizaríamos agora, a insensatez daquele, que, depois de confiar a um tribunal a guarda jurídica da Constituição contra as invasões do corpo legislativo, reconhecesse a uma só das duas casas que o compõem o arbítrio de chamar à sua barra esse tribunal como réu, literalmente, em cada um dos seus membros a contínua ameaça de responsabilidade e castigo por atos de consciência, como os de interpretação das leis, que houverem de aplicar, e vede se acertais com algum meio de tratar seriamente, no terreno da lógica e da razão, este ousadíssimo gracejo.

Altas origens teve ele, entretanto; e, não foi, decerto, como gracejo que lhe deram corpo. Nasceu das transcendentes aspirações de uma política decidida a remover todos os tropeços de legalidade no seu caminho para uma dominação total do País. Umas tinturas superficiais do constitucionalismo americano e as vagas notícias do *impeachment* ensaiado nos Estados Unidos contra alguns juízes persuadiram-na de que lhe não seria de todo inexeqüível a traça de burlar o princípio fundamental do sistema que dali trasladamos, o excelso ascendente da justiça na vida constitucional do regímen, criando no Senado uma como inquisição, um tribunal de consciência político, a fim de emascular, turbar e esmagar a consciência jurídica do Supremo Tribunal Federal.

Esqueceram-se de que essa trama tinha no seu próprio objeto a certeza fatal da sua irrealizabilidade. Não admitiram que, propondo-se destruir a Constituição a poder de leis inconstitucionais, vão esbarrar no invencível obstáculo da norma

constitucional, por cuja virtude as leis contrárias à Constituição não são leis. Não viram que todo o arsenal de raios imbeles, forjados com esse intento, iria aniquilar-se de encontro à impassibilidade, com que a vítima alvejada se desembaraçaria da impertinência, limitando-se a encolher os ombros, e não tomar conhecimento da tolice.

Instituído principalmente com o desígnio de recusar execução às leis inconstitucionais, não havia de consentir o Supremo Tribunal Federal em que nele se executassem as mais inconstitucionais de todas as leis contrárias à Constituição. Bastaria, pois, que na evidência dessa inconsticionalidade se envolvesse, para que, ante o seu *non possumus*, lhe caísse aos pés, desfeita em nada, a estrondosa inépcia.

Votando uma lei, que privasse o Supremo Tribunal Federal da autoridade suprema, que a Constituição lhe deu, para negar validade às leis a ela contrárias, o Congresso votaria uma lei contrária à Constituição. Bastaria, pois, ao Supremo Tribunal Federal pronunciar-lhe a inconstitucionalidade, para que a jurisdição inconstitucional, outorgada por essa lei ao Senado, se desmanchasse como uma bolha de ar. Desobedecendo a esse atentado legislativo contra a Constituição, a essa usurpação do Congresso, o Supremo Tribunal Federal se haveria resistente e insubmisso ao abuso da legislatura, para se haver submisso e fiel ao mandado soberano da Constituição, como haver-se costuma e deve, quando quer que a lei ordinária, rebelando-se contra a lei constitucional, deixa de ser lei, e, como tal, cai sob a alçada repressiva daquela justiça.

Não é verdade?

Sim e muito que sim, meus senhores; porquanto, sendo essa instituição, peculiar ao tipo federativo de origem americana, ou, segundo a teoria de Marshall, à natureza das costituições rígidas, essa, a instituição pela qual o Supremo Tribunal Federal está de vela na cúpula do Estado, a todo o edifício constitucional, sendo, torno a dizer, essa instituição, a todas as outras sobreeminente neste ponto de vista, a instituição equilibradora, por excelência, do regímen, a que mantém a ordem jurídica nas relações entre a União e os seus membros, entre os direitos individuais e os direitos do

poder, entre os poderes constitucionais uns com os outros, sendo esse o papel incomparável dessa instituição, a sua influência estabilizadora e reguladora influi, de um modo nem sempre visível, mas constante, profundo, universal, na vida inteira do sistema. Nem ela sem ele, nem ele sem ela poderiam subsistir um momento.

O que se guarda, pois, no bojo desse tentame, destinado a sumir-se e ressurtir com as reaparições ou os eclipses da legalidade na existência nacional, é a transformação do regímen democrático na oligarquia de uma facção imperante no Congresso e centralizada no Senado.

Por isso é que, do aparelho constitucional, na organização da responsabilidade criminal para os nossos grandes magistrados, só essa peça escaparia: a jurisdição do Senado, a peça do maquinismo que mais a frisar está com os interesses da conspirata contra a justiça. Dessa responsabilidade, amplificada e desvirtuada, o juiz privativo seria o Senado, como a Constituição manda quanto à responsabilidade (tão diversa!) que ela estabelece.

Aí se respeitaria a indicação constitucional, visto que nenhuma outra quadraria mais ao justo com o espírito da reforma subversora.

Se no próprio Supremo Tribunal Federal não estivesse, destarte, a barreira insuperável a essa atrevidíssima veleidade, no próprio Supremo Tribunal Federal, insisto, no seu direito inabalável, inalienável, inamissível, no seu direito, que ninguém lhe pode arrebatar e de que ele em caso nenhum poderia decair, nesse direito revestido e abroquelado pelo mais eminente dos seus deveres, o *direito-dever* de guardar a Constituição contra os atos usurpatórios do governo e do Congresso; nesse próprio Tribunal, torno a dizer, não se achasse a muralha invencível a esse cometimento delirante, a Constituição brasileira, na sua essência, estaria toda ela tumultuada e revogada.

Levantando voz de restabelecer a lei constitucional, o que esse aborto de monstruosidade viria, pois, realmente fazer, era adulterá-la com escândalo à luz do sol, e desmontá-la pelos alicerces.

Os crimes de responsabilidade dos membros do Supremo Tribunal Federal, que a Constituição incumbiu ao Senado a mis-

são de julgar, estavam classificados na lei penal preexistente e, pela sua natureza, não deixavam a essa casa do Congresso autoridade nenhuma de onde pudesse resultar ameaça à integridade moral desses magistrados.

No decidir se eles julgaram contra disposição literal da lei, o que se cometeu ao Senado é, meramente, a verificação de um fato material. Quando a lei comina a um crime a prisão, o julgador, que lhe aplica a pena de morte, violou a lei na sua expressão material. Casos deste gênero não abrem margem ao arbítrio. Semelhantemente, quando se responsabiliza um juiz, porque aconselhe as partes, porque recuse ou demore a administração da justiça, porque intervenha nas causas, em que a lei o declara suspeito, porque se corrompa ou venda, porque subtraia ou consuma documentos dos autos, porque solicite mulher que tenha litígio no seu juízo, porque dê ao público o escândalo da incontinência ostensiva, da embriaguez, do vício de jogos proibidos, nada perde, nesses como nos demais casos análogos, com a chamada a contas dos culpados, a inteireza da justiça, cujos distribuidores não podem ser irresponsáveis, se afrontam publicamente a moral, quebram abertamente com a lei, e rompem materialmente com os seus deveres precisos. Tais as hipóteses do *impeachment*, as que a Constituição brasileira contempla, quando estatui que o Senado julgará os crimes de responsabilidade do Supremo Tribunal Federal.

Mas o que se engenha agora é torcer destes limites estritos essa autoridade, para abrir, de roda a roda, ao seu domínio, à sua invasão, a consciência da magistratura suprema, o seu foro íntimo, aquela região defesa a toda a responsabilidade, onde se elaboram as convicções do magistrado, onde o espírito do juiz vai beber a sua apreciação da lei que tem de aplicar. Eis a investidura em que agora se quereria colar uma das Câmaras do Congresso Nacional, exatamente para esbulhar o Supremo Tribunal Federal da sua missão de vigiante sobre os atos do corpo legislativo, para desvencilhar o corpo legislativo do obstáculo, que aos seus desmanchos pôs a Constituição nas atribuições inapeláveis desse grande tribunal.

Destarte aquele, sobre quem se havia de exercer a suprema justiça, esse é o que sobre ela exerceria a justiça suprema. Que homens de lume no olho!

A política brasileira fez do Congresso Nacional um laboratório de atentados e o homizio dos crimes do Poder Executivo. Verificado isto, os reivindicadores da própria irresponsabilidade e os acobertadores da irresponsabilidade presidencial arvoram-se a si mesmos em aplicadores de uma responsabilidade judiciária até agora ignota, destinada a emancipá-los da justiça. Um código draconiano, já formulado, regeria o exercício dessa magistratura *superior à suprema*.

Um código em que todos os atos de independência concebíveis nos ministros da nossa mais alta magistratura se achassem previstos e recebessem daqueles, para conter os quais ela foi especialmente instituída, uma expiação exemplar. Um código em cujo sistema de processo e criminalidade, inquisitoriamente constituído, a integridade judiciária dos guardas supremos da Constituição se reduzisse a massa de pílulas como simples drogas trituradas no gral dos interesses do poder.

Não há nada mais lógico. A política, depois de ter erigido, a pedra e cal, para as culpas de todos os seus agentes, a mais ampla irresponsabilidade, criaria, deste modo, para os que a Constituição instituiu como supremo amparo contra tais excessos, a responsabilidade mais severa, e em tribunal desta responsabilidade arvoraria o corrilho do Senado, a assembléia dos mais acompadrados no interesse pela absolvição desses crimes.

Determinou a Constituição que dos excessos do governo e do Congresso Nacional julgasse em derradeira instância o Supremo Tribunal Federal. Que iríamos fazer agora? Determinaríamos que do acerto das sentenças do Supremo Tribunal Federal no exercício dessa magistratura suprema julgue em instância revisora uma das casas do Congresso Nacional. Era uma alteração de nonada no regímen. Tão-somente lhe viraríamos do avesso a Constituição. Sacrifício bem leve a troco do lucro obtido com arrasarmos a horrível ditadura judiciária.

Parece que esta é, realmente, a ditadura sob a qual o País se viu reduzir ao estado atual, a petição de miséria; e, se dela não

lográssemos obter salvamento menos que acaçapando a Constituição debaixo da cama dos chefes de partido, valeria bem a pena sujeitarmo-nos a passar logo, sem constrangimentos constitucionais de espécie alguma, por essa transformação total do regímen, contanto que acabássemos com os truculentos ditadores do Supremo Tribunal.

Por que singularidades climatéricas seria que a justiça federal viesse, aqui, a ser o poder agressivo, o poder minaz, o poder absorvente denunciado pelos oráculos do republicanismo brasileiro?

Não pensavam assim os grandes homens de Estado, a cujo tino se deve a Constituição dos Estados Unidos. Se manuseardes *O Federalista,* vereis como Hamilton advoga ali essa autoridade extraordinária, que os patriarcas da grande República entregavam à justiça federal sobre os atos do Congresso e do Executivo. O Judiciário, observava o célebre americano, é o mais fraco dos três ramos do poder e, conseguintemente, o menos propenso a usurpar, não tendo influência alguma sobre a espada ou a bolsa pública, não podendo, assim, tomar nenhuma deliberação ativa, e dependendo até, afinal, do governo para a execução das próprias sentenças.[7] Dele, pois, não é de temer que empreenda nada contra as liberdades constitucionais. Todas as cautelas, pelo contrário, deve adotar o povo, para que o Judiciário não seja suplantado pelos outros dois poderes;[8] e, quando entre as duas opressões houvéssemos de optar, menos grave seria sempre a dos tribunais que a dos governos ou a dos congressos.[9]

Estava reservado ao Brasil descobrir, no jogo normal das instituições que copiamos aos Estados Unidos, a ditadura judiciária, balela ridícula, a que a ciência e a experiência americana lavraram, há já um século e um quarto, essa vitoriosa resposta.

As preocupações dos nossos mestraços em sabedoria política, gente de cujo valor temos a cópia na sua grande obra, o

7 Cf. Hamilton, Alexandre *et alii. The Federalist*, n. 78, p. 518-9.

8 Cf. Haines, Charles Grove. *The Conflict over judicial Powers in the United States to* 1870, p. 39.

9 *Id., ib.,* p. 32.

estado atual do País, se fossem porventura sinceras, teriam de se filiar na doutrina francesa, no sistema ultramarino da inferioridade ou subordinação do Poder Judiciário aos atos do Poder Legislativo, constitucionais ou inconstitucionais. Esse, o princípio geral das constituições, que se não categorizam entre as descendentes dos Estados Unidos. A supremacia, contra a qual aqui se estão levantando agora os interesses políticos, a supremacia da justiça na solução das questões de constitucionalidade, é a grande característica do regímen e a sua garantia suprema.[10]

Ainda entre os melhores publicistas europeus, dentre os quais, falando nos mais modernos, bastaria citarmos o nome de Boutmy, essa posição constitucional da justiça nos Estados Unidos se considera como "uma das invenções mais originais, inesperadas e admiráveis, que na história do Direito Público se encontram".[11] Tocqueville, com a sua imensa autoridade, a encarecia como "uma das mais poderosas barreiras, que nunca se elevaram contra a tirania das assembléias políticas".[12]

Essa tirania era a que, nos Estados Unidos, mais inquietara os patriarcas do regímen, e, entre estes, ainda os que mais se distinguiam pelo radicalismo da sua democracia. "Combatido temos, dizia Jefferson, o maior deles, temos combatido, não para estabelecer um despotismo eletivo, mas para fundar um governo livre... Ora, certo é que a opressão coletiva de muitos déspotas pesaria com tanto peso quanto o de um só. Pouco faz ao caso que com os nossos sufrágios os elejamos."[13]

Essa idéia tem-se propagado hoje no próprio continente europeu, havendo, até em França, uma notável corrente de opinião, entre (publicistas e jurisconsultos, estadistas e magistrados, cujos trabalhos reivindicam para a justiça esse poder[14] , que a Constituição dos Estados lhe reconheceu, e uma conjuração de interesses na política brasileira hoje lhe quer subtrair arrojadamente.

10 Cf. Elihu Root *apud* Bowman, Harold M. "*Congress and the Supreme Court*". Political Science Quarterly, New York, vol. 25, p. 21-2, 1910.

11 Boutmy, *Etrid de dnait constit.*, 2ª ed., p. 142.

12 *Apud* Noailles, v. I, p. 221.

13 *Apud* Proal, Louis. "Le Rôle du pouvoir Judiciaire dans les Républiques". *Revue Politique et Parlamentaire*, Paris, 56:560, juin, 1908.

14 Em O Imparcial está: "interesses".

Na Constituição brasileira essa aspiração triunfou em declarações categóricas; e é contra esse triunfo, o maior do nosso direito político, da nossa história constitucional, que se debatem agora o iliberalismo e o obscurantismo da política brasileira empenhada em voltar à onipotência legislativa, em recolocar o legislador acima da Constituição.

Recusando execução aos atos do Congresso Nacional viciados claramente de inconstitucionalidade, a justiça federal não usa tão-somente do seu direito. Este direito lhe resulta da competência, que para tal lhe foi conferida. Mas, essa competência, formulada peremptoriamente nos arts. 59 e 60 da Constituição brasileira, não exprime uma faculdade: traduz um dever, estrito e imperioso, o dever capital dessa magistratura num regímen de poderes limitados, a sua missão específica no regímen federativo, onde, entre a União e os Estados, entre a soberania daquela e a autonomia destes, era mister um árbitro com alçada inapelável nos conflitos constitucionais.

Erguida entre potestades tamanhas como barreira insuperável às demasias de parte a parte, a suprema justiça federal não poderia escapar sempre ao embate das irritações políticas, contrariadas, ora de um lado, ora de outro, pelo arbitramento dessa magistratura. De vez em quando uma lufada mais violenta se levanta contra ela. Por vezes o clamor político, ora dos governos, ora das maiorias, ora das classes contrariadas, lhe sopra derredor com a rijeza dos vendavais. Mas a grande instituição, a mais liberal e, ao mesmo tempo, a mais conservadora do regímen, vai atravessando com serenidade essas inclemências passageiras.

Nos Estados Unidos, através de todas as contradições que, ali mesmo, o têm embatido, a opinião geral lhe atribui o mérito de ser o maior benfeitor da Constituição, de a ter abrigada contra as paixões e os ímpetos do povo, contra os desvarios dos partidos, contra os maus sentimentos regionais.[15] É o grande instrumento de conciliação na história do país.[16] "Os americanos, diz um publicista germânico da maior autoridade, os americanos podem

15 Cf. Williams, John Sharp. "Federal Usurpations". *The Annais of the American Academy of Political and Social Science,* Philadelphia, 32:206, July/Dec. 1908.

16 Cf. Munsterberg, Hugo. *The Americas*, p. 109.

articular restrições e fazer reservas quanto ao presidente e ao seu gabinete, quanto ao Senado e à Câmara dos Representantes.

Mas todo o americano capaz de bem julgar olha para a Suprema Corte com uma admiração sem reserva. Todos eles sabem que nenhuma força, naquela terra, tem feito mais pela paz, pela prosperidade, pela dignidade dos Estados Unidos.

Se nem sempre essa gratidão, essa compreensão dos seus benefícios ali se têm expressado com a devida unanimidade, é que, estabelecida, sobre todas, com a missão de amparar os fracos contra os fortes, os Estados contra a União, os indivíduos contra os governos, as minorias contra as maiorias (tudo isso em que se traduz, principalmente, a missão de guardar a lei constitucional contra a lei ordinária, o direito estável contra o direito variante, as franquias eternas da liberdade contra seus inimigos renascentes sob as transformações infinitas da intolerância e da força), estabelecida com esse destino de pára-choques entre elementos e quantidades tão desiguais, não poderia a Suprema Corte, ainda que as suas decisões emanassem do Céu, e tivessem invariavelmente um cunho divino, não poderia uma ou outra vez, de onde em onde e de longe em longe, deixar de ser desagradável aos muitos, aos maiores, às massas.

No Brasil, onde os governos costumam ser os pais e senhores das maiorias políticas, incorre, de ordinário, na malquerença das maiorias militantes o Supremo Tribunal, desaprazendo aos governos. Nos Estados Unidos, pelo contrário, onde as maiorias legislativas derivam regularmente das maiorias populares, é a estas que contraria a Suprema Corte, quando embaraça os atos da legislatura, na União, ou nos Estados.

O desenvolvimento da legislação social na grande república norte-americana, indo ao encontro das reivindicações socialistas, ao mesmo passo que acoroçoa a novas conquistas e exigências cada vez maiores à expansão democrática, suscita litígios da mais extrema delicadeza, na solução dos quais se estabelecem conflitos graves entre o clamor popular, a marcha triunfal das idéias vencedoras e a santidade constitucional desses direitos, enumerados na declaração americana, cuja guarda o pacto federal reco-

menda aos grandes juízes da União. Nesse caminho, claro está que as sentenças da justiça, adstrita à observância desses textos sagrados, não se podem adiantar com a mesma pressa que as reformas legislativas.

Daí os atritos, os ataques, as sem-justiças, com que a impaciência dessa corrente, nestes últimos dois ou três anos, tem recebido as decisões moderadoras da Suprema Corte, argüindo-a de tendências hostis ao espírito da legislação mais recente. A verdade, porém, é que os atos do grande tribunal respondem com vantagem a esses desabafos de um insofrimento, aliás natural. Longe de se mostrar reacionária, a Suprema Corte, nos Estados Unidos, se tem havido com firmeza e consistência em sustentar as leis estaduais de caráter progressivo.[17]

De 1887 a 1911, período em que se multiplicaram, na legislação econômica e social daquele País, as medidas mais adiantadas, algumas de tipo radical, não menos de quinhentas e sessenta decisões proferiu sobre esses assuntos a Suprema Corte; e apenas em três, inclusive o caso "Lochner v. New York", concernente à limitação do trabalho diário nas padarias a nove horas, averbou de inconstitucionalidade esses atos.[18]

Num livro que acaba de publicar,[19] William Taft, o ex-Presidente dos Estados Unidos, mostra o espírito de progresso, que tem desenvolvido a Suprema Corte, conciliando as garantias constitucionais que resguardam o direito de propriedade, o direito dos contratos e a liberdade do trabalho, com as mudanças operadas, em nossos dias, nas relações comerciais e nas condições sociais. Sem variar da Constituição, nem a esquecer, o grande tribunal tem conseguido harmonizar a sua jurisprudência, através de todas as dificuldades, que essa evolução dificílima lhe opõe, com os sentimentos contemporâneos da nação, com a consciência atual do País.

17 Cf. WARREN, Charles. "*The Progressiveness of the United States Supreme Court*". Sep. da Columbia Law Review. Washington, Apr., 1913.

18 *Id., Ib.*

19 TAFT, William Howard. The *Anti-Trust Act and the Supreme Court.* New York, Harper & Brothers, 1914.

Se a heresia antijudiciária, afagando as paixões populares, acabasse ali por levar de arrancada o senso jurídico e o bom senso americano, com essa transformação, mais que radicalíssima, na substância moral do regímen, é o próprio gênio daquelas instituições que se veria morrer não menos que como morre a liberdade constitucional noutras democracias, quando as nações, deseducando-se da boa disciplina que as tem criado e engrandecido, rompem com as suas tradições tutelares.

A questão com que ora nos defrontamos, dizia, o ano atrasado, na Escola de Direito de Yale, uma voz autorizada, a questão que ora temos frente a frente é se havemos de abandonar os nossos antigos ideais. Continuamos a ser um governo da lei, ministrado pelos tribunais, ou iremos converter-nos em um governo de agitadores desinsofridos, que apenas toleram lei e tribunais, enquanto os tribunais e a lei estão de acordo com as veleidades populares da ocasião? Graves questões são estas, que interessam mesmo a raiz mesma do nosso sistema de governo.[20]

E como lhes responde o tino político da nação americana? Fiando inteiramente de si mesma a resistência e o triunfo contra esses indícios de um mal, que a sua vitalidade eliminará sem abalos no vigor do organismo.

A nossa república anglo-saxônica, raciocinam ali os melhores espíritos, sempre se prezou de senso comum, que anima o nosso povo, sempre se desvaneceu de que as teorias extremadas nos não encantam, de que nos não enfeitiçamos de frases nem caímos em chamarizes de palavreado. A índole conservadora do nosso povo já se tornou proverbial, e o nosso foro tem sido a força guiadora que preserva as aspirações populares de se esgarrarem, seduzidas por ídolos estranhos.[21]

Com esse temperamento de uma raça caldeada em séculos de jurismo, se me consentis de cunhar o vocábulo, e com as luzes dessa cultura jurídica, em que nos Estados Unidos, com a classe dos advogados, brilha a magistratura americana, mas os

20 HORNBLOWER, William B. *The Independence of the Judiciary, the Safeguard of Free Institutions*, p. 4

21 *Id., loc. cit*.

seus professores, os seus escritores, a florescência exuberante das suas universidades, com todos esses elementos se constitui uma base de estabilidade, onde as agitações do radicalismo socialista encontram o necessário quebra-mar.

Os americanos sentem que a civilização consiste em submeter as vontades da maioria aos direitos da minoria. Os ideais, de que se nutre a civilização, consolidaram-se à força de lento, desvelado e penoso labutar.

Alimentado nessa educação, aquele povo, nas classes onde reside o seu elemento vital, não se ilude quanto à natureza desorganizadora das aventuras revolucionárias, que se lhe reservariam na reação contra a justiça. Ele não a quer substituir pela violência, pela ditadura das multidões, pelos imprevistos de uma democracia sem freios.

De quando em quando, observa o escritor que acabamos de ouvir, de quando em quando nos sentimos chamados a arcar com uma explosão de paixões primitivas, sob as formas da Lei de Lynch. O espírito da Lei de Lynch tanto se pode manifestar em acomentimentos contra indivíduos, como em investidas aos tribunais. Os nossos maiores, neste País, traçaram salvaguardas aos direitos da minoria contra os impulsos transitórios da maioria, impondo restrições constitucionais à autoridade legislativa. E, com o dever, que lhe incumbe, assim de precisar, como de pôr por obra essas limitações constitucionais, recusando execução às leis viciosas por inconstitucionalidade, o Poder Judiciário veio a ser, para esses direitos fundamentais da minoria, a proteção e a defesa. [22]

Descumprida essa missão,

dia virá, em que a força ocupe o lugar do direito, e ao governo do povo todo por todo o povo, e para todo o povo suceda o governo absoluto de uma simples maioria do eleitorado em benefício exclusivo dessa maioria mesma. Nesse dia terá expirado o governo da lei e da ordem.[23]

Mas, esse dia não temos receio que chegue, temos fé que não chegará, certeza temos que não pode chegar, preservada como

22 *Id., loc., cit.*
23 *Id., ib.*, p. 15.

se acha a nação americana de tamanha, tão imensa, tão infinita calamidade pelo instinto jurídico do seu temperamento e pelo caráter jurídico da sua cultura.

Se, porém, tal calamidade se pudesse verificar, o que nela se abismaria, não eram só os destinos do regime federativo: era a própria sorte do governo presidencial. Um Estado constituído por uma união indissolúvel de Estados, como é a Federação, não pode manter a comunhão estabelecida entre estes, sem um grande conciliador judiciário, um tribunal, que lhes dirima os conflitos.

O presidencialismo, por sua vez, não tendo, como não tem, os freios e contrapesos do governo parlamentar, viria a dar na mais tremenda forma do absolutismo tumultuário e irresponsável das maiorias legislativas, das multidões anônimas e das máquinas eleitorais, se os direitos supremos do indivíduo e da sociedade, subtraídos pela Constituição ao alcance de agitações efêmeras, não tivessem na justiça o asilo de um santuário impenetrável.

Os que, no Brasil, resolvemos de não entregar esta bandeira, os que determinamos de a sustentar contra tudo, os que não tememos de errar, com ela abraçados, os que esperamos de a ver dominando, afinal, a política republicana, os que juramos de a servir com toda a constância de uma convicção quase religiosa, temos, para no-la alimentar e retemperar, a lição não desmentida nunca em toda a experiência humana, de que, em todas as espécies de governo compatíveis com a nossa condição livre de homens, a necessidade fundamental está em opor um sólido refreadoiro ao uso excessivo e caprichoso do poder.

"Meio único e só."

Ora, o *meio único e só*, até hoje descoberto, com qual o povo pode opor a si mesmo esses freios, são os tribunais de justiça, criados para medir a justiça aos fracos e indefesos, assim como aos fortes e poderosos, com ânimo igual, honesto e destemido.[24]

24 THOM, Alfred P. *The Judicial Power and the Power of Congress in its Relation to the United States Courts*, p. 16, 1912.

Contra estas verdades certas e sem engano teçam os empreiteiros do serviço oficial os argumentos do costume. Não serão, sequer, desses a que aludia o grande pregador, "argumentos de grande boato, antes de se lhe tomar o peso". São argumentos, cujo ressoar de ocos não dá nem mesmo para boato. O dia que com eles nos embaraçássemos teríamos desaprendido o que sabemos das primeiras letras em matéria constitucional.

Mas a justiça não pode ser esse dique sério, que se quer às exorbitâncias dos outros dois poderes, às suas correrias no território da inviolabilidade assegurado pela carta do regímen, aos direitos nela declarados, se esses dois poderes se não considerarem na obrigação mais estrita de ceder e recuar ante a justiça, quando promulgadas as suas supremas sentenças. Aqui não há meio-termo. Ou tudo, ou nada. Ou a tal se não acham adstritos esses dois poderes; e então um e outro são soberanos na discrição de se excederem. Ou, se o limite aos seus excessos reside eficazmente na justiça, as sentenças finais desta impõem-se ininfringivelmente aos outros dois poderes.

Da essência da posição do Supremo Tribunal Federal entre as demais instituições americanas é, portanto, que esse tribunal seja o juiz supremo e irrecorrível da sua competência, assim como da dos outros poderes do Estado.[25] Quando ele se pronuncia, a sua decisão constitui, definitivamente, lei,[26] e a mais alta lei do país, "*the highest law of the land*",[27] e não se pode revogar senão mediante reforma da Constituição.[28]

A outra doutrina, a que pretendesse conciliar com a missão, confiada à justiça, de árbitra suprema nas questões de constitucionalidade, o jus, reservado ao governo e ao Congresso, de se não submeterem aos seus julgados, nessas controvérsias, essa doutrina atribuiria àquele sobre quem se outorga a jurisdição, privativa, o direito de anular a competência daquele, a quem a ju-

25 Cf. WATSON, David K. *The Constitution of the United States*, vol. 2, p. 1.183, 1.190 e 1.192.
26 Cf. MÜNSTERBERG, Hugo. *The Americans*, p. 106.
27 *Id., ib.*, p. 110.
28 *Id., loc. cit.*

risdição foi privativamente outorgada. Contradição nos termos. Absurdo palpável. Inversão manifesta. Disparate rematado.

Nessas matérias, os outros poderes julgam unicamente em *primeira instância*.[29] Quando o governo ou o Congresso praticam um ato, é que o reputam constitucional, e, praticando-o, lhe conhecem, até aí, da constitucionalidade. Mas, em intervindo na espécie o julgador supremo, se o seu julgamento nega a constitucionalidade a esse ato, cessou a lide, e a autoridade neste ponto sujeita a recurso, cede à outra, de cuja decisão nenhum recurso pode haver. A segunda instância reforma as decisões da primeira. Esta, seja o Presidente da República, seja o Congresso Nacional, não pode, constitucionalmente, resistir ao julgado supremo.

O Supremo Tribunal, logo, sendo o juiz supremo e sem apelo na questão de saber se qualquer dos outros poderes excedeu à sua competência, é o último juiz, o juiz sem recurso, na questão de saber se é, ou não, político o caso controverso. Porque a segunda questão outra coisa não vem a ser que a primeira. *Políticos* se chamam os assuntos privativos à competência do Executivo ou do Congresso. Portanto, se da competência do Executivo e do Congresso, árbitro final é o tribunal supremo, na questão de ser político, ou não, o ato discutido, o tribunal supremo é o árbitro final.

Nem, a tal respeito, não há dúvidas nos Estados Unidos. O direito, que no Brasil agora se pretende avocar ao Congresso Nacional (e, até, ao governo), de rejeitar, como invasoras da sua autoridade, sentenças do Supremo Tribunal Federal, importaria em elevar o Congresso Nacional a juiz definitivo dos seus próprios poderes. É o que existia nos Estados Unidos antes da Constituição, um de cujos objetos foi justamente remediar a esse estado anárquico de coisas, dando ao Poder Judiciário a situação arbitral, que passou a ocupar entre os outros dois poderes.[30] É o que exis-

29 Cf. BONDY, William. *The Separation of Governmental Powers in History, in Theory, and in the Constitutions, p. 62. GARNER, James Wilford. Introduction to Political Science*, p. 596.

30 Cf. ELLIOTT, Charles B. "*The Legislature and the Courts: The Power to Declare Statutes Unconstitutional*". Political Science Quarterly. New York, vol. 5, p. 226, 1890.

te em todas as constituições européias. A Constituição dos Estados Unidos transferiu (esta a sua feição capital), essa atribuição do Congresso para a Corte Suprema.[31]

Se o Presidente da República ou Congresso Nacional pudessem recusar execução às sentenças do Supremo Tribunal Federal, por as considerar inconstitucionais, ter-se-iam, destarte, constituído em instâncias revisoras dos atos daquela justiça.[32] Toda a vez que o Poder Executivo, seja qual for o motivo alegado, negue obediência a uma decisão judicial definitiva, incorrerá em quebra formal da Constituição, e, portanto, na mais grave das responsabilidades.[33]

"Não há nada, realmente, mais artificial", diz um respeitável autor moderno, do que a distinção entre questões *políticas e jurídicas*. Questões políticas há (acabamos de o ver, falando na interpretação dos tratados), que são questões jurídicas.[34]

Político fora da presença da justiça, um litígio pode assumir o caráter de judiciário, assumindo a forma regular de uma ação.[35]

O efeito da interferência da justiça, muitas vezes, não consiste senão em *transformar*, pelo aspecto com que se apresenta o caso, uma questão *política* em questão *judicial*.[36]

Mas a atribuição de declarar inconstitucionais os atos da legislatura envolve, inevitavelmente, a justiça federal em questões políticas.[37] É, indubitavelmente, um poder, até certa altura, político, exercido sob as formas judiciais.[38] Quando a pendência toca a

31 WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*, vol. 1, p. 2-4, NOAILLES, *Duc de. Cent Ans de République aux Etats-Unis*, vol. 2, p. 145.

32 Cf. BONDY, William. *The Separation of Governmental Powers*, p. 66.

33 *Id., ib*. p. 67.

34 DONKER CURTIUS, M. F. *"Cassation et Arbitrage". Revue de Droit International et de Législation Comparée, Bruxelles*, 12(2): 34, 1910.

35 RANDOLPH, Carman F. *The law and Policy of Annexation, p. 105. GUITTEAU, William Backus. Government and Politics in the United States*, p. 220.

36 GNPTEAN, Government Potitics in the United States, p. 34.

37 Cf. BEARD, Charles A.. *American Government and Politcs*, p. 310, 314. GARNER, James Wilford. Introduction to Political Science, p. 606.

38 Cf. WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States,* vol. 2, p. 1.009 e 1.011. WATSON, David K. *The Constitution of the United States*, vol. 2, p. 1.097.

direitos individuais, a justiça não se pode abster de julgar, ainda que a hipótese entenda com os interesses políticos da mais elevada monta.[39]

Para ver que esta função, pelo menos no Tribunal Supremo, é, substancialmente e às vezes eminentemente política, basta refletir que política, no mais alto grau, é a fixação das relações constitucionais entre a União e os Estados, e, todavia, ao Supremo Tribunal é que toca estabelecê-las. Políticas vêm a ser, indubitavelmente, as questões suscitadas sobre o direito a cargos políticos. E, não obstante, da competência da justiça federal na decisão de tais controvérsias, ainda mesmo quando o título discutido seja o de governador de Estado, não minguam, de todo, arestos, na jurisprudência americana.

Toda a história dos Estados Unidos, em suma, está cheia da ação política da Suprema Corte, ação exercida, é certo, sob a reserva severa das formas judiciais, mas nem por isto menos política, assim na sua substância, como nos seus resultados. Esta ação, dominando a política quanto aos direitos da União e aos dos Estados, tem pendido ora para estes, ora para aqueles, favorecendo, em certas épocas, a expansão da autoridade nacional, e estreitando, noutros períodos, essa autoridade.

Cem vezes já se tem dito que *casos políticos*, no sentido em que se utiliza esta qualificação, para excluir a ingerência da justiça, vêm a ser os que o são *exclusivamente*, e têm o caráter de absolutamente discricionários.[40]

Mas, ainda no aplicar deste critério, sob qualquer das duas formas em que ele se enuncia, convém proceder com o maior tento; porque uma e outra, quando não utilizadas com a devida atenção, nos podem equivocar sobre as verdadeiras divisas, que estremam o território político do judicial.

39 Cf. *Cases Argued and Decided in the Supreme Court of the United States*. James E. Boyd, Piffs. *in* Err. v. *The State of Nebraska,* ex rel. John M. Thayer. 143 United States, 135. Lawyers' Edition, 36: 103. William S. Taylor and John Marshall, Piffs. *in* Err. v. J. C. W. Beckham, Dft. in Err. 178 United States, 548. Lawyers' Edition, 44: 1.187. BALDWIN, Simeon E. *The American Judiciary*, cit., p. 48-9.

40 Cf. BONDY, William. *The Separation of Governmental Powers*, p. 62. podem equivocar sobre as verdadeiras divisas, que estremam o território político do judicial.

Emergências haverá, e têm havido, na América do Norte, em que a Suprema Corte se tenha visto obrigada a conhecer de questões *meramente políticas*. Em tal caso, estão as de duplicatas de governos estaduais.[41]

Mas por quê? Porque na espécie em litígio se suscita controvérsia *acerca de um direito precisamente definido na lei*. Quando tal discussão, com efeito, surgir entre particulares num litígio travado sobre a subsistência legal de contratos, que se houverem celebrado sob as leis de um desses governos, lícito não é ao tribunal abster-se de se pronunciar acerca de uma questão, que ele evitaria como política, se debaixo de outro ponto de vista ali se suscitasse.

Por outro lado, ainda em relação ao exercício de funções discricionárias pode caber a interferência judicial, ensinam os mestres da jurisprudência americana, se delas *"abusar clara e grosseiramente"* o poder, a quem *competirem*.[42] Dar-se-á essa hipótese, quando, por exemplo, a pretexto, em nome ou sob a cor de exercer atribuições tais, o governo ou o Congresso as ultrapassarem, perpetrando atos, que, evidentemente, nelas não caibam.

Ainda quando se trate de poderes *totalmente discricionários*, o de que não conhecem os tribunais, é do modo como tais poderes, uma vez existentes, são exercidos, nas raias que lhes traçou a eles a lei. Mas da alçada incontestável dos tribunais será entenderem na matéria, para examinar duas questões, se forem levantadas: a da existência desses poderes e a da sua extensão, comparada com o ato controverso. Se a autoridade *invoca uma atribuição inexistente, ou exorbita de uma atribuição existente*, embora discricionária dentro dos seus limites, não pode a justiça recusar o socorro legal ao direito, do indivíduo ou do Estado, que para ela apelar.

Assim é que, embora se haja por inteiramente política e absolutamente discricionária, nos órgãos da soberania nacional a

41 Cf. JAMES, Edmund J. "*Bryce's 'American Commonwealth*'". Annals of the American Academy of Political and Social Sience, Philadelphia, vol. 7, p. 395-8, Jan./Jun. 1896.

42 Cf. BONDY, William. *The Separation of Governmental Powers*, p. 126-7.

quem pertence, a *declaração* do estado de sítio, se os *atos de execução* excederem a medida constitucional ou legal, legítima será e indenegável a interposição da justiça, já quanto à restituição do direito extorquido, já quanto à reparação do dano causado.

O autor que, mais recentemente e mais *ex professo*, ventilou esta matéria, tão obscurecida, no Brasil, pelas sutilezas e chicanas dos sofistas políticos, é o que mais luz derrama no assunto; e as fórmulas, a que chegou, são, a meu ver, claras e terminantes.

Não há, diz ele, *não há exceção ou exclusão contra os casos que apresentem questões de natureza política, ou envolvam atos oficiais dos ramos políticos do governo.* Quando quer que se impugnarem medidas políticas, legislativas, executivas ou administrativas, num pleito legal, como causa próxima de uma lesão donde resulte dano, alegando-se que tais medidas não são autorizadas pelas leis do País, ou as transgridem, esses atos se tornam sujeitos ao conhecimento da justiça; entendendo-se que, ou emanem do presidente, ou provenham dos seus subordinados, ou sejam diretamente autorizados pelo Congresso, investido está o tribunal de jurisdição, para, na lide pendente, de direito ou eqüidade, caso ela envolva esses atos, quanto à sua constitucionalidade, investigar e decidir se são válidos, ou nulos. O essencial, para existir a jurisdição, é, unicamente, que uma pessoa idônea como autora no pleito haja sido lesada ou prejudicada por certo e determinado ato oficial, ou do governo, e com ele se averigúe ter-se contravindo à Constituição.[43]

O critério, pois, continua luminosamente este expositor:

o critério não consiste em ser a questão de natureza política, ou não política, mas em ser susceptível de se propor sob a forma de uma ação em juízo. [...] A conclusão geral, portanto, podê-la-emos enunciar nestes termos: as lides políticas vêm a cair sob a competência do Poder Judicial, toda a vez que envolverem a questão de se saber se o ato, que se discute, do Poder Executivo ou Legislativo, infringe, ou não infringe preceito da Constituição.[44]

43 COUNTRYMAN, Edwin. *The Supreme Court of the United States*, p. 191-2.
44 *Id. Ib.,* p. 192.

Mas, como quer que seja, e seja como for, senhores, o que não tem dúvida nenhuma, é que, ante as disposições constitucionais cujo texto faz do Supremo Tribunal Federal o juízo de última instância, nos pleitos onde se argüirem de inconstitucionalidade atos presidenciais ou legislativos, esse tribunal é o árbitro final dessas questões; esse tribunal é, em tais questões, o juiz exclusivo da sua competência; esse tribunal não pode estar sujeito, nos seus membros, à responsabilidade criminal por decisões proferidas no exercício de semelhante autoridade; esse tribunal, nas sentenças que em nome desta autoridade pronunciar, tem o mais absoluto direito a vê-las acatadas e observadas pelos outros dois poderes.

Nestas normas está em essência o melhor de todo o nosso regímen. Desconhecidas elas, a República Federativa mudaria completamente de natureza. Em todos os regimes livres, os poderes políticos têm freios e contrapesos à sua vontade, inclinada sempre a transpor as barreiras legais. Sob o governo de gabinete, esses freios e contrapesos estão, quanto ao Poder Executivo, na responsabilidade ministerial, e, quanto às câmaras legislativas, na dissolução do Parlamento. Com o governo presidencial, onde não existe nem o apelo das minorias parlamentares para a nação, nem a responsabilidade parlamentar dos ministros, a garantia da ordem constitucional, do equilíbrio constitucional, da liberdade constitucional, está nesse templo da justiça, nesse inviolável sacrário da lei, onde a consciência jurídica do País tem a sua sede suprema, o seu refúgio inacessível, a sua expressão final.

O culto deste princípio soberano é, para nós outros, uma religião, e deve ter altares nesta Casa, altares onde o sentimento puro do nosso direito nacional se acrisole, no estudo e no desinteresse, para contaminar o trabalho subterrâneo das ambições, que a política arregimenta, solicita em acabar com todos os estorvos à transformação do governo absoluto dos cabeças de partidos, anelados pelas facções.

Permiti, senhores, a um crente dessa velha fé abandonada, a uma alma cujas derradeiras esperanças na sorte deste regímen se vão rapidamente desvanecendo uma a uma, permiti-lhe volver os olhos para esses horizontes, onde os constituintes de 1890 víamos desenhado o futuro das nossas instituições, e reivindicar-

lhes a honra contra os aventureiros, que invadiram estas sagradas paragens da idéia republicana com as malocas da sua selvageria e as feiras da sua ciganagem.

Terminando, só me resta suplicar-vos me perdoeis a liberdade que tomei, de honrar o ato da minha posse, ocupando-o com este exame, desalinhado e imperfeito, da maior das nossas instituições constitucionais, sua magnitude, suas prerrogativas, seus benefícios incomparáveis.

Se essas considerações, a que a tristeza destes dias miseráveis, de luto, desalento e angústia me não consentiu imprimir forma, dar método, comunicar algum valor, tonando-as dignas deste auditório, espertarem as vossas reflexões, obtiverem o concurso do vosso assentimento, estimularem, entre os hábeis, entre os moços, entre os honestos, o sentimento do atentado, que se projeta contra o regímen, contra a pátria e contra a humanidade nessa reação contra a justiça, desenvolvida, nos atos recentes do nosso governo, lado a lado com a reação contra a publicidade, contra a imprensa, contra os direitos da palavra, terei ganho o meu dia, meus colegas, meus senhores, num salário maior que toda a minha valia, toda a minha esperança, todo o resto da minha vida.

NOTICIÁRIO

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR NICANOR CALÍRIO DA SILVEIRA

"Excelentíssimo Senhor Desembargador Antonio Fernando do Amaral e Silva, digníssimo Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Excelentíssimas autoridades cujos nomes já foram de início declinados. Eminentes Desembargadores. Estimados familiares, parentes, amigos, minhas senhoras e meus senhores.

Estes últimos dias têm sido muito ricos em fortes emoções. Somente aqueles que tiveram o privilégio de serem conduzidos ao mais alto grau da Justiça catarinense podem avaliar com maior exatidão. Uma nova e profunda emoção, entretanto, acaba de ser acrescentada. Refiro-me às palavras elogiosas proferidas pelo nosso querido Presidente do Tribunal. Suas palavras, Senhor Presidente, são fruto de sua bondade para comigo e da amizade com que me distingue. Vossa Excelência tem minha admiração não somente pela magnífica gestão na Presidência deste Tribunal, mas também pelo brilhantismo de sua carreira de magistrado, motivo de orgulho para a Justiça catarinense e, também, por ocupar lugar de destaque dentre as maiores autoridades em matéria de direito relacionado à Infância e Juventude.

Portanto, receber de Vossa Excelência tão bela homenagem exige de mim um coração muito forte e um enorme esforço para não permitir que a vaidade me domine. Muito obrigado, senhor Presidente.

Minha história na magistratura catarinense teve início no ano de 1981 quando, perante este egrégio Tribunal de Justiça, sob a Presidência do renomado Desembargador Ivo Sell, prestei o compromisso de bem exercer as funções de Juiz Substituto.

Revendo o passado, tenho imensas lembranças da época em que dei início ao exercício da judicatura, na condição de Juiz Substituto, nas comarcas de Itajaí, Piçarras, Abelardo

Luz, São Lourenço do Oeste, Campo Erê, Itapiranga, Palmitos, Xaxim, Ponte Serrada e, como Juiz de Direito Titular, nas comarcas de São Domingos, Mondaí, Xanxerê, Balneário Camboriú, Tubarão, Itajaí e, finalmente, na Capital.

O caminho por que passei não foi fácil, como não foi fácil para a maioria dos magistrados que, dispostos a fazer carreira, deixaram suas cidades para se dirigir às pequenas de nosso corajoso extremo oeste, com muito poucas opções de lazer, longe dos amigos da época da infância e da juventude, longe dos parentes, residindo em casas, muitas vezes sem conforto, enfrentando hábitos e culturas diferentes, tendo que, a tudo isso, adaptar-me rapidamente.

O tempo demorava para passar e o retorno para a Capital parecia um sonho muito distante.

Durante a minha trajetória funcional, deparei-me com situações angustiantes, quando tinha a impressão de que o direito era impotente, principalmente quando se tratava de questões que envolviam internamento de menores, ou encarceramento de homens e mulheres desencaminhados, pois se constatava a insuficiência de recursos materiais para recuperar o indivíduo. Todavia, o desejo de vencer era mais forte e o calor humano que recebi dos funcionários dos fóruns, dos colegas Juízes, dos Promotores de Justiça e da própria comunidade das comarcas por onde passei deramme forças para perseverar no caminho que havia traçado quando do meu ingresso na magistratura, em direção ao nosso Tribunal de Justiça.

Na Capital, guardo boas recordações da Corregedoria-Geral da Justiça, na qual tive o privilégio de exercer as funções de Juiz Corregedor, a convite dos renomados Desembargadores Rubens Odilon Antunes Córdova, João Martins, Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho e Wilson Guarany Vieira, homens de caráter, magistrados de alto saber jurídico, cujo exemplo de trabalho, de firmeza e de honestidade sempre procurei seguir, o que, sem dúvida, foi de vital importância para que eu também tivesse a feliz oportunidade de poder conviver, na condição de colega, embora modesto, com os ilustres Desembargadores deste Tribunal. Ainda na Corregedoria-Geral da Justiça, tive a honra de consolidar sincera amizade com os então Juízes Corregedores José Antonio Torres Marques, Ricardo Orofino da Luz Fontes, atualmente Desembargadores, e os ilustres Juízes Vitor Sebem Ferreira, Henry Goy Petri, Tulio Pinheiro e Roberto Lucas Pacheco. A estes brilhantes magistrados meus profundos agradecimentos pelo companheirismo e pelas experiências compartilhadas, que foram decisivas para o meu crescimento profissional e pessoal.

Assim é que, com a ajuda do grande arquiteto do universo e dos leais amigos, tenho a felicidade de chegar a este Tribunal de gloriosas tradições. Meu exemplo e os de tantos insignes Desembargadores devem encorajar os novos Juízes, dentre os

quais destaco meu filho, Humberto Goulart da Silveira, recém-promovido para a comarca de Dionísio Cerqueira, cuja promoção ocorreu simultaneamente com a minha, na Sessão do Tribunal Pleno do dia 17 de setembro último, tendo sido assinados ambos os atos de nomeação, graças à sensibilidade do nosso querido Presidente Desembargador Amaral e Silva, na mesma data e na minha presença. Não posso encontrar palavras para descrever a emoção que vivi naquele instante. Por isso, Senhor Presidente, resta-me agradecer comovido o gesto de Vossa Excelência, de fazer coincidir o início de minha carreira no segundo grau, com a do meu filho Humberto no primeiro grau da Justiça catarinense. Vejo isso como um bom presságio, um futuro alvissareiro.

Tenho também a alegria de contar com o meu irmão, Cyd Carlos da Silveira, promovido recentemente para a comarca de Indaial, nos quadros da Magistratura catarinense. Referindo-me ao meu filho Humberto e ao meu irmão Cyd, dirijo-me a todos os juízes principiantes: não desanimem, enfrentem as dificuldades com valentia e permaneçam firmes no propósito de que um dia havereis de alcançar o sonho almejado. Seguindo esse caminho e com a ajuda de Deus, por certo o objetivo será atingido.

Na nossa carreira de magistrado, deparamo-nos com algumas decepções, as quais, entretanto, fazem parte da vida de qualquer profissional de carreira. No nosso quadro de juízes, todos possuem o mérito que deveria conduzir-nos à promoção pleiteada, todavia, dentre os inscritos, o Tribunal tem de fazer uma escolha, uma tarefa que, tenho certeza, é bastante difícil. Não há, pois, como o nosso egrégio Tribunal demonstrar, por meio de uma promoção, o seu reconhecimento pelo trabalho desenvolvido por todos os juízes singulares, pois, a cada votação, um apenas será o escolhido. Assim, jovens juízes, quando não fôreis os escolhidos para a promoção desejada, continuem em frente com a mesma vontade de vencer, pois conforme nos ensina Rudolf Von Ihering (A Luta pelo Direito): 'O fim do direito é a paz, o meio de atingi-lo é a luta. A vida do direito é a luta — uma luta dos povos, dos governos, das classes sociais e dos indivíduos'.

Quero também, neste momento, dirigir-me aos meus colegas juízes que disputaram comigo, de forma elegante e leal, a vaga para o cargo de Desembargador. A eles meus agradecimentos pela lisura de suas condutas, o que não constituiu nenhuma surpresa, pois todos sempre foram mais do que simples colegas meus, mas verdadeiros amigos, de reconhecida inteligência e de grande prestígio em nosso meio jurídico, merecedores também do cargo de Desembargador para o qual preenchem todos os requisitos e que valorizaram minha vitória.

Nós, intérpretes da lei, devemos sempre ter em mente que não podemos agradar a todos, pois a complexidade do sentido de justiça não permite uma uniformização de postura, de forma que a justiça terá diferentes

nuanças para diferentes pessoas. Entretanto, o mais importante é que o indivíduo venha a sentir a importância do direito como condição moral de sua vida.

Reputo de fundamental importância para o magistrado a procura da paz social quando fizer cumprir a lei, muito embora saibamos que não possuímos os meios plenos para tornar eficazes todas as ordens judiciais. Agora, com mais experiência, começo uma outra trajetória. Estou ciente de que a nova função exige de mim perspicácia e conhecimento profundo do direito, a fim de poder acompanhar os meus pares. Porém tudo farei para não decepcioná-los, e desde já peço suas orientações, pois efetivamente delas irei necessitar.

Eminentes Desembargadores, procurarei retribuir a confiança em mim depositada quando fui eleito, na inesquecível Sessão do dia 17 de setembro último, para compor esta gloriosa Corte de Justiça e podem contar com este humilde colega para compartilhar as angústias do dia-a-dia, pois, somente seremos fortes, existindo união entre nós.

Perseguirei, na minha nova caminhada, o mesmo padrão de conduta que sempre adotei, no qual os valores que distinguem os pobres dos ricos não são tomados em consideração, mas, sim, serão considerados os atos que violarem o direito, levando em conta que o magistrado, não podendo agradar as duas partes envolvidas no processo, deve aliar-se ao direito e desprezar outros interesses envolvidos.

A razão da nossa existência funcional é distribuir o direito, sem distinguir as pessoas, pois só assim contribuiremos para a formação de uma sociedade mais justa. É certo que as exigências da sociedade no tocante a uma maior celeridade do Poder Judiciário são procedentes. Porém, para que tal ocorra, necessitamos do apoio de outros Poderes Constituídos.

Como bem assinalou o renomado Desembargador Volnei Ivo Carlin 'A Justiça de hoje, no Brasil, chegou a um ponto em que, ou se aperfeiçoa, ou fica irremediavelmente defasada em relação às necessidades do País.

'É hora de se considerar a atividade jurisdicional tão importante como a educação, a saúde e a habitação, dando a ela uma estrutura ágil e eficiente, para que seja forte e acompanhe a dinâmica da realidade social a que se destina'.

Porém, conforme asseverou o renomado Desembargador Rui Fortes, o que ainda alivia nossa angustia é que 'a crise do Judiciário é a crise da nação. O Poder Judiciário não fez a crise. Recebeu-a de fora. Tem o encargo de solucionar uma litigiosidade crescente, sem que lhe concedam os meios e os instrumentos necessários para enfrentá-la'.

Nesse contexto, é digno de louvor o trabalho incessante do nosso ilustre Presidente Desembargador Amaral e Silva que, apesar de dispor de um orçamento apertado, vem conseguindo, dia a dia, por meio de uma luta árdua, levar o Poder Judiciário aos

locais mais longínquos, proporcionando um melhor acesso à Justiça, essencialmente para as pessoas mais necessitadas.

Lamentavelmente, estamos atravessando momentos difíceis, em virtude de modificações que nossos dirigentes e representantes pretendem implantar na Constituição.

No entanto, deposito minhas esperanças no Parlamento Brasileiro, pois formado de homens dignos, conhecedores das necessidades da sociedade e por isso não permitirá o aniquilamento da máquina estatal.

Finalmente, devo, neste momento, fazer alguns agradecimentos às pessoas que me são especialmente caras. Agradeço ao meu sogro e amigo Clóvis de Souto Goulart e Dona Olga, pelas orientações transmitidas. Lembro-me de um conselho: 'depois da luta vem a bonança'. Meu amigo, suas previsões concretizaram-se. Agradeço aos meus cunhados pelo apoio recebido durante toda a minha carreira. Aos meus irmãos Cláudio, Calírio, Claudete, Cléia e Cyd meus agradecimentos pelo companheirismo e lealdade que sempre compartilhamos. Aos meus filhos, que sempre estiveram comigo, e que foram a minha maior alegria em terras tão distantes. Quero agradecer especialmente à minha esposa e companheira Carmen, que comigo seguiu os caminhos que me levaram ao Oeste, ao Vale e ao Sul de nosso Estado, encorajando-me e apoiando-me. Esposa, companheira e mãe exemplar, que com seus exemplos e dedicação educou o meu filho Humberto, magistrado, minha filha Luciana médica e a nossa caçula Beatriz, que está seguindo o mesmo caminho. Tenho a certeza de que sem a presença de minha querida Carmen não alcançaria este momento tão importante na minha vida. À querida minha mãe, mulher guerreira, dedicada que me educou e que sempre orou para que eu fosse feliz na minha vida pessoal, familiar e profissional. Saiba, minha mãe, que Deus ouviu as suas preces. Ao meu saudoso e querido pai, presente em espírito, cuja saudade é interminável. Dele recebi formação e conselhos e tenho a certeza de que nunca pagarei este débito. A todos os presentes, agradeço sensibilizado por estarem comigo, prestigiando-me no momento mais importante que já vivi em minha vida profissional. Muito obrigado."

Florianópolis, 15 de outubro de 2003.

DISCURSO DE POSSE DA DESEMBARGADORA SALETE SILVA SOMMARIVA

"Sem dúvida alguma, é um momento de rara emoção, e agradeço a Deus a dádiva de poder usufruí-lo e partilhá-lo com todos aqueles que, direta ou indiretamente, acompanharam nossa trajetória.

Ao tomar a palavra neste momento, faço-o na condição de exercitar o dever maior, diante da responsabilidade que assumo, perante a Deus e aos homens, despedindo-me da honrosa profissão de advogado, que exerci, por longos anos, de forma leal, ética e honrada.

Tive o privilégio ímpar de ver reconhecida minha incessante e árdua luta, ao lado do compromisso assumido com a verdade, a ética, a moral social e o respeito às instituições democráticas do País, no momento em que fui contemplada por meus colegas da Ordem dos Advogados do Brasil — Seccional de Santa Catarina — para participar, juntamente com os eminentes colegas de profissão, da disputa pela vaga do quinto constitucional.

Por sua vez, entenderam os dignos Desembargadores, que compõem o Órgão Especial deste Sodalício, deferir a escolha de meu nome para integrar a lista tríplice, posteriormente encaminhada ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, Dr. Luiz Henrique da Silveira que, por dever constitucional, honrou-me, alçando-me ao nobre cargo de Desembargador.

Ao prestar meu agradecimento a Vossa Excelência, faço-o também ao ilustre Vice-Governador do Estado, Dr. Eduardo Pinho Moreira, que com participação efetiva contribuiu para minha nomeação, apresentando-lhes minha profunda gratidão, assegurando-lhes que tudo farei para honrar o cargo, para o qual hoje sou alçada, assumindo perante todos os ilustres membros desta Corte, os senhores advogados presentes, os representantes do Ministério Público, as autoridades

presentes, e a sociedade, enfim, o compromisso de trabalhar contínua e incessantemente pelo engrandecimento do Judiciário, espinha dorsal do estado de direito.

Honra-nos, sobretudo, passar a integrar esta colenda Corte de Justiça, na qual muitas vezes adentramos para exercer a defesa de nossos clientes, em cujas oportunidades já nos manifestávamos no sentido de que se constituía verdadeira honraria ocupar as tribunas da Casa, para desempenhar o nosso trabalho, com as grandes expressões jurídicas de nosso Estado, cuja sapiência e talento fizeram ultrapassar fronteiras, não só pela irretocabilidade de seus julgados, mas também pelos princípios nobres de Justiça que sempre nortearam este Tribunal.

Hoje reafirmo minhas pretéritas colocações para dizer que muito nos orgulha e enaltece integrar esta Corte, par a par com os nobres colegas, que cientes do desafio, na proposição de atualizar uma estrutura jurídica arcaica, vêm, a cada renascer, exercendo profundas e significativas mudanças exigidas no cenário atual das relações jurídicas, fazendo com que uma nova ordem social se instale em nosso Estado, trazendo novas perspectivas, horizontes e esperanças, principalmente no sentido de humanizar a Justiça e levá-la mais próxima do cidadão comum, desiderato maior de nosso ilustre Presidente Amaral e Silva.

A essas diretrizes nos integramos, assumindo publicamente o compromisso de tudo fazer para conferir à Justiça seu verdadeiro sentido e significado. Nesse momento gratifica-me, também, ser esta solenidade presidida pelo Exmo. Des. Silveira Lenzi, que, a nosso exemplo, também ocupa uma vaga reservada à nobre classe dos advogados, e que vem de forma efetiva pautando sua carreira pelo talento jurídico e incansável dedicação.

Sinto-me também gratificada, constituindo-se para mim honra pessoal, receber a saudação do não menos ilustre Desembargador Fernando Carioni, oriundo também do quinto constitucional, e uma feliz coincidência, conquanto o tive como presidente da OAB estadual, ao tempo que exercia a presidência da seccional de Criciúma.

É em vossos nomes que saúdo a todos os Desembargadores deste Tribunal e a todos os Magistrados catarinenses, especialmente aqueles que, de forma gentil e generosa, aceitaram o convite e se fizeram presentes, abrilhantando esta solenidade e estreitando os laços de sincera amizade que nos uniu. Em especial, agradeço aos magistrados de Criciúma, Urussanga, Araranguá, Tubarão e Turvo, e faço essa referência, pois, por incontáveis vezes, juntos partilhamos as aflições do Judiciário e os problemas dos cidadãos, que tem neste Poder a única esperança que lhes resta.

Posso dizer, despretenciosamente, que em comunhão de esforços, em não raras oportunidades, tudo fizemos para solucionar os inúmeros conflitos sociais que no Judiciário aportam.

Honra-me grandiosamente também, meu caro e ilustre presidente da OAB, Seccional de Santa Catarina, Adriano Zanotto, ser saudada por Vossa Excelência. Suas palavras calaram fundo em meu coração e em minha alma, e acredito não ser merecedora de tão grande deferência. A V. Exa., que muito jovem assumiu a grande responsabilidade na condução da OAB, nosso carinho e respeito, pois a vem conduzindo com grandeza, honradez e inteligência, uma vez que somente as pessoas dotadas de sua sagacidade engrandecem a nação e constroem nossa história.

É em seu nome, Dr. Adriano, que cumprimento a todos os membros da Ordem dos Advogados do Brasil, em especial aqueles que acompanharam minha trajetória e partilharam comigo os anseios de um Judiciário mais célere e eficiente, de um Brasil democrático, no qual todos, não só em manuscritos, mas de forma efetiva, se tornem iguais perante a Lei, e onde todos aqueles que abraçaram a sagrada profissão da advocacia a exerçam com dignidade e respeito sem desnaturar seus desideratos, propugnando pelos ideais de independência e soberania.

Sob a mesma bandeira saúdo a todos os membros do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB, na pessoa do ilustre e querido Presidente Dr. Miguel Emílio Daux. Durante cinco anos tive o privilégio de, sob o mesmo campanário, trocar com os ilustres colegas daquele órgão nossos conhecimentos. Tenho a percepção que é dessa experiência com tão caros colegas que extrairei o conhecimento de minhas primeiras decisões nesta Casa. E não foi apenas o saber da ciência que me encantou nesta jornada, mas sobretudo a amizade fraterna e a identidade de nossos propósitos. A todos os colegas, meu agradecimento pelo inesquecível convívio. Por fim, meus caros colegas e amigos advogados catarinenses, somos profundos conhecedores das dificuldades que acercam o desempenho da profissão.

Percorri também estradas íngremes, e por elas nos encontrávamos, por vezes cansados da luta diária, na busca de satisfazer o direito de nossos clientes, e, em outras vezes, os nossos próprios direitos. Os corações inflamados e os ânimos exaltados deixavam antever as decepções que se mesclavam às vitórias e às conquistas. Mas nós, nascidos advogados, somos de paz, e nossa esperança está acima de todas as coisas, na certeza de que um dia o advogado será reconhecido por seus verdadeiros valores.

O verdadeiro advogado jamais se verga às adversidades, por mais sofrimento que lhes tragam determinadas e necessárias posições. Por essas razões, são todos verdadeiros heróis, na contínua e constante batalha pela sobrevivência.

Faço, neste momento, uma referência especial a todos os advogados de Criciúma e região que se fazem presentes neste recinto, em grande número. A todos o carinho e afeto que em 25 anos de convivência, qua-

se diária, me permite distribuir. Muito obrigado queridos amigos pela convivência fraterna e pela amizade que sem dúvida alguma se eternizará.

É em nome de Sua Excelência, Sr. Procurador de Justiça, que presto minha homenagem a todos os procuradores e demais membros do Ministério Público. Ao longo de minha vida profissional foi-me dado a dádiva de encontrar, pelos caminhos, ilustres profissionais. E mesmo nos momentos mais acalorados das sessões do Tribunal do Júri, das quais participava, erigimos nossas teses nos debates dentro dos princípios mais elevados de ética e de profissionalismo. Fiz, portanto, no decorrer desses anos, grandes amigos no Ministério Público, e significa para mim grande distinção vê-los aqui, em tão expressivo número, prestigiando esta solenidade. A todos agradeço pela amizade e pelo carinho que sempre recebi de tão honrosa classe, a qual tem recebido o respeito e o apreço da sociedade pelo trabalho destacado no cenário nacional em prol da moralização pública.

Meu agradecimento especial aos queridos serventuários da Justiça de Criciúma e comarcas adjacentes que comparecem em número de mais de três dezenas, demonstrando, com suas presenças, a amizade fraternal que nasceu nos corredores e cartórios forenses, onde sempre fui recebida indistintamente com simpatia e carinho, o que me faz crer, queridos serventuários, que minha jornada naquela Cidade não foi em vão, pois ao longo dos caminhos percorridos, com certeza, conquistei grandes e sinceras amizades.

Quero deixar registrado que, apesar da atual distância física, a lembrança de todos permanecerá eternamente em minha memória e meu coração. A todos os demais que intercederam para a realização desse propósito e conquista, agradeço e assinalo que jamais olvidarei o incentivo, o carinho e a solidariedade constante daqueles que por mim torceram e aplaudiram a conquista. Aliás, conquista esta que não recebo como minha, mas, conforme tenho reiteradamente expressado, a entendo como de todas a mulheres advogadas, e por que não dizer de todas as mulheres catarinenses? A todas afirmo que vale a pena reavaliar os propósitos, confiar na própria capacidade, no talento, e acreditar que a discriminação já faz parte de nosso passado e de nossa história.

Nesse particular, gostaria de prestar uma homenagem a uma grande mulher que desafiou todos os preconceitos da época e demonstrou que há muitas décadas já era possível ousar. Foi com talento, tenacidade e capacidade que a figura ilustre de Tereza Tang chegou a esta Corte na década de 70, inscrevendo seu nome de forma imorredoura na história do Judiciário catarinense e, prefiro dizer, na história do Judiciário do Brasil. Receba, Desembargadora Tereza Tang, em nome de todas as mulheres catarinenses, esta justa homenagem, e que sendo a vida um constante caminhar, como disse um dia um poeta, que to-

das as mulheres de nosso Estado disponham-se a caminhar segundo os passos de Vossa Excelência.

Aliada a todas as emoções sinto com mais vigor a lembrança de meus queridos e saudosos genitores, que tanta falta me fazem neste momento histórico, João e Mêda, responsáveis maiores pela minha vida e de meus irmãos Samir, Sandra, Júlio Marcos, Silvana e Luiz Fabiano. A eles, que nos ensinaram o caminho do dever e da honra, o nosso eterno amor, pois, mesmo diante da ausência física, nossos corações e nossas almas continuam entrelaçados por laços indistintíveis de afeto, carinho e amor. E hoje, amados pais, com certeza na espiritualidade ambos ouvindo esta mensagem, em meu nome e de meus queridos irmãos quero dizer-lhes que o legado moral que nos foi transmitido nos acompanhará pela vida afora, justificando nossas conquistas e vitórias, as quais partilhamos neste momento. *Nós os amamos*.

Em nome de meus tios César e Nenê, aqui presentes, que, apesar das restrições que a natureza impõe na feliz idade em que se encontram, não mensuraram esforços para prestar seu apreço, é que saúdo o clã dos Guimarães Silva. Referenciais da amada figura paterna, recebam meu carinho e amor. No mesmo norte, agradeço ao tio Tex, que, apesar da não-consagüinidade, alegrou juntamente com a inesquecível tia Vanda os dias mais felizes de minha infância na casa de avós maternos, com sua irreverência e sua arte no violão. Hoje aqui o senhor representa todos os familiares da amada mãe.

Ao meu esposo Evaldo, que por mais de três décadas faz parte da minha existência, e que tudo fez para que eu realizasse meus objetivos e ideais, sobrepondo-os aos seus próprios sonhos, e que segurou-me com mãos fortes nos momentos em que eu pensava desistir, a certeza de meu eterno amor. Aos meus filhos André, Alex e Andreza, três estrelas que iluminaram o céu da minha vida e deram norte à minha existência, hoje homens feitos e profissionais respeitados, escusas pela ausência materna no lar quando crianças e adolescentes, o que se impunha fatalmente às exigências contínuas da profissão. Porém, vocês, independentemente da idade que contavam, souberam sempre mensurar a imensidão do meu amor e retribuindo com afeto, compreensão e conquistando seus espaços profissionais, transcenderam, em muito, o amor filial, pelo que lhes agradeço, assim como a Deus por ter-me dado a glória de ser a sua mãe.

Abraço também minhas noras Cristina e Sara, que vieram acrescentar na família, assim como a meus netos, José e Andrezinho, que trouxeram novo sentido à minha existência, fazendo brilhar o sol constantemente no outono de minha vida.

Aos cunhados, sobrinhos, primos e demais parentes, minha gratidão pela confiança que em mim depositaram e pelo sentimento fraterno que sempre nos uniu.

Aos advogados, estagiários e funcionários do escritório Sommariva e Sommariva, a alegria da convivência por tantos anos e a saudade, que já se faz presente, dos bons momentos e dos de dificuldade, quando tornávamo-nos uma grande família.

Àqueles amigos que me presentearam com a toga, expresso minha imensa honra em usá-la nesta oportunidade tão importante, e que sem dúvida marcará para sempre minha trajetória e a vida daqueles que me amam.

Diante de tanta emoção e alegria, posso dizer que aqui cheguei para participar desse Pretório sempre aberto à discussão e julgamento das controvérsias, pois no dia em que os Tribunais se calassem por falta de pleitos, advertiu Calamandrei – 'não saberia se isso me pudesse alegrar ou entristecer-me. Alegrar-me-ia se isso significasse o advento do amor universal, num mundo em que não houvesse mais ninguém capaz de cometer injustiças; ficaria triste, ao contrário, se significasse o triunfo da universal covardia, num mundo em que não houvesse mais ninguém disposto a rebelar-se contra a injustiça'. Mas enquanto não pudermos ver e assistir o advento do amor universal, o fim das injustiças e o brotar das igualdades, continuaremos lutando e sonhando, e nesses sonhos encontraremos por certo nossa felicidade, como disse um poeta, advogado, cearense: *'Sou feliz porque tenho com o que sonhar, nem as águas dos rios, nem as águas em chamas defintivamente molharão os meus sonhos'.*

*A*o final deste pronunciamento, mais uma vez agradeço a todos os aqui presentes e aqueles que, embora felizes com minha felicidade, por várias razões, não puderam aqui estar, desculpando-me, por fim, na eventualidade de algum esquecimento. E no sussurro de uma prece comovida elevo neste momento meus pensamentos aos céus, para Aquele que está presente em todas as partículas de vida do universo, nas flores, nas águas, no sorriso das crianças e nas esperança dos homens, Àquele que mesmo invisível deixa suas pegadas na areia do deserto, Àquele que vive eternamente na capela de nossos corações."

Florianópolis, 9 de maio de 2003.

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR SALIM SCHEAD DOS SANTOS

"Excelentíssimo Senhor Desembargador Amaral e Silva, Presidente do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao saudá-lo, estendo a homenagem aos senhores Desembargadores que integram esta Corte de Justiça, bem como às demais autoridades anteriormente nominadas.

Excelentíssimo Senhor Doutor Jaime Machado, DD. Diretor do Fórum Nereu Ramos, da comarca de Lages, ao saudá-lo, estendo a homenagem à valorosa, combativa e sacrificada Magistratura de primeiro grau, destacando meus colegas da comarca de Lages; aos representantes do Ministério Público e advogados, agradecendo pelo relacionamento sempre cordial; aos funcionários e serventuários da Justiça, pela dedicação sempre incansável ao trabalho; e aos representantes da cidade de Lages – cidade que me acolheu nos últimos 15 anos – aos quais homenageio na pessoa da Professora Nara, Magnífica Reitora, que sempre prestigiou o Poder Judiciário, como provam os convênios celebrados com este Tribunal, e na do Doutor Renato Nunes, digno Vice-Prefeito.

Excelentíssimo Senhor Doutor Lauvir Marcarini da Costa, colega de concurso em cuja pessoa homenageio a todos aqueles que comigo tomaram posse como Juiz Substituto, em 16-9-1983: Sérgio Roberto Baasch Luz, Hilton Cunha, Jaime Luiz Vicari, José Geraldo Pereira da Silva, José da Silva Moreira, Rodrigo Antônio da Cunha, Irineu Bianchi e Vital Pereira dos Santos. Aos amigos que vieram prestigiar esta solenidade, meu renovado carinho.

Minhas Senhoras e meus Senhores. Inicialmente, agradeço as generosas palavras do Desembargador Torres Marques ao saudar-me em nome deste Tribunal. E o faço sinceramente porque mantenho relações de amizade com Sua Excelência desde 1982, época em que exerci a magistratura na comarca de Seara. Sua Ex-

celência, como poucos, vive a máxima proclamada pelo poeta inglês John Donne de que nenhum homem é uma ilha, ou seja, de que fazemos parte de um todo, e de que tudo o que afeta os outros nos afeta também; por isso, o Desembargador é tão prestativo e solidário com todos.

Antes de começar a minha fala propriamente dita, e sob a inspiração de Ortega y Gasset, filósofo espanhol, que dizia: 'Eu sou eu e minhas circunstâncias', gostaria de saudar, em especial, minha família, nela incluindo meus pais Valdemiro e Mari, que vivem dentro de mim, modelos de virtude e inspiração para minha vida; e meus irmãos Sidney, o patriarca, Saul, sempre permanente, Sérgio, Antônio Carlos, Maria Ângela e Sarita, pela convivência sempre estimulante, fraterna e solidária, presenças constantes em todas as etapas de minha vida. Homenageio também, na pessoa de minha cunhada Cilda, todas as minhas cunhadas, cunhados, sobrinhas, sobrinhos e tios pelos momentos felizes que desfrutamos juntos.

Homenageio nesta noite de festa, sobretudo, minha mulher Sônia, pois graças a ela hoje estou tomando posse como Desembargador. Foi ela quem organizou meus sentimentos e pensamentos, acreditou na minha capacidade, estimulou meus estudos, motivou-me a realizar o concurso para o ingresso na Magistratura, sempre companheira nos bons e maus momentos, ajudando-me a remover as pedras no meio do caminho, pois, no meu caso, ao contrário do que ocorreu com o poeta Drummond, elas foram muitas.

Homenageio, também, minhas filhas, Juliana e Fernanda, bússolas que Deus colocou em minha vida para iluminar meu caminho. Homenageando-as saúdo o neto que se anuncia, e meus genros, Norton e Fabrício, definitivamente integrados a nossa família.

Senhor Presidente, Senhores Desembargadores. É uma honra para mim ter tomado posse como Desembargador desta Corte de Justiça, conhecedor que sou de sua história e tradição, bem como da postura de independência dos homens que a integraram ou dela fazem parte atualmente. O Desembargador Tycho Brahe Fernandes Neto, em sua obra 'História do Judiciário Catarinense', reproduz a Resolução n. 821, de 8 de abril de 1893, do Governador Tenente Machado, dissolvendo o então Tribunal da Relação, por discordar de decisão tomada por seus integrantes, reconstituindo-o com nomes de sua confiança, o que demonstra não ser de hoje a visão equivocada que alguns têm sobre o papel que deve ser desempenhado pelo Poder Judiciário.

A independência deste Poder constitui uma das garantias do Estado Democrático de Direito. O Desembargador Marcílio Medeiros, referência obrigatória para todos os magistrados, em um de seus artigos reproduz lição de Harold Laski, político e pensador inglês, segundo a qual: 'Sempre que se trata de determinar a perfeição política de qualquer povo no

meio da civilização, é preciso apelar preferentemente, como padrão de sua elevação, para o grau em que reverencia a Justiça. [...] A independência do Poder Judiciário, em face dos demais Poderes, constitui uma das condições essenciais da liberdade. Quanto maior a independência dos juízes, tanto mais seguras as possibilidades de que realizem sua função'.

Mas se é uma honra integrar uma Corte de Justiça, nos dias atuais, representa também um desafio, sobretudo no momento em que pairam suspeitas de envolvimento de magistrados no crime organizado, reacendendo o coro dos insatisfeitos, liderado, muitas vezes, por quem teria o dever constitucional de preservar a harmonia e independência entre os Poderes. Não significa isso que a Magistratura seja insensível ao diálogo com a sociedade ou ignore sua parcela de culpa na crise vivida pelo Judiciário, mas, sim, que rejeita generalizações feitas sobre a conduta e a idoneidade dos 14 mil magistrados brasileiros, as quais servem de fundamento para justificar a imposição de um controle externo sobre este Poder.

Nesse sentido, é importante recordar o desabafo do hoje Ministro Paulo Gallotti em seu discurso de posse como Desembargador, pronunciado perante este Tribunal, em 7 de abril de 1995, quando chamava a atenção para 'as graves acusações lançadas de forma generalizada contra a Magistratura, procurando desacreditá-la junto ao jurisdicionado'. Naquela oportunidade, Sua Excelência reproduziu as palavras do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Octávio Gallotti, ditas por ocasião de um ato de desagravo aos injustos ataques dirigidos àquela Corte, as quais repito por manterem a atualidade: 'daí a importância da solidariedade que agora me é reiterada, perante recentes e notórios acontecimentos, quando a independência da Magistratura tem sido maliciosamente confundida com arrogância; quando ela é acusada de refratária de entendimentos, como se na aplicação da lei se pudesse negociar ou transigir; quando até se tenta apear o Poder Judiciário da condição de intérprete das leis e guarda da Constituição, como se não fora esse o desagrado mister dos juízes e dos tribunais, ou pudessem suas decisões ser substituídas pela manipulação de pesquisas e extraídas da massa de uma população sofrida e deliberadamente desinformada, nem sempre capaz de distinguir a incapacidade geradora do infortúnio: se dos governantes, dos legisladores, ou de quem somente aplica a lei e controla a legalidade (não o merecimento) dos atos de administração'.

Mas é um desafio que vale a pena ser aceito, porque os tempos mudaram, e eu estou convencido de que a democracia está-se consolidando no País e os magistrados têm um papel importante a desempenhar nesse processo.

Recordo que, ao assumir a comarca de Campo Erê, em 1981, sensibilizado com a grave questão fundiária que já então existia, mate-

rializada na invasão da Fazenda Burro Branco e na reação dos fazendeiros, conflito este que resultou em algumas mortes de jovens colonos, manifestei minha preocupação para um Desembargador, e Sua Excelência me respondeu dizendo que se eu estava preocupado com a situação social deveria trocar de profissão. Hoje, o próprio Tribunal de Justiça de Santa Catarina criou, na gestão do Presidente Xavier Vieira, a função de Juiz Agrário, para atuar, de forma até preventiva, nos conflitos do campo, trabalho este bem desempenhado pelo Doutor Vitor Sebem, atual Juiz Substituto de segundo grau.

Essa visão de que o juiz não deveria preocupar-se com as questões sociais, mas, simplesmente, submeter-se a uma visão dogmática do Direito é que desestimulava a freqüência a cursos de pós-graduação. Hoje, o próprio Tribunal de Justiça não só estimula como realiza convênios para que os magistrados se qualifiquem. Na prática, já se nota que a preocupação deixa de ser apenas uma defesa pelo acesso à Justiça para se lutar e buscar o acesso a uma ordem jurídica justa, naquele sentido que lhe dava o Magistrado e Professor Kazuo Watanabe, ou seja: o direito à informação, o acesso à justiça adequadamente organizada, formada por juízes, inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização de ordem jurídica justa e direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características. Sem essa percepção é difícil falar em Justiça num País em que mais de 30 milhões da população são pobres.

Concluindo e sintetizando a minha visão do papel que deve ser desempenhado pelo juiz, faço minhas as palavras de Cândido Dinamarco, ditas por ocasião de seu discurso de posse como Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 17 de novembro de 1983: 'Eu não vejo, na minha função de magistrado, apenas aquele objetivo puro e talvez friamente jurídico de fazer realizar a vontade da lei nos casos concretos que nos são trazidos a exame. Mais do que isso, sinto que tenho uma grande missão política de afirmar, a todo o momento, a dignidade e supremacia do direito da minha terra e da minha gente; com cada voto, com cada pronunciamento, estou convicto de que estou lançando o meu grão de areia na edificação do direito vivo do meu País, edifício sempre em construção, jamais acabado, nunca perfeito, sempre clamando por mais trabalho e melhorias intermináveis. A função política do Poder Judiciário é essencial à própria sobrevivência do Direito e do Estado mesmo. Acima de tudo isso, todavia, preocupa-me a responsabilidade social do Juiz, nos seus compromissos perante a sociedade. Mais do que atuar o direito concreto, mais do que dar apoio ao ordenamento jurídico do país e ao próprio Estado, cumpre ao Juiz ser fiel com o seu compromisso com a Justiça'. Muito Obrigado."

Florianópolis, 19 de novembro de 2003.

QUADRO DE ANTIGÜIDADE DA MAGISTRATURA CATARINENSE

QUADRO DE DESEMBARGADORES EM 31 DE DEZEMBRO DE 2004, RELATIVO À ANTIGÜIDADE NA CARREIRA E AO TEMPO DE SERVIÇO TOTAL PARA EFEITO DE APOSENTADORIA

	Nome	NO TRIBUNAL A	M	D	P/APOSENTADORIA A	M	D	OBS
01	Francisco J. R. de Oliveira Filho	15	1	9	36	8	0	
02	Alcides dos Santos Aguiar	14	10	9	46	5	20	
03	Alberto Luiz da Costa	14	4	18	51	10	19	Corregedor
04	Antônio F. do Amaral e Silva	14	3	25	43	6	15	
05	Anselmo Cerello	11	10	13	43	4	21	1º Vice-Presidente
06	Jorge Mussi	10	11	4	32	3	5	Presidente
07	Carlos Prudêncio	10	9	18	41	4	23	
08	José Gaspar Rubik	9	9	18	39	2	24	
09	Pedro Manoel Abreu	9	8	15	40	0	7	2º Vice-Presidente
10	Orli de Ataíde Rodrigues	9	7	8	49	8	29	
11	José Trindade dos Santos	9	6	22	39	11	0	
12	João Eduardo de Souza Varella	8	7	29	39	5	10	
13	Carlos Alberto Silveira Lenzi	7	11	4	29	5	19	3º Vice-Presidente
14	Cláudio Barreto Dutra	7	10	13	37	9	9	
15	Newton Trisotto	7	10	12	38	8	12	
16	Sérgio Torres Paladino	7	6	6	41	7	27	
17	Maurílio Moreira Leite	5	6	5	50	1	17	
18	Solon d'Eça Neves	5	4	27	37	3	0	
19	José Mazoni Ferreira	4	8	27	41	10	18	
20	Volnei Ivo Carlin	4	4	26	38	5	10	
21	Irineu João da Silva	4	4	25	42	1	27	
22	Luiz Cézar Medeiros	4	3	28	33	1	28	
23	Vanderlei Romer	4	3	5	42	11	9	
24	Eládio Torret Rocha	3	0	22	39	2	23	Vice-Corregedor
25	Wilson Augusto do Nascimento	3	0	12	32	4	25	
26	Nelson Juliano Schaeffer Martins	3	0	7	38	7	9	
27	José Volpato de Souza	3	0	6	40	2	7	
28	Sérgio Roberto Baasch Luz	3	0	5	35	0	29	
29	Antônio do Rego Monteiro Rocha	2	10	14	29	10	4	
30	Fernando Carioni	2	10	0	21	1	5	
31	José Antônio Torres Marques	2	7	20	29	1	0	
32	Luiz Carlos Freyesleben	2	6	22	40	4	25	
33	Rui Francisco Barreiros Fortes	2	0	24	38	4	13	

	Nome	NO TRIBUNAL A	M	D	P/APOSENTADORIA A	M	D	OBS
34	Marco Aurélio Gastaldi Buzzi	2	0	23	26	7	14	
35	Marcus Tulio Sartorato	2	0	22	40	11	23	
36	Cesar Augusto Mimoso Ruiz Abreu	2	0	21	28	11	11	
38	Salete Silva Sommariva	1	9	7	22	3	11	
37	Ricardo Orofino da Luz Fontes	1	9	0	32	8	20	
39	Nicanor Calírio da Silveira	1	3	12	41	4	6	
40	Salim Schead dos Santos	1	2	13	40	11	8	

QUADRO DE JUÍZES DE DIREITO DE ENTRÂNCIA INICIAL EM 31 DE DEZEMBRO DE 2004

	Nome	Ano	Mês	Dia	Comarca/Lotação/Vara
01	Laerte Roque Silva	19	1	9	Urubici – E. Inic. – Vara Única
02	Fernando de Medeiros Ritter	12	7	13	Içara – E. Inic. – Vara Única
03	Mário Bianchini Filho	11	0	14	Bom Retiro – E. Inic. – Vara Única
04	Edson Luiz de Oliveira	8	6	10	Barra Velha – E. Inic. – Vara Única
05	Iraci Satomi Kuraoka Schiocchet	7	4	0	Pomerode – E. Inic. – Vara Única
06	Pedro Walicoski Carvalho	7	1	27	Sto. A. da Imperatriz – E. Inic. – V. Única
07	Renato Maurício Basso	7	1	24	Xaxim – E. Inic. – Vara Única
08	Adriana Mendes Bertoncini	7	1	23	Navegantes – E. Inic. – Vara Única
09	Ricardo Machado de Andrade	7	1	21	Urussanga – E. Inic. – Vara Única
10	Roberto Marius Fávero	6	0	6	Turvo – E. Inic. – Vara Única
11	Augusto César Allet Aguiar	6	0	5	Orleans – E. Inic. – Vara Única
12	Vera Regina Bedin	4	1	4	Itapema – E. Inic. – Vara Única
13	Eliane Alfredo Cardoso Luiz	3	9	10	Garopaba – E. Inic. – Vara Única
14	Tania Regina Vieira Luiz	3	9	9	Taió – E. Inic. – Vara Única
15	Simone Boing Guimarães	3	6	28	Armazém – E. Inic. – Vara Única
16	Mauro Ferrandin	3	4	29	Ibirama – E. Inic. – 1ª Vara
17	Gustavo Henrique Aracheski	3	4	28	Seara – E. Inic. – Vara Única
18	Romano José Enzweiler	3	4	27	S. João Batista – E. Inic. – Vara Única
19	Ana Cristina Borba Alves	3	4	18	Capivari de Baixo – E. Inic. – Vara Única
20	Alexandre Karazawa Takaschima	3	3	24	A.Garibaldi – E. Inic. – Vara Única
21	Fúlvio Borges Filho	3	3	13	Palmitos – E. Inic. – Vara Única
22	Elleston Lissandro Canali	3	3	10	Lauro Müller – E. Inic. – Vara Única
23	Patrícia Nolli	3	2	15	Araquari – E. Inic. – Vara Única
24	Cíntia Gonçalves Costi	3	2	12	Fraiburgo – E. Inic. – Vara Única
25	Geomir Roland Paul	3	1	24	Ponte Serrada – E. Inic. – Vara Única

	Nome	Ano	Mês	Dia	Comarca/Lotação/Vara
26	Flávio Luis Dell' Antônio	3	1	20	Tangará – E. Inic. – Vara Única
27	Ana Paula Amaro da Silveira	3	0	12	Gaspar – E. Inic. – 1ª Vara
28	Paulo Roberto Fróes Toniazzo	3	0	7	Camboriú – E. Inic. – Vara Única
29	Karen Francis Schubert	2	8	12	Guaramirim – E. Inic. – Vara Única
30	Francisco Carlos Mambrini	2	4	8	Coronel Freitas – E. Inic. – Vara Única
31	Mônica Elias de Lucca	2	4	7	Imbituba – E. Inic. – Vara Única
32	Ana Vera Sganzerla Truccolo	2	3	25	Piçarras – E. Inic. – Vara Única
33	André Luiz Lopes de Souza	2	3	0	Maravilha – E. Inic. – Vara Única
34	Margani de Mello	2	2	27	Jaguaruna – E. Inic. – Vara Única
35	Sérgio Agenor de Aragão	2	2	26	Rio Negrinho – E. Inic. – Vara Única
36	Marco Aurélio Ghisi Machado	2	2	12	S. Lour. do Oeste – E. Inic. – V. Única
37	Marcelo Carlin	2	1	7	Sombrio – E. Inic. – Vara Única
38	Cássio J. L. Angulski	1	10	12	Gaspar – E. Inic. – 2ª Vara
39	Cândida Inês Zoellner	1	9	17	Ascurra – E. Inic. – Vara Única
40	Ricardo Rafael dos Santos	1	8	14	Rio do Oeste – E. Inic. – Vara Única
41	Luiz Henrique Bonatelli	1	8	13	Cunha Porã – E. Inic. – Vara Única
42	César Otávio Scirea Tesseroli	1	7	25	Pres. Getúlio – E. Inic. – Vara Única
43	Fábio Nilo Bagattoli	1	5	29	São Carlos – E. Inic. – Vara Única
44	Denise Nadir Enke	1	5	28	Garuva – E. Inic. – Vara Única
45	Marcelo Elias Naschenweng	1	4	23	Descanso – E. Inic. – Vara Única
46	Décio Menna B. de Araújo Filho	1	4	22	Itapoá – E. Inic. – Vara Única
47	Débora Driwin Rieger Zanini	1	4	21	Anchieta – E. Inic. – Vara Única
48	André Alexandre Happke	1	4	17	Correia Pinto – E. Inic. – Vara Única
49	Rodrigo Pereira Antunes	1	4	10	Itapiranga – E. Inic. – Vara Única
50	Janine Stiehler Martins	1	4	9	C. Belo do Sul – E. Inic. – Vara Única
51	Daniela Ertel	1	3	12	São Domingos – E. Inic. – Vara Única
52	Humberto Goulart da Silveira	1	3	11	Dionísio Cerq. – E. Inic. – Vara Única
53	Simone Faria Locks Rodrigues	1	2	14	Porto Belo – E. Inic. – Vara Única
54	Jefferson Zanini	1	1	28	Papanduva – E. Inic. – Vara Única
55	Solon Bittencourt Depaoli	1	1	27	Modelo – E. Inic. – Vara Única
56	Alexandra Lorenzi da Silva	1	1	26	Herval do Oeste – E. Inic. – Vara Única
57	Ricardo Alexandre Fiuza	1	0	28	Catanduvas – E. Inic. – Vara Única
58	Rafael Fleck Arnt	1	0	24	Mondaí – E. Inic. – Vara Única
59	Cláudio Márcio Areco Junior	1	0	23	Campo Erê – E. Inic. – Vara Única
60	Miriam R. Garcia Cavalcanti	1	0	22	Forquilhinha – E. Inic. – Vara Única
61	Fernando Vieira Luiz	1	0	21	Rio do Campo – E. Inic. – Vara Única
62	Eduardo Camargo	1	0	18	Ipumirim – E. Inic. – Vara Única
63	Marlon Jesus Soares de Souza	1	0	17	Santa Rosa do Sul – E. Inic. – Vara Única
64	Viviane Isabel Daniel	0	9	12	Itá – E. Inic. – Vara Única
65	Daniela Vieira Soares	0	8	23	Ibirama – E. Inic. – 2ª Vara
66	Rudson Marcos	0	8	22	Quilombo – E. Inic. – Vara Única
67	Lívia Frâncio Rocha Cobalchini	0	7	1	Lebon Régis – E. Inic. – Vara Única

	Nome	Ano	Mês	Dia	Comarca/Lotação/Vara
68	Carolina Ranzolin Nerbass Fretta	0	6	28	T.Central – E. Inic. – Vara Única
69	Giuliano Ziembowicz	0	5	29	Pinhalzinho – E. Inic. – Vara Única
70	Fernando de Castro Faria	0	5	28	Abelardo Luz – E. Inic. – Vara Única
71	Uziel Nunes de Oliveira	0	1	10	S. José do Cedro – E. Inic. – Vara Única
72	Lilian Telles de Sá Vieira	0	1	9	Imaruí – E. Inic. – Vara Única
73	Vago	0	0	0	Otacílio Costa – E. Inic. – Vara Única
74	Vago	0	0	0	Santa Cecília – E. Inic. – Vara Única

QUADRO DE JUÍZES DE DIREITO DE ENTRÂNCIA INTERMEDIÁRIA, EM 31 DE DEZEMBRO DE 2004, MANTIDAS TRANSITORIAMENTE AS CORRESPONDENTES LOTAÇÕES DE ENTRÂNCIA INICIAL

	Nome	Ano	Mês	Dia	Comarca/Lotação/Vara
01	Édison Zimmer	9	1	25	Ituporanga – E. Inic. – Vara Única
02	Gilmar Nicolau Lang	8	1	9	Itaiópolis – E. Inic. – Vara Única
03	Maria da C. dos S. Mendes	7	7	24	São José – E. Int. – Vara da Inf. e Juv. e Anexos
04	Eron Pinter Pizzolatti	7	4	25	Braço do Norte – E. Inic. – Vara Única
05	Alexandre Dittrich Buhr	7	4	24	Capinzal – E. Inic. – Vara Única
06	Osmar Tomazoni	4	0	19	São Fco. do Sul – E. Int. – 2ª Vara
07	Gilmar Antônio Conte	3	9	12	Bal. Camboriú – E. Int. – 2ª Vara Crim.
08	Marisa Cardoso de Medeiros	3	6	28	Bal. Camboriú – E. Int. – 1ª Vara Cível
09	Edenildo da Silva	3	6	25	Mafra – E. Int. – 2ª Vara
10	Roque Cerutti	3	4	29	Bal. Camboriú – E. Int. – 1ª Vara Crim.
11	Dayse Herget de Oliveira	3	3	24	Canoinhas – E. Int. – 1ª Vara
12	Cleusa Maria Cardoso	3	3	23	Indaial – E. Int. – 1ª Vara
13	Sônia Maria Mazzetto Moroso	3	3	13	Bal. Camboriú – E .Int. F. Publ. e. Fisc. Acid.Trab. R. Publ.
14	Cláudio Eduardo R. de F. e Silva	3	2	29	Caçador – E. Int. – 2ª Vara
15	Leila Mara da Silva	3	2	26	Videira – E. Int. – 1ª Vara
16	Leone Carlos Martins Júnior	3	2	25	Campos Novos – E. Int. – 1ª Vara
17	Leandro Passig Mendes	2	9	11	Canoinhas – E. Int. – 2ª Vara
18	Davidson Jahn Mello	2	8	13	São Bento do Sul – E. Int. – 1ª Vara
19	Giancarlo Bremer Nones	2	6	26	Xanxerê – E. Int. – 1ª Vara
20	Luis Francisco Delpizzo Miranda	2	6	15	Mafra – E. Int. – 1ª Vara
21	Ubaldo Ricardo da Silva Neto	2	4	21	Porto União – E. Int. – 2ª Vara
22	Pedro Aujor Furtado Júnior	2	2	12	Araranguá – E. Int. – 2ª Vara Cível
23	Quitéria Tamanini Vieira Peres	1	9	17	Jaraguá do Sul – E. Int. – 2ª Vara Cível
24	Edson Marcos de Mendonça	1	9	14	Timbó – E. Int. – 2ª Vara

	Nome	Ano	Mês	Dia	Comarca/Lotação/Vara
25	Marcelo Pizolati	1	8	14	Araranguá – E. Int. – 1ª Vara Cível
26	Joarez Rusch	1	6	27	São Joaquim – E. Int. – 2ª Vara
27	Denise Helena Schild de Oliveira	1	6	26	São Bento do Sul – E. Int. – 2ª Vara
28	Cyd Carlos da Silveira	1	4	10	Indaial – E. Int. – 2ª Vara
29	Andrea Cristina Rodrigues Studer	1	4	9	São José – E. Int. – 1ª Vara Cível
30	Vilmar Cardozo	1	2	13	Videira – E. Int. – 2ª Vara
31	Sérgio Ramos	1	1	9	São José – E. Int. – Vara Criminal
32	Maira Salete Meneghetti	0	7	26	Xanxerê – E. Int. – 2ª Vara
33	Adriana Lisboa	0	7	25	Campos Novos – E. Int. – 2ª Vara
34	Paulo Marcos de Farias	0	7	22	São Miguel do Oeste – E. Int. – 1ª Vara
35	Adilor Danieli	0	3	11	Bal. Camboriú – E. Int. – 2ª Vara Cível
36	Marcelo Pons Meirelles	0	1	23	São Miguel do Oeste – E. Int. – 2ª Vara
37	Liene Francisco Guedes	0	1	10	Caçador – E. Int. – 1ª Vara

QUADRO DE JUÍZES DE DIREITO DE ENTRÂNCIA FINAL EM 31 DE DEZEMBRO DE 2004, MANTIDAS TRANSITORIAMENTE AS CORRESPONDENTES LOTAÇÕES DE ENTRÂNCIA INTERMEDIÁRIA

	Nome	Ano	Mês	Dia	Comarca/Lotação/Vara
01	José Clésio Machado	17	1	5	Biguaçu – E. Int. – 1ª Vara
02	Jaime Pedro Bunn	16	11	19	Biguaçu – E. Int. – 2ª Vara
03	José Agenor de Aragão	14	2	14	Itajaí – E. F. – 3ª Vara Cível
04	Osiris do Canto Machado	12	9	14	São José – E. Int. – Vara do Juizado Esp. Cível
05	Ariovaldo R. Ribeiro da Silva	12	8	16	Lages – E. F. – 3ª Vara Criminal
06	Denise de Souza Luiz Francoski	11	3	16	São José – E. Int. – 2ª Vara Cível
07	Hildemar Meneguzzi de Carvalho	11	0	1	São Fco. do Sul – E. Int. – 1ª Vara
08	Alaíde Maria Nolli	9	3	9	Bal. Camboriú – E. Int. – Vara do J. Esp. Cível
09	Hélio David V. F. dos Santos	9	3	8	Jaraguá do Sul – E. Int. – V.Criminal e da Inf. e Juvent.
10	Márcio René Rocha	9	3	3	Jaraguá do Sul – E. Int. – 1ª Vara Cível
11	Ermínio Amarildo Darold	9	3	2	Chapecó – E. F. – V. da Família, Órfãos, Inf. e Juventude
12	Osvaldo Alves do Amaral	9	1	5	Porto União – E. Int. – 1ª Vara
13	Rosane Portella Wolff	8	10	9	Chapecó – E. F. – 3ª Vara Cível
14	José Maurício Lisboa	8	6	25	Palhoça – E. Int. – 2ª Vara
15	Vilson Fontana	8	6	24	Tijucas – E. Int. – Vara Única
16	Artur Jenichen Filho	8	2	5	Bal. Camboriú – E. Int. – V. Família, Órfãos, Inf. e Juvent.

	Nome	Ano	Mês	Dia	Comarca/Lotação/Vara
17	Renato Müller Bratti	8	0	7	Laguna – E. Int. – 2ª Vara
18	Luiz César Schweitzer	8	0	0	São José – E. Int. – Vara da Família, Órfãos, Inf. e Juvent.
19	Edemar Leopoldo Schlosser	8	0	0	Brusque – E. F. – Vara Criminal e da Inf. e Juventude
20	Luiz Neri Oliveira de Souza	7	11	29	Lages – E. F. – 1ª Vara Criminal
21	Ronaldo Denardi	7	11	28	São Joaquim – E. Int. – 1ª Vara
22	Margareti Moser	7	8	16	Itajaí – E. F. – V. da Família, Órfaos, Inf. e Juventude
23	Elton Vitor Zuquelo	7	7	22	Curitibanos – E. F. – 2ª Vara Cível
24	Álvaro Luiz Pereira de Andrade	7	6	7	Blumenau – E. F. – Vara da Infância e Juventude
25	Maurício Fabiano Mortari	7	6	6	Laguna – E. Int. – 1ª Vara
26	Paulo Ricardo Bruschi	7	6	5	Tubarão – E. F. – 3ª Vara Cível
27	Júlio César M. Ferreira de Melo	7	4	0	Araranguá – E. Int. – Vara Criminal e da Inf. e Juvent.
28	Osvaldo João Ranzi	7	3	27	Itajaí – E. F. – 1ª Vara Cível
29	Haideé Denise Grin	7	3	26	São José – E. Int. – V. F. Públ., E. Fisc. Acid. Trab., R. Públ.
30	Luiz Antônio Zanini Fornerolli	7	3	25	Palhoça – E. Int. – 1ª Vara
31	Selso de Oliveira	7	1	27	Chapecó – E. F. – V. F. Públ., E. Fisc., Acid. Trab., Reg.Públ.
32	Roberto Lepper	7	1	24	Timbó – E. Int. – 1ª Vara
33	Antônio Zoldan da Veiga	6	2	9	Joinville – E. F. – Vara do Juizado. Esp. Cível
34	Carlos Roberto da Silva	5	4	25	Blumenau – E. F. – 1ª Vara Criminal
35	Luiz Felipe Siegert Schuch	4	9	25	Blumenau – E. F. – 2ª Vara Criminal
36	Maria Teresa Visalli da C. Silva	4	9	16	Blumenau – E. F. – V.F.Publ.,E. Fisc., Acid.Trab. e R. Públ.
37	Bettina Maria Maresch de Moura	4	8	10	Chapecó – E. F. – 1ª Vara Cível
38	Ana Lia B. M. V. L. Carneiro	4	8	9	Criciúma – E. F. – V. da Família, Órfãos, Inf. e Juventude
39	Edir Josias Silveira Beck	4	8	5	Chapecó – E. F. – 2ª Vara Cível
40	Flávio André Paz de Brum	4	7	15	Lages – E. F. – 1ª Vara Cível
41	Osmar Mohr	4	3	14	Tubarão – E. F. – Vara Criminal
42	José C. Bernardes dos Santos	4	2	28	Itajaí – E. F. – 1ª Vara Criminal
43	Sílvio Dagoberto Orsatto	4	1	26	Lages – E. F. – V. F. Públ., E. Fisc., Acid. Trab. e R. Públ.
44	Márcio Rocha Cardoso	4	0	21	Chapecó – E. F. – Vara do Juizado Especial Cível
45	Luiz Cláudio Broering	4	0	20	Rio do Sul – E. F. – 1ª Vara Cível
46	Stephan Klaus Radloff	3	8	3	Curitibanos – E. F. – 1ª Vara Cível
47	Roberto Ramos Alvim	3	7	19	Lages – E. F. – Vara da Família, Órfãos, Inf. e Juventude

	Nome	Ano	Mês	Dia	Comarca/Lotação/Vara
48	Renato Luiz Carvalho Roberge	3	7	16	Joinville – E. F. – 1ª Vara Criminal
49	Gabriela Gorini M. Coral	3	6	28	Criciúma – E. F. – 2ª Vara Cível
50	Emanuel Schenkel do A. e Silva	3	6	25	Blumenau – E. F. – 4ª Vara Cível
51	Ana Karina Arruda Anzanello	3	6	24	Concórdia – E. F. – Vara Criminal e da Inf. e Juventude
52	Antônio C. Junckes dos Santos	3	6	23	Lages – E. F. – 2ª Vara Cível
53	João Marcos Buch	3	6	14	Joinville – E. F. – 2ª Vara Criminal
54	Vitoraldo Bridi	3	6	11	Blumenau – E. F. – Vara do Juizado Especial Cível
55	Otávio José Minatto	3	4	29	Joinville – E. F. – 1ª Vara Cível
56	Yhon Tostes	3	3	24	Joinville – E. F. – 2ª Vara da Família e Órfãos
57	João A. Dobrowolski Neto	3	3	23	Jonville – E. F. – 3ª Vara Criminal
58	Eliza Maria Strapazzon	3	0	23	Criciúma – E. F. – V .Faz. Públ. Acid.Trab. Reg. Públ.
59	Maria Paula Kern	2	7	20	Joinville – E. F. – 3ª Vara Cível
60	Alexandre Morais da Rosa	2	6	26	Joinville – E. F. – Vara da Infância e Juventude
61	Maurício Cavallazzi Póvoas	2	6	15	Concórdia – E. F. – 1ª Vara Cível
62	Vania Petermann R. de Mello	2	3	11	Criciúma – E. F. – 1ª Vara Cível
63	Cláudia Inês Maestri Meyer	2	1	19	Blumenau – E. F. – Vara da Família e Órfãos
64	Brigitte Remor de Souza May	1	9	17	Tubarão – E. F. – Vara da Família, Órfãos, Inf. e Juv.
65	Jaber Farah Filho	1	8	14	Blumenau – E. F. – 1ª Vara Cível
66	Sérgio Luiz Junkes	1	4	9	Concórdia – E. F. – 2ª Vara Cível
67	Ademir Wolff	1	2	14	Joaçaba – E. F. – 2ª Vara
68	Geraldo Corrêa Bastos	0	9	18	Curitibanos – E. F. – Vara Criminal e da Inf. e Juventude
69	Rubens Sérgio Salfer	0	9	15	Criciúma – E. F. – 1ª Vara Criminal
70	Antônio A. Baggio e Ubaldo	0	2	20	Chapecó – E. F. – 1ª Vara Criminal
71	Sílvio José Franco	0	2	8	Chapecó – E. F. – 2ª Vara Criminal
72	Vago	0	0	0	Lages – E. F. – 4ª Vara Cível

QUADRO DE JUÍZES DE DIREITO DE ENTRÂNCIA ESPECIAL EM 31 DE DEZEMBRO DE 2004, MANTIDAS TRANSITORIAMENTE AS CORRESPONDENTES LOTAÇÕES DE ENTRÂNCIA FINAL

	Nome	Ano	Mês	Dia	Comarca/Lotação/Vara
1	Hilton Cunha Júnior	15	9	11	Capital – E. E. – 4ª Vara Criminal
2	Alexandre D'Ivanenko	15	4	13	Capital – E. E. – Vara de Execuções Penais
3	Lédio Rosa de Andrade	14	6	24	Tubarão – E. F. – 2ª Vara Cível
4	Jaime Ramos	14	6	21	Capital – E. E. – 1º JD Subst. de 2º grau
5	Jorge Henrique Schaefer Martins	14	6	20	Capital – E. E. – 3º JD Subst. de 2º grau
6	Marli Mosimann Vargas	14	4	21	Itajaí – E. F. – 2ª Vara Criminal
7	Maria do Rocio Luz Santa Ritta	14	4	17	Capital – E. E. – 2º JD Subst. de 2º grau
8	Newton Janke	14	4	10	Capital – E. E. – 4º JD Subst. de 2º grau
9	Sérgio Izidoro Heil	13	4	25	Capital – E. E. – 8º JD Subst. de 2º grau
10	José Carlos Carstens Köhler	13	4	23	Capital – E. E. – 6º JD Subst. de 2º grau
11	Victor José Sebem Ferreira	13	4	19	Capital – E. E. – 5º JD Subst. de 2º grau
12	Dionízio Jenczak	13	4	18	Capital – E. E. – 7º JD Subst. de 2º grau
13	Rejane Andersen	12	10	28	Capital – E. E. – 6º Juiz Especial
14	Joel Dias Figueira Júnior	12	10	27	Joinville – E. F. – 2ª Vara Cível
15	Cláudio Valdyr Helfenstein	12	9	1	Brusque – E. F. – 2ª Vara Cível
16	Rodrigo Antônio da Cunha	12	1	22	Capital – E. E. – 6ª Vara Cível
17	Jânio de Souza Machado	11	8	10	Capital – E. E. – 12º JD Subst. de 2º grau
18	Soraya Nunes Lins Bianchini	11	7	28	Capital – E. E. – 2ª V. Fam. Órfãos e Sucessões
19	Sônia Maria Schmitz	11	7	1	Capital – E. E. – 9º JD Subst. de 2º grau
20	Paulo Roberto Camargo Costa	11	7	0	Capital – E. E. – 1ª Vara Criminal
21	Henry Goy Petry Júnior	11	6	29	Capital – E. E. – Foro do Norte da Ilha
22	Roberto Lucas Pacheco	11	6	27	Capital – E. E. – V. Rogat. Precat., Fal. e Conc.
23	Jairo Fernandes Gonçalves	11	6	24	Tubarão – E. F. – 1ª Vara Cível
24	Jaime Luiz Vicari*				Capital – E. E. – 4ª Vara Cível
25	José Inácio Schaefer	11	6	23	Capital – E. E. – Foro do Continente – Vara Cível
26	Luiz Fernando Boller	11	6	22	Tubarão – E. F. – Vara do Juizado Esp. Cível
27	Paulo Roberto Sartorato	11	6	21	Capital – E. E. – Foro do Contin. – Vara da Fam.
28	Túlio José Moura Pinheiro	11	4	12	Capital – E. E. – 10º JD Subst. de 2º grau
29	Carlos Alberto Civinski	11	4	11	Brusque – E. F. – 1ª Vara Cível
30	Ronaldo Moritz M. da Silva	11	4	7	Capital – E. E. – 11º JD Subst. de 2º grau
31	Ricardo José Roesler	11	4	6	Joinville – E. F. – 4ª Vara Cível
32	Robson Luz Varella	11	4	5	Capital – E. E. – 3ª Vara Cível
33	Rodrigo T. de Carvalho Collaço	11	3	27	Capital – E. E. – Foro do Continente – Vara Crim.
34	Denise Volpato	11	3	26	Capital – E. E. – 2ª Vara Cível
35	Domingos Paludo	11	3	23	Capital – E. E. – 1ª Vara da Fazenda Pública

	Nome	Ano	Mês	Dia	Comarca/Lotação/Vara
36	Carlos Adilson Silva	11	2	21	Joinville – E. F. – V. F. Públ., E. Fisc., Acid. Trab.
37	Rogério Mariano do Nascimento	11	1	13	Criciúma – E. F. – 3ª Vara Cível
38	Edemar Gruber	11	0	13	Joaçaba – E. F. – 1ª Vara
39	Stanley da Silva Braga	10	9	18	Lages – E. F. – 3ª Vara Cível
40	Altamiro de Oliveira	10	9	16	Lages – E. F. – Primeiro Juiz Especial
41	Saul Steil	10	7	8	Capital – E. E. – 5ª Vara Cível
42	Newton Varella Júnior	10	7	1	Capital – E. E. – 5º Juiz Especial
43	Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva	10	2	23	Itajaí – E. F. – V. F. Públ.,E. Fisc., Acid. Trab. e Reg. Públ.
44	Odson Cardoso Filho	10	0	5	Capital – E. E. – 2ª Vara da Fazenda Pública
45	Gilberto Gomes de Oliveira	9	10	3	Itajaí – E. F. – 2ª Vara Cível
46	Manuel Cardoso Green	9	6	8	Rio do Sul – E. F. – 2ª Vara Cível
47	José Everaldo Silva	9	3	14	Lages – E. F. – 2ª Vara Criminal
48	Volnei Celso Tomazini	9	2	16	Capital — E. E. – Foro do Continente – V. Juiz. Esp.
49	Samir Oseas Saad	9	2	13	Capital – E. E. – 2ª Vara Criminal
50	Paulo H. Moritz M. da Silva	9	1	5	Capital – E. E. – 1ª Vara Cível
51	Leopoldo Augusto Brüggemann	8	8	12	Capital – E. E. – 3ª Vara Criminal
52	Julio César Knoll	8	1	22	Tubarão – E. F. – V. F. Púb., E. Fisc. Acid. Trab. Reg. Públ.
53	Janice Goulart Garcia Ubialli	8	1	21	Criciúma – E. F. – 2ª Vara Criminal
54	Cláudia Lambert de Faria	8	1	20	Capital – E. E. – 1ª V. Fam. Órf. e Sucessões
55	Rubens Schulz	8	1	16	Blumenau – E. F. – 3ª Vara Cível
56	Francisco J. R. de Oliveira Neto	8	1	5	Capital – E. E. – V. da Infância e Juventude
57	Cinthia Beatriz da S. Bittencourt	7	9	8	Rio do Sul – E. F. – Vara Criminal e da Inf. e Juv.
58	Jorge Luis Costa Beber	7	7	23	Blumenau – E. F. – 2ª Vara Cível
59	Guilherme Nunes Born	7	7	22	Criciúma – E. F. – V. do Juizado Especial Cível
60	Luiz Zanelato	7	6	7	Joinville – E. F. – Vara da Família e Órfãos
61	Jaime Machado Júnior	7	6	6	Lages – E. F. – Vara do Juizado Especial Cível
62	Hélio do Valle Pereira	7	6	5	Capital – E. E. – 7º Juiz Especial
63	Eduardo Mattos Gallo Júnior	7	4	0	Itajaí – E. F. – Vara do Juizado Especial Cível
64	Nelson Maia Peixoto	1	9	0	Capital – E. E. – 8º Juiz Especial
65	Maria Terezinha M. de Oliveira	1	8	13	Capital – E. E. – 3º Juiz Especial
66	Gerson Cherem II	1	7	10	Capital – E. E. – 1º Juiz Especial
67	Dinart Francisco Machado	1	7	9	Capital – E. E. – 4º Juiz Especial
68	Luiz Henrique Martins Portelinha	1	2	28	Capital – E. E. – 2º Juiz Especial

* Decisão MS n. PA 2004011135-5.

JUÍZES DE DIREITO EM DISPONIBILIDADE

Nome	Data da Disponibilidade
Geraldo da Rocha Loures Reichmann	29-1-1996
José Ildefonso Bizatto	20-2-2004

QUADRO DE JUÍZES DE DIREITO EM 31 DE DEZEMBRO DE 2004, RELATIVO À ANTIGÜIDADE NA CARREIRA E AO TEMPO TOTAL PARA EFEITO DE APOSENTADORIA

	Nome	CARREIRA A	M	D	APOSENTADORIA A	M	D	Comarca/Lotação/Vara
01	Dionízio Jenczak	25	5	10	43	7	3	Capital – E. E. – 7º JD Subst. de 2º grau
02	Rejane Andersen	25	1	27	29	5	16	Capital – E. E. – 6º Juiz Especial
03	José Clésio Machado	24	0	2	38	7	27	Biguaçu – E. Int. – 1ª Vara
04	Jaime Luiz Vicari	23	3	21	41	4	27	Capital – E. E. – 4ª Vara Cível
05	Hilton Cunha Júnior	23	3	21	37	9	8	Capital – E. E. – 4ª Vara Criminal
06	Rodrigo A. da Cunha	23	3	21	33	11	13	Capital – E. E. – 6ª Vara Cível
07	Jaime Ramos	23	0	8	36	4	8	Capital – E. E. – 1º JD Subst. de 2º grau
08	Jaime Pedro Bunn	23	0	8	36	0	23	Biguaçu – E. Int. – 2ª Vara
09	Sérgio Izidoro Heil	23	0	8	39	9	7	Capital – E. E. – 8º JD Subst. de 2º grau
10	Newton Janke	23	0	8	37	4	23	Capital – E. E. – 4º JD Subst. de 2º grau
11	Artur Jenichen Filho	23	0	8	36	9	27	Bal. Camb. – E. Int. – V. Fam.,Órf., Inf. e Juv.
12	Alexandre D'Ivanenko	23	0	8	35	11	7	Capital – E. E. – Vara de Exec. Penais
13	Marli Mosimann Vargas	23	0	8	31	4	1	Itajaí – E. F. – 2ª Vara Criminal
14	José Maurício Lisboa	23	0	8	31	5	8	Palhoça – E. Int. – 2ª Vara
15	Jorge H. S. Martins	23	0	8	28	10	19	Capital – E. E. – 3º JD Subst. de 2º grau
16	Osíris do C. Machado	22	5	19	37	6	26	São José – E. Int. – Vara do Juiz. Esp. Cível
17	Laerte Roque Silva	22	3	11	33	4	11	Urubici – E. Inic. – Vara Única

	Nome	CARREIRA A	M	D	APOSENTADORIA A	M	D	Comarca/Lotação/Vara
18	Lédio Rosa de Andrade	22	3	11	28	0	20	Tubarão – E. F. – 2ª Vara Cível
19	Jânio de S. Machado	21	8	10	32	9	21	Capital – E. E. – 12º JD Subst. de 2º grau
20	Janice G. Garcia Ubialli	21	8	10	27	0	15	Criciúma – E. F. – 2ª Vara Criminal
21	José C. Carstens Köhler	21	8	10	26	1	2	Capital – E. E. – 6º JD Subst. de 2º grau
22	Manuel Cardoso Green	20	0	4	37	8	0	Rio do Sul – E. F. – 2ª Vara Cível
23	Victor J. S. Ferreira	20	0	4	35	5	3	Capital – E. E. – 5º JD Subst. de 2º grau
24	Rogério M. do Nascimento	20	0	4	31	9	19	Criciúma – E. F. – 3ª Vara Cível
25	Joel D. Figueira Júnior	20	0	4	28	7	3	Joinville – E. F. – 2ª Vara Cível
26	Maria do R. L. S. Ritta	20	0	4	24	6	5	Capital – E. E. – 2º JD Subst. de 2º grau
27	Soraya N. L. Bianchini	20	0	4	22	4	3	Capital – E. E. – 2ª V. Fam.Órf. e Suc.
28	Samir Oséas Saad	19	1	12	44	0	13	Capital – E. E. – 2ª Vara Criminal
29	José Agenor de Aragão	19	1	12	36	1	2	Itajaí – E. F. – 3ª Vara Cível
30	Paulo Roberto Sartorato	19	1	12	37	11	25	Capital – E. E. – Foro Cont. – Vara da Fam.
31	Vera Regina Bedin	19	1	5	24	10	26	Itapema – E. Inic. – Vara Única
32	Sônia Maria Schmitz	17	7	16	37	10	14	Capital – E. E. – 9º JD Subst. de 2º grau
33	Luiz Fernando Boller	17	7	16	36	2	7	Tubarão – E. F. – Vara do Juiz. Esp.Cível
34	Vitoraldo Bridi	17	7	16	35	5	1	Blumenau – E. F. – Vara do Juiz. Esp. Cível
35	Cláudio V. Helfenstein	17	7	16	33	0	14	Brusque – E. F. – 2ª Vara Cível
36	Júlio César Knoll	17	7	16	32	10	2	Tubarão – E. F. – V. F. Públ., E. Fisc. Acid. Trab. Reg.
37	Ariovaldo R. R. da Silva	17	7	16	32	6	7	Lages – E. F. – 3ª Vara Criminal
38	Jairo F. Gonçalves	17	7	16	31	3	10	Tubarão – E. F. – 1ª Vara Cível
39	Ricardo José Roesler	17	7	16	31	3	8	Joinville – E. F. – 4ª Vara Cível
40	Fernando de M. Ritter	17	7	16	30	3	26	Içara – E. Inic. – Vara Única
41	Ronaldo M. M. da Silva	17	7	16	28	5	20	Capital – E. E. – 11º JD Subst. de 2º grau
42	Paulo R. C. Costa	16	9	20	37	5	18	Capital – E. E. – 1ª Vara Criminal
43	Luiz Zanelato	16	9	20	38	5	24	Joinville – E. F. – Vara da Fam. e Órf.
44	Nelson Maia Peixoto	16	9	20	36	1	23	Capital – E. E. – 8º Juiz Especial

	Nome	CARREIRA A	M	D	APOSENTADORIA A	M	D	Comarca/Lotação/Vara
45	Maria T. M. de Oliveira	16	9	20	23	10	2	Capital – E. E. – 3º Juiz Especial
46	Luiz H. M. Portelinha	16	9	20	24	11	6	Capital – E. E. – 2º Juiz Especial
47	José Inácio Schaefer	16	4	26	36	1	21	Capital – E. E. – F. do Continente – Vara Cível
48	Carlos A. Civinski	16	4	26	34	3	25	Brusque – E. F. – 1ª Vara Cível
49	Túlio J. M. Pinheiro	16	4	26	30	8	9	Capital – E. E. – 10º JD Subst. de 2º grau
50	Rodolfo C. R. da Silva	16	4	26	30	1	26	Itajaí – E. F. – V. F. Públ., E. Fisc., Acid. Trab. e Reg. Públ.
51	Henry Goy Petry Júnior	16	4	26	26	1	15	Capital – E. E. – F. do Norte da Ilha
52	Denise de S. L. Francoski	16	4	26	21	11	0	São José – E. Int. – 2ª Vara Cível
53	Denise Volpato	16	4	26	21	9	20	Capital – E. E. – 2ª Vara Cível
54	Roberto L. Pacheco	16	4	26	24	0	28	Capital – E. E. – V. Rog. Prec., Fal. e Conc.
55	Edemar Gruber	15	7	18	40	5	10	Joaçaba – E. F. – 1ª Vara
56	José Everaldo Silva	15	7	18	34	9	25	Lages – E. F. – 2ª Vara Criminal
57	Renato Müller Bratti	15	7	18	34	9	7	Laguna – E. Int. – 2ª Vara
58	Hildemar M. de Carvalho	15	7	18	29	7	24	São Fco. do Sul – E. Int. – 1ª Vara
59	Margareti Moser	15	7	18	24	7	13	Itajaí – E. F. – V. da Fam., Órf., Inf. e Juv.
60	Ana Lia B. M. V. L. Carneiro	15	7	18	24	6	13	Criciúma – E. F. – V. da Fam., Órf., Inf. e Juv.
61	Altamiro de Oliveira	15	7	18	26	3	15	Lages – E. F. – Primeiro Juiz Especial
62	Rodrigo T. de C. Collaço	15	7	18	25	1	14	Capital – E. E. – Foro do Cont. – Vara Crim.
63	Alaíde Maria Nolli	15	7	18	22	0	28	Bal. Camb. – E. Int. – Vara do Juiz. Esp.
64	Newton Varella Júnior	15	7	18	24	0	8	Capital – E. E. – 5º Juiz Especial
65	Carlos Adilson Silva	15	7	18	23	0	3	Joinville – E. F. – V.F. Públ., E. Fisc., Acid. Trab.
66	Odson Cardoso Filho	15	7	18	21	5	23	Capital – E. E. – 2ª Vara da Faz. Públ.
67	Robson Luz Varella	15	7	18	21	2	12	Capital – E. E. – 3ª Vara Cível
68	Hélio David V. F. dos Santos	14	11	18	29	3	17	Jaraguá do Sul – E. Int. – V. Crim. e da Inf. e Juv.
69	Stanley da Silva Braga	14	6	20	40	1	27	Lages – E. F. – 3ª Vara Cível
70	Ademir Wolff	14	6	20	40	1	19	Joaçaba – E. F. – 2ª Vara
71	Saul Steil	14	6	20	32	1	4	Capital – E. E. – 5ª Vara Cível
72	Luiz Cláudio Broering	14	6	20	26	7	3	Rio do Sul – E. F. – 1ª Vara Cível

	Nome	CARREIRA A	M	D	APOSENTADORIA A	M	D	Comarca/Lotação/Vara
73	Domingos Paludo	14	6	20	23	9	2	Capital – E. E. – 1ª Vara da Faz. Públ.
74	Volnei Celso Tomazini	14	6	20	23	1	20	Capital – E. E. – F. Continente – V. Juiz. Esp.
75	Paulo H. Moritz M. da Silva	14	6	20	20	0	25	Capital – E. E. – 1ª Vara Cível
76	Cínthia B. da S. Bittencourt	14	6	20	17	10	29	Rio do Sul – E. F. – Vara Crim. e da Inf. e Juv.
77	Osvaldo Alves do Amaral	13	8	25	31	1	10	Porto União – E. Int. – 1ª Vara
78	Gilberto Gomes de Oliveira	13	8	25	30	10	13	Itajaí – E. F. – 2ª Vara Cível
79	Leopoldo A. Brüggemann	13	8	25	29	7	7	Capital – E. E. – 3ª Vara Criminal
80	Márcio René Rocha	13	8	25	25	4	29	Jaraguá do Sul – E. Int. – 1ª V. Cível
81	Gabriela G. M. Coral	13	8	25	20	4	8	Criciúma – E. F. – 2ª Vara Cível
82	Cláudia Lambert de Faria	13	8	25	16	10	0	Capital – E. E. – 1ª V. Fam. Órf. e Sucessões
83	Jorge Luis Costa Beber	13	8	22	23	6	29	Blumenau – E. F. – 2ª Vara Cível
84	Rosane Portella Wolff	13	8	22	17	10	22	Chapecó – E. F. – 3ª Vara Cível
85	Mário Bianchini Filho	13	8	18	30	0	10	Bom Retiro – E. Inic. – Vara Única
86	Elton Vitor Zuquelo	13	8	15	28	3	20	Curitibanos – E. F. – 2ª Vara Cível
87	Maria T. V. da Costa Silva	13	8	7	25	10	20	Blumenau – E. F. – V.F. Públ., E. Fisc., Ac. Trab. Reg.
88	Tânia Regina Vieira Luiz	12	9	8	18	3	7	Taió – E. Inic. – Vara Única
89	Ermínio Amarildo Darold	12	9	8	29	3	28	Chapecó – E. F. – V. da Fam., Órf., Inf. e Juv.
90	Rubens Schulz	12	9	8	22	1	10	Blumenau – E. F. – 3ª Vara Cível
91	Guilherme Nunes Born	12	5	18	23	10	28	Criciúma – E. F. – Vara do Juiz. Esp. Cível
92	Jaime Machado Júnior	12	5	17	21	8	0	Lages – E. F. – Vara do Juiz. Esp. Cível
93	Eduardo Mattos G. Júnior	12	5	16	19	9	24	Itajaí – E. F. – Vara do Juiz. Esp. Cível
94	Francisco J. R. de O. Neto	12	5	15	20	6	16	Capital – E. E. – V. da Inf. e Juv.
95	Hélio do Valle Pereira	12	5	14	15	2	8	Capital – E. E. – 7º Juiz Especial
96	Maurício Fabiano Mortari	12	5	13	27	11	24	Laguna – E. Int. – 1ª Vara
97	Ana Paula A. da Silveira	12	5	12	12	5	12	Gaspar – E. Inic. – 1ª Vara
98	Gerson Cherem II	12	5	10	26	7	18	Capital – E. E. – 1º Juiz Especial

	Nome	CARREIRA A	M	D	APOSENTADORIA A	M	D	Comarca/Lotação/Vara
99	Haideé Denise Grin	12	5	9	21	0	23	São José – E.Int.-V.F. Públ., E. Fisc., Ac. Tr., R. Públ.
100	Vilson Fontana	12	5	8	20	1	29	Tijucas – E. Int. – Vara Única
101	Sílvio Dagoberto Orsatto	12	5	7	26	8	18	Lages – E.F. – V.F.Públ., E. Fisc., Acid.Trab.e R. Públ.
102	Luiz Neri O. de Souza	12	5	6	28	3	18	Lages – E. F. – 1ª Vara Criminal
103	Edson Luiz de Oliveira	12	0	4	31	2	7	Barra Velha – E. Inic. – Vara Única
104	Luiz César Schweitzer	12	0	3	26	4	9	São José – E.Int. – Vara Fam., Órf., Inf. e Juv.
105	Dinart Francisco Machado	12	0	2	16	11	27	Capital – E. E. – 4º Juiz Especial
106	Júlio C. M. Ferreira de Melo	12	0	0	24	3	27	Araranguá – E.Int.-V. Crim. e da Inf. e Juv.
107	Luiz Felipe Siegert Schuch	11	11	29	20	8	11	Blumenau – E. F. – 2ª Vara Criminal
108	Romano José Enzweiler	11	11	28	31	1	26	São João Batista – E. Inic. – Vara Única
109	Edemar Leopoldo Schlosser	11	11	26	35	6	24	Brusque – E. F. – Vara Crim e da Inf. e Juv.
110	Álvaro Luiz P. de Andrade	11	5	19	15	7	14	Blumenau – E. F. – Vara da Inf. e Juv.
111	Cláudia Inês Maestri Meyer	11	5	19	18	1	14	Blumenau – E. F. – Vara da Fam. e Órf.
112	Ronaldo Denardi	11	5	19	19	1	10	São Joaquim – E. Int. – 1ª Vara
113	Paulo Ricardo Bruschi	11	5	19	28	7	0	Tubarão – E. F. – 3ª Vara Cível
114	Osvaldo João Ranzi	11	5	19	41	10	17	Itajaí – E. F. – 1ª Vara Cível
115	Luiz A. Zanini Fornerolli	11	5	19	25	8	18	Palhoça – E. Int. – 1ª Vara
116	Iraci S. Kuraoka Schiocchet	11	5	19	19	3	25	Pomerode – E. Inic. – Vara Única
117	Selso de Oliveira	11	5	19	25	6	10	Chapecó – E.F. – V.F. Públ., E. Fisc., Ac.Trab., Reg. Públ.
118	José C. B. dos Santos	11	5	19	35	2	2	Itajaí – E. F. – 1ª Vara Criminal
119	Carlos Roberto da Silva	11	5	19	14	7	9	Blumenau – E. F. – 1ª Vara Criminal
120	Ana V. Sganzerla Truccolo	11	5	19	17	8	18	Piçarras – E. Inic. – Vara Única
121	Roberto Lepper	11	5	19	20	5	13	Timbó – E. Int. – 1ª Vara
122	Roberto Ramos Alvim	11	5	19	28	9	29	Lages – E. F. – Vara da Familia, Órfãos, Inf. e Juventude
123	Bettina M. M. de Moura	11	5	19	15	9	3	Chapecó – E. F. – 1ª Vara Cível
124	Antônio Zoldan da Veiga	11	5	19	15	11	24	Joinville – E. F. – Vara do Juiz. Esp. Cível
125	Flávio André Paz de Brum	10	5	23	21	5	11	Lages – E. F. – 1ª Vara Cível

Nome	CARREIRA A	M	D	APOSENTADORIA A	M	D	Comarca/Lotação/Vara
126 Ricardo M. de Andrade	10	5	22	29	6	17	Urussanga – E. Inic. – Vara Única
127 Edir Josias Silveira Beck	10	5	21	16	3	17	Chapecó – E. F. – 2ª Vara Cível
128 Osmar Mohr	10	5	20	22	1	28	Tubarão – E. F. – Vara Criminal
129 Otávio José Minatto	10	5	19	27	7	7	Joinville – E. F. – 1ª Vara Cível
130 João Marcos Buch	10	5	18	15	4	9	Joinville – E. F. – 2ª Vara Criminal
131 João A. Dobrowolski Neto	10	5	16	16	2	2	Jonville – E. F. – 3ª Vara Criminal
132 Maria Paula Kern	10	5	15	14	10	4	Joinville – E. F. – 3ª Vara Cível
133 Ana Karina A. Anzanello	10	5	14	15	0	28	Concórdia – E.F. – Vara Crim. e da Inf. Juv.
134 Yhon Tostes	10	5	12	18	9	2	Joinville – E. F. – 2ª Vara da Fam. e Órf.
135 Renato Maurício Basso	10	5	11	28	0	9	Xaxim – E. Inic. – Vara Única
136 Eliza Maria Strapazzon	10	5	10	23	2	23	Criciúma – E. F. – V. Faz. Públ. Ac. Trab. R. Públ.
137 Pedro Walicoski Carvalho	10	5	9	28	3	3	Sto. A. da Imperatriz – E. Inic. – V. Única
138 Roberto Marius Fávero	10	5	8	27	11	9	Turvo – E. Inic. – Vara Única
139 Márcio Rocha Cardoso	9	10	22	14	6	18	Chapecó – E.F – Vara Juiz. Esp. Cível
140 Renato Luiz C. Roberge	9	10	21	15	3	25	Joinville – E. F. – 1ª Vara Criminal
141 Stephan Klaus Radloff	9	10	20	16	6	29	Curitibanos – E. F. – 1ª Vara Cível
142 Adriana Mendes Bertoncini	9	9	9	10	5	6	Navegantes – E. Inic. – Vara Única
143 Brigitte Remor de S. May	9	9	8	18	3	5	Tubarão – E. F. – Vara da Fam., Órf., Inf. Juv.
144 Antônio C. J. dos Santos	9	9	6	19	10	1	Lages – E. F. – 2ª Vara Cível
145 Geraldo Corrêa Bastos	9	3	10	28	11	2	Curitibanos – E. F. – Vara Crim. e da Inf. e Juv.
146 Vânia P. Ramos de Mello	8	1	23	10	2	18	Criciúma – E. F. – 1ª Vara Cível
147 Emanuel S. do A. e Silva	8	1	23	9	2	2	Blumenau – E. F. – 4ª Vara Cível
148 Lilian Telles de Sá Vieira	8	1	23	13	11	22	Imaruí – E. Inic. – Vara Única
149 Maurício Cavallazzi Póvoas	8	1	23	11	2	2	Concórdia – E. F. – 1ª Vara Cível
150 Cássio J. L. Angulski	8	1	23	8	6	3	Gaspar – E. Inic. – 2ª Vara
151 Augusto C. Allet Aguiar	8	1	23	16	11	11	Orleans – E. Inic. – Vara Única
152 Daniela Vieira Soares	7	0	3	7	0	3	Ibirama – E. Inic. – 2ª Vara
153 Jaber Farah Filho	7	0	3	16	0	18	Blumenau – E. F. – 1ª Vara Cível

Nome	CARREIRA A	M	D	APOSENTADORIA A	M	D	Comarca/Lotação/Vara
154 Denise Nadir Enke	7	0	3	9	5	27	Garuva – E. Inic. – Vara Única
155 Sérgio Luiz Junkes	7	0	3	7	1	26	Concórdia – E. F. – 2ª Vara Cível
156 Rubens Sérgio Salfer	7	0	3	7	1	26	Criciúma – E. F. – 1ª Vara Criminal
157 Alexandre Morais da Rosa	6	10	20	10	0	25	Joinville – E. F. – Vara da Inf. e Juv.
158 Karen Francis Schubert	6	10	20	6	10	20	Guaramirim – E. Inic. – Vara Única
159 Eliane Alfredo C. Luiz	6	10	20	11	3	9	Garopaba – E. Inic. – Vara Única
160 Simone Boing Guimarães	6	10	20	8	10	1	Armazém – E. Inic. – Vara Única
161 Paulo R. Fróes Toniazzo	6	10	20	30	10	11	Camboriú – E. Inic. – Vara Única
162 Décio M. B. de Araújo Filho	6	10	20	7	0	6	Itapoá – E. Inic. – Vara Única
163 Antônio A. Baggio e Ubaldo	6	10	20	7	6	15	Chapecó – E. F. – 1ª Vara Criminal
164 Ana Cristina Borba Alves	6	10	20	16	10	28	Capivari de Baixo – E. Inic. – V. Única
165 Cíntia Gonçalves Costi	6	10	20	6	10	20	Fraiburgo – E. Inic. – Vara Única
166 Elleston Lissandro Canali	6	10	20	10	6	18	Lauro Müller – E. Inic. – Vara Única
167 Sílvio José Franco	6	10	20	11	4	25	Chapecó – E. F. – 2ª Vara Criminal
168 Mauro Ferrandin	6	10	20	10	5	28	Ibirama – E. Inic. – 1ª Vara
169 Geomir Roland Paul	5	6	28	25	5	19	Ponte Serrada – E. Inic. – Vara Única
170 Sérgio Agenor de Aragão	5	6	28	26	5	4	Rio Negrinho – E. Inic. – Vara Única
171 Flávio Luis Dell'Antônio	5	6	28	18	8	17	Tangará – E. Inic. – Vara Única
172 Mônica Elias de Lucca	5	6	28	10	6	3	Imbituba – E. Inic. – Vara Única
173 Cândida Inês Zoellner	5	6	28	6	3	12	Ascurra – E. Inic. – Vara Única
174 Alexandre K. Takaschima	5	6	28	9	9	3	Anita Garibaldi – E. Inic. – Vara Única
175 André Luiz Lopes de Souza	5	6	28	26	10	2	Maravilha – E. Inic. – Vara Única
176 Gustavo Henrique Aracheski	5	6	28	6	10	17	Seara – E. Inic. – Vara Única
177 Simone Faria L. Rodrigues	5	6	28	5	6	28	Porto Belo – E. Inic. – Vara Única
178 Margani de Mello	5	0	25	6	6	19	Jaguaruna – E. Inic. – Vara Única
179 Marco A. Ghisi Machado	5	0	13	5	0	13	São Lourenço do Oeste – E. Inic. – Vara Única
180 Miriam R. G. Cavalcanti	4	9	9	16	9	26	Forquilhinha – E. Inic. – Vara Única

Nome	CARREIRA A	M	D	APOSENTADORIA A	M	D	Comarca/Lotação/Vara
181 Fúlvio Borges Filho	4	9	9	16	10	8	Palmitos – E. Inic. – Vara Única
182 Luiz Henrique Bonatelli	4	9	9	26	8	18	Cunha Porã – E. Inic. – Vara Única
183 César O. Scirea Tesseroli	4	7	27	10	10	15	Pres. Getúlio – E. Inic. – Vara Única
184 Marcelo Carlin	4	7	27	7	10	11	Sombrio – E. Inic. – Vara Única
185 Francisco Carlos Mambrini	4	7	27	8	8	8	Coronel Freitas – E. Inic. – Vara Única
186 Fábio Nilo Bagattoli	4	5	4	7	8	29	São Carlos – E. Inic. – Vara Única
187 Débora D. Rieger Zanini	4	5	4	17	10	29	Anchieta – E. Inic. – Vara Única
188 Patrícia Nolli	4	5	4	4	5	4	Araquari – E. Inic. – Vara Única
189 Ricardo Rafael dos Santos	4	5	4	8	8	23	Rio do Oeste – E. Inic. – Vara Única
190 André Alexandre Happke	2	11	6	6	3	28	Correia Pinto – E. Inic. – Vara Única
191 Marcelo Elias Naschenweng	2	11	6	5	4	12	Descanso – E. Inic. – Vara Única
192 Daniela Ertel	2	11	6	5	11	2	São Domingos – E. Inic. – Vara Única
193 Carolina R. Nerbass Fretta	2	11	6	7	9	14	Trombudo Central – E. Inic. – Vara Única
194 Rodrigo Pereira Antunes	2	11	6	6	4	25	Itapiranga – E. Inic. – Vara Única
195 Janine Stiehler Martins	2	11	6	6	10	3	Campo Belo do Sul – E. Inic. – Vara Única
196 Jefferson Zanini	2	11	6	2	11	6	Papanduva – E. Inic. – Vara Única
197 Lívia Francio R. Cobalchini	2	11	6	2	11	6	Lebon Régis – E. Inic. – Vara Única
198 Rafael Fleck Arnt	2	11	6	3	4	27	Mondaí – E. Inic. – Vara Única
199 Alexandra Lorenzi da Silva	2	11	6	9	5	13	Herval do Oeste – E. Inic. – Vara Única
200 Solon Bittencourt Depaoli	2	11	6	4	1	15	Modelo – E. Inic. – Vara Única
201 Marlon Jesus S. de Souza	2	11	6	14	0	18	Santa Rosa do Sul – E. Inic. – Vara Única
202 Giuliano Ziembowicz	2	11	6	2	11	6	Pinhalzinho – E. Inic. – Vara Única
203 Humberto G. da Silveira	2	11	6	8	7	8	Dionísio Cerqueira – E. Inic. – Vara Única
204 Cláudio M. Areco Júnior	2	11	6	8	11	22	Campo Erê – E. Inic. – Vara Única

Nome	CARREIRA A	M	D	APOSENTADORIA A	M	D	Comarca/Lotação/Vara
205 Fernando de Castro Faria	2	11	6	2	11	6	Abelardo Luz – E. Inic. – Vara Única
206 Rudson Marcos	2	11	6	13	6	26	Quilombo – E. Inic. – Vara Única
207 Ricardo Alexandre Fiuza	2	11	6	8	10	3	Catanduvas – E. Inic. – Vara Única
208 Uziel Nunes de Oliveira	2	11	6	13	7	12	São José do Cedro – E. Inic. – Vara Única
209 Fernando Vieira Luiz	1	11	10	1	11	10	Rio do Campo – E. Inic. – Vara Única
210 Eduardo Camargo	1	11	10	13	11	24	Ipumirim – E. Inic. – Vara Única
211 Viviane Isabel Daniel	1	4	28	6	10	17	Itá – E. Inic. – Vara Única

QUADRO DE JUÍZES SUBSTITUTOS VITALÍCIOS E NÃO VITALÍCIOS EM 31 DE DEZEMBRO DE 2004, RELATIVO À ANTIGÜIDADE NA CARREIRA E AO TEMPO DE SERVIÇO TOTAL PARA EFEITO DE APOSENTADORIA

Nome	CARREIRA A	M	D	PARA APOSENTADORIA A	M	D
01 Fernando Luiz Soares de Carvalho	38	2	11	46	7	14
02 Maria Eloisa Neves May	21	8	10	22	10	8
03 Maria Auxiliadora Ornelas de Almeida	16	4	26	31	8	19
04 Maria de Lourdes Simas Porto Vieira	15	7	18	18	4	5
05 Viviane Eigen	14	6	20	25	8	3
06 Monica Grisolia de Oliveira	9	9	4	17	8	18
07 Clovis Marcelino dos Santos	9	3	16	28	0	20
08 Paulo Afonso Sandri	8	1	23	26	4	13
09 Horacy Benta de Souza Baby	7	0	3	11	4	3
10 Iasodara Fin Nishi	6	10	20	6	10	20
11 Naiara Brancher Duarte Cardoso	5	4	20	5	4	20
12 Lara Maria Souza da Rosa	4	9	9	4	9	9
13 Paulo da Silva Filho	4	7	27	8	11	17
14 Cintia Ranzi Arnt	2	11	6	2	11	6
15 Ana Luisa Schmidt Ramos Bornhausen	2	11	6	5	4	5
16 Marcia Krischke Matzenbacher	2	11	6	2	11	6
17 Andreia Regis Vaz	2	11	6	2	11	6

	Nome	CARREIRA A	M	D	PARA APOSENTADORIA A	M	D
18	Viviana Gazaniga Maia	1	11	10	5	5	3
19	Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben	1	11	10	6	4	8
20	Juliano Rafael Bogo	1	11	10	2	10	29
21	Marco Augusto Ghisi Machado	1	11	10	3	6	2
22	Marivone Koncikoski Abreu	1	4	28	4	10	0
23	Fernando Speck de Souza	1	4	28	2	3	24
24	Laudenir Fernando Petroncini	1	4	28	13	7	24
25	Jeferson Isidoro Mafra	1	4	28	1	4	28
26	Cláudio Barbosa Fontes Filho	1	4	28	4	1	27
27	Andre Augusto Messias Fonseca	1	4	28	1	4	28
28	Jussara Schittler dos Santos	1	4	28	2	1	10
29	Rafael Sandi	1	4	28	2	7	3
30	Rafael Rabaldo Bottan	1	4	28	1	4	28
31	Andresa Bernardo	1	4	28	1	4	28
32	Camila Coelho	1	4	28	1	4	28
33	Tiane Lohn	1	4	28	1	4	28
34	Rafael Osorio Cassiano	1	4	28	1	4	28
35	Nadia Ines Schmidt	1	4	28	5	1	9
36	Gabriela Sailon de Souza Benedet	1	4	28	1	4	28
37	Gustavo Santos Mottola	1	4	28	1	4	28
38	Ezequiel Rodrigo Garcia	1	4	28	3	8	5
39	Gustavo Emelau Marchiori	1	4	28	1	4	28
40	Iolanda Volkmann	1	4	28	7	0	17
41	Ezequiel Schlemper	1	4	28	7	10	19
42	Ligia Boettger	1	4	28	6	9	5
43	Celso Henrique de Castro Baptista Vallim	1	4	28	1	4	28
44	Sonia Eunice Odwazny	1	4	28	8	7	3
45	Clayton César Wandscher	1	4	28	5	1	2
46	Rafael Bruning	0	9	28	1	1	18
47	Gustavo Marcos de Farias	0	5	19	3	4	22
48	Joana Ribeiro	0	5	19	0	5	19
49	Jeferson Osvaldo Vieira	0	5	19	6	7	29
50	Marcelo Volpato de Souza	0	5	19	0	10	22
51	Marcos Bigolin	0	5	19	0	5	19
52	Clarice Ana Lanzarini	0	5	19	5	3	27
53	Lucilene dos Santos	0	5	19	8	7	14
54	Rafael Milanesi Spillere	0	5	19	0	5	19
55	Marcos D'Avila Scherer	0	5	19	0	5	19
56	Rodrigo Coelho Rodrigues	0	5	19	1	11	3
57	Maycon Rangel Favareto	0	5	19	5	2	8
58	Claudia Margarida Ribas Marinho	0	5	19	0	5	19

	Nome	CARREIRA A	M	D	PARA APOSENTADORIA A	M	D
59	Paula Botke e Silva	0	5	19	0	5	19
60	João Batista da Cunha Ocampo More	0	5	19	10	0	6
61	Ederson Tortelli	0	5	19	4	10	1
62	Anna Finke	0	5	19	3	9	15
63	Renato Guilherme Gomes Cunha	0	5	19	0	5	19
64	Rogério Carlos Demarchi	0	5	19	7	10	16
65	Juliano Schneider de Souza	0	5	19	5	4	12
66	Sérgio Renato Domingos	0	5	19	0	5	19
67	João Baptista Vieira Sell	0	5	19	0	5	19
68	Antônio Carlos Angelo	0	5	19	6	5	24
69	Vago	0	0	0	0	0	0
70	Vago	0	0	0	0	0	0
71	Vago	0	0	0	0	0	0
72	Vago	0	0	0	0	0	0
73	Vago	0	0	0	0	0	0
74	Vago	0	0	0	0	0	0
75	Vago	0	0	0	0	0	0
76	Vago	0	0	0	0	0	0
77	Vago	0	0	0	0	0	0
78	Vago	0	0	0	0	0	0
79	Vago	0	0	0	0	0	0
80	Vago	0	0	0	0	0	0
81	Vago	0	0	0	0	0	0
82	Vago	0	0	0	0	0	0
83	Vago	0	0	0	0	0	0
84	Vago	0	0	0	0	0	0
85	Vago	0	0	0	0	0	0
86	Vago	0	0	0	0	0	0
87	Vago	0	0	0	0	0	0
88	Vago	0	0	0	0	0	0
89	Vago	0	0	0	0	0	0
90	Vago	0	0	0	0	0	0
91	Vago	0	0	0	0	0	0
92	Vago	0	0	0	0	0	0
93	Vago	0	0	0	0	0	0
94	Vago	0	0	0	0	0	0
95	Vago	0	0	0	0	0	0
96	Vago	0	0	0	0	0	0
97	Vago	0	0	0	0	0	0
98	Vago	0	0	0	0	0	0
99	Vago	0	0	0	0	0	0
100	Vago	0	0	0	0	0	0
101	Vago	0	0	0	0	0	0

Nome	CARREIRA A	M	D	PARA APOSENTADORIA A	M	D
102 Vago	0	0	0	0	0	0
103 Vago	0	0	0	0	0	0
104 Vago	0	0	0	0	0	0
105 Vago	0	0	0	0	0	0
106 Vago	0	0	0	0	0	0
107 Vago	0	0	0	0	0	0
108 Vago	0	0	0	0	0	0
109 Vago	0	0	0	0	0	0
110 Vago	0	0	0	0	0	0
111 Vago	0	0	0	0	0	0
112 Vago	0	0	0	0	0	0
113 Vago	0	0	0	0	0	0
114 Vago	0	0	0	0	0	0
115 Vago	0	0	0	0	0	0
116 Vago	0	0	0	0	0	0
117 Vago	0	0	0	0	0	0
118 Vago	0	0	0	0	0	0
119 Vago	0	0	0	0	0	0
120 Vago	0	0	0	0	0	0
121 Vago	0	0	0	0	0	0
122 Vago	0	0	0	0	0	0
123 Vago	0	0	0	0	0	0
124 Vago	0	0	0	0	0	0
125 Vago	0	0	0	0	0	0
126 Vago	0	0	0	0	0	0

Organizado pela Coordenadoria de Magistrados.

Aprovado, nesta data, em Sessão Plenária do Tribunal de Justiça.

Em: 2-2-2005.

Des. Rogério Domingos Farias Lemos
Coordenador de Magistrados

Des. Jorge Mussi
Presidente

RELAÇÃO DOS APROVADOS DO ÚLTIMO CONCURSO PARA A MAGISTRATURA CATARINENSE

O Desembargador Anselmo Cerello, Presidente da Comissão Examinadora do Concurso para Ingresso na Magistratura Catarinense, torna público, para os fins do artigo 57 do Regulamento do Concurso, que, terminada a Prova Oral e analisados os títulos apresentados, decidiu a Comissão Examinadora considerar aprovados no Concurso os candidatos abaixo relacionados:

Classificação			Média
1º lugar	—	Gustavo Marcos de Farias	8,155
2º lugar	—	Joana Ribeiro	8,100
3º lugar	—	Jeferson Osvaldo Vieira	8,051
4º lugar	—	Marcelo Volpato de Souza	8,013
5º lugar	—	Marcos Bigolin	7,935
6º lugar	—	Clarice Ana Lanzarini	7,755
7º lugar	—	Lucilene dos Santos	7,702
8º lugar	—	Rafael Milanesi Spillere	7,596
9º lugar	—	Marcos D'Avila Scherer	7,586
10º lugar	—	Rodrigo Coelho Rodrigues	7,522
11º lugar	—	Maycon Rangel Favareto	7,510
12º lugar	—	Cláudia Margarida Ribas Marinho	7,493
13º lugar	—	Paula Botke e Silva	7,451
14º lugar	—	João Batista da Cunha Ocampo Moré	7,405
15º lugar	—	Ederson Tortelli	7,393
16º lugar	—	Anna Finke	7,333
17º lugar	—	Renato Guilherme Gomes Cunha	7,098
18º lugar	—	Rogério Carlos Demarchi	6,930
19º lugar	—	Juliano Schneider de Souza	6,903
20º lugar	—	Sérgio Renato Domingos	6,788
21º lugar	—	João Baptista Vieira Sell	6,740
22º lugar	—	Antônio Carlos Ângelo	6,244

Florianópolis, 2 de julho de 2004.

Des. Anselmo Cerello,
Presidente.

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

Membros titulares:

Des. Anselmo Cerello — Presidente
Des. Antônio do Rêgo Monteiro Rocha
Des. Vanderlei Romer
Des. Volnei Ivo Carlin
Des. José Antônio Torres Marques
Des. Salim Schaed dos Santos

Membros suplentes:

Des. Ricardo Orofino da Luz Fontes
Des. Luiz Cézar Medeiros
Des. Rui Francisco Barreiros Fortes
Des. Wilson Augusto do Nascimento
Des. Eládio Torret Rocha
Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi
Des. Marcus Tulio Sartorato

Representantes da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Catarinense:

Dr. Domingos Afonso Krieger Filho, titular
Dr. Mario César Bertoncini, suplente.

PROVAS PARA A MAGISTRATURA ESTADUAL

CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA CATARINENSE (2002/2003)

Prova de Direito Civil: Tese

Em 8 de dezembro de 1993, na comarca da Capital, Imobiliária Rainer Marcon, estabelecida na cidade de Florianópolis, aforou, com base nos dispositivos legais pertinentes, ação reivindicatória contra Jesus Nóbrega, brasileiro, casado, residente e domiciliado na cidade de Palhoça, Rua Paulo Zaqueu, 51.

Expôs, em linhas gerais, ser proprietária de uma área urbana com 225m², localizada à Rua Ernesto Manoel Polli n. 253, devidamente limitada por cercas, confrontando, aos fundos, com o Beco das Garrafas e, nas laterais, com Jesuino Vilella e com Manoel Cintra, na cidade de Imbituba/SC, a respeito da qual celebrou, em 24 de maio de 1986, com Gervásio Souza, residente e domiciliado na cidade de Biguaçu/SC, Rua Elesbão Rocha Mateus n. 524, contrato particular de promessa de compra e venda; o preço da transação, ajustado em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), foi dividido em 25 (vinte e cinco) parcelas iguais e sucessivas de R$ 1.200.00 (um mil e duzentos reais), atualizadas monetariamente pelos índices oficiais, com vencimento inicial aprazado para 1º de julho de 1986.

No entanto, após o pagamento da parcela de número 5 (cinco), o promitente-comprador não mais efetuou qualquer pagamento; nessa situação, a postulante, após contato verbal com o promitente-comprador, e após vários contatos telefônicos, conforme provam os extratos de contas telefônicas de fl., para que, sob pena de rescisão contratual, regularizasse os pagamentos em atraso, permanecendo ele na mais absoluta inércia, deu por operada a rescisão contratual, por força da cláusula resolutória expressa contida no instrumento contratual, prevendo a rescisão automática do ajuste, independentemente de qualquer notificação judicial ou

extrajudicial, caso houvesse a inadimplência de três prestações consecutivas.

Todavia, ao tentar retomar a posse da área questionada, constatou a postulante que o imóvel estava sendo ocupado pelo demandado, preposto do promitente-comprador inadimplente.

Em arremate, formulou os requerimentos de praxe, valorou a causa e trouxe, com a inicial, os documentos indispensáveis à regularidade processual do pedido, produzindo prova idônea a respeito do seu domínio sobre o bem reivindicando.

Citados os demandados em 22 de dezembro de 1993, apenas o acionado contestou o pedido reivindicatório contra si endereçado, argüindo, de início, a incompetência do juízo da Capital para o processo, pedindo a remessa dos autos para o juízo competente, qual seja, o de seu domicílio.

No mérito, alegou, em síntese, não ocupar a área reivindicada na condição de preposto de Gervásio Souza, exercendo sobre ela, ao contrário do afirmado pela autora, posse própria.

Isso porquanto, celebrou ele com Gervásio, em 2 de dezembro de 1988, compromisso particular de compra e venda (documento de fl.), com as cláusulas de irretratabilidade e de irrevogabilidade, fixado o preço da transação em R$ 36.000.00 (trinta e seis mil reais), pagando, no ato, o valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais), com o saldo devedor sendo dividido em 20 (vinte) parcelas iguais e sucessivas de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), com reajustamento monetário pelo INPC, as quais seriam repassadas pelo promitente-vendedor à autora desta ação.

A posse do contestante sempre foi exercida com boa-fé, de forma contínua e sem a oposição de quem quer que seja, características essas que aliadas ao justo título por si portado excluem a posse injusta a que se reporta o art. 524 do Código Civil.

Nesse contexto, improsperável é o pleito reivindicatório deduzido, mormente quando se tem da documentação trazida aos autos que o compromisso de compra e venda firmado pela revindicante com Gervásio Souza não contém cláusula vedatória expressa do seu repasse a terceiros; ainda mais quando jamais foi o contestante notificado pela demandante para os fins de transformação da sua posse de boa-fé em posse de má-fé.

Assim, apenas subsiste em favor da postulante um único direito: o de cobrar de Gervásio Souza os valores das parcelas contratuais não pagas, acrescidas de seus consectários legais.

Ainda em defesa, invocou a seu favor, como óbice intransponível ao êxito do pleito reivindicatório, a ocorrência da usucapião constitucional prevista no Texto Magno de 1988, posto que integrados os pressupostos para tanto, uma vez que, não sendo ele proprietário de qualquer outro imóvel

na comarca de Imbituba (certidões anexas), tem na área reivindicanda moradia eventual, exercendo a posse ininterrupta e sem oposição há mais de seis anos quando da propositura da ação, resultante esse lapso temporal do somatório de sua posse própria com a de seu antecessor, Gervásio Souza; também, não é o contestante proprietário do imóvel em que reside na cidade de Palhoça, conforme contrato de locação incluso.

Pediu fosse reconhecida e declarada a aquisição dominial em seu favor, com a conseqüente transcrição desse reconhecimento judicial no Registro Imobiliário competente.

Na pior das hipóteses, invocou, com base em permissivos do Código de Proteção ao Consumidor, o seu direito de retenção, até que a autora o indenize dos gastos por si despendidos na conservação do imóvel, conforme vier a ser apurado em liquidação de sentença.

No encerramento, pugnou pela denunciação da lide a Gervásio Souza, a fim de que lhe fossem garantidos os direitos resultantes da evicção.

A requerente rebateu todos os argumentos lançados na peça de resistência e, especificamente quanto à alegação da ocorrência da usucapião, enfatizou ter o lapso temporal previsto na Lei Maior sido interrompido com a notificação de Gervásio Souza, com a qual a posse por este exercida passou a ser de má-fé; e se de má-fé a posse do antecessor do acionado, foi ela com esse vício transferida a ele; além disso, após o vencimento da parcela de n. 8, ocorrido em 1º-3-87, inadimplidas três prestações consecutivas, operou-se a resolução automática do contrato firmado com Gervásio Souza, haja vista a cláusula resolutória expressa prevista no instrumento contratual. Assim, em 2-12-88 Gervásio de Souza não mais detinha qualquer legitimidade para transferir a posse do bem reivindicado ao contestante, posto que já se operara a rescisão do ajuste de promessa de compra e venda celebrado. Mesmo porque, argumenta a autora, em se tratando de usucapião argüida contra quem, como ela, não é domiciliada no local de situação do imóvel, o prazo prescritivo é de 20 anos, a par de não deter o contestante justo título.

Sobre a alegada incompetência do Juízo da comarca da Capital para o conhecimento do pedido, enfatizou não poder ser ela conhecida, posto que o demandado a invocou como preliminar da peça contestatória, quando deveria tê-lo feito por intermédio de exceção *declinatoria fori*.

Citado, o denunciado à lide compareceu aos autos, expondo, em breves linhas, que a denunciação feita não tem razão jurídica de ser por inúmeras razões: primeiro, porque o denunciante tinha perfeito conhecimento de que o imóvel transacionado não lhe pertencia, comprometendo-se ele a regularizar a situação com a autora; em segundo lugar, verbalmente pactuou ele com o denunciante, ao compromissar o imóvel em questão, a exclusão da garantia contra a

evicção; em terceiro lugar, expôs o denunciado, que, em casos como o dos autos, a lei garante ao denunciante todos os direitos decorrentes de uma possível evicção, independentemente de denunciação da lide, posto ter esta caráter meramente facultativo.

Saneado o processo, o Julgador decidiu, então, a invocada incompetência, aplicando os dispositivos legais atinentes à hipótese.

Solucionada a questão da competência, pelo Juízo competente foi designada data para a realização da audiência de instrução e julgamento, deferida a produção da prova testemunhal requerida pelos litigantes.

Na audiência de julgamento, infrutífera a proposta de conciliação levada a termo, foram inquiridas duas testemunhas indicadas pela autora e três testemunhas arroladas pelo demandado além de duas testemunhas do denunciado à lide.

As testemunhas da autora — Rainério Werner e Liza Couto — afirmaram ter conhecimento que a área em questão é de propriedade da imobiliária requerente, tendo sido vendida a Gervásio Souza que, segundo sabem, não pagou integralmente o preço ajustado.

Enquanto isso, as testemunhas indicadas pelo demandado — Márcia Teixeira, Mariela Torres e Guilherme Matoso — acentuaram que há questão de mais ou menos oito anos a área litigiosa não é ocupada pela imobiliária requerente; que, nesse interregno temporal, a posse foi exercida por Gervásio Souza, que a transferiu ao acionado, com essa posse sendo sempre exercida de forma mansa, pacífica e ininterrupta, com o contestante sendo considerado seu legítimo proprietário, tendo na área sua casa de veraneio, ali residindo seus familiares durante toda a temporada de verão, além de nela permanecer todos os finais de semana, de sexta-feira à noite até segunda-feira de manhã, pagando os impostos incidentes e as contas de água e luz.

Por fim, as testemunhas do denunciado — Maria Bonifácio e Jonatan Cavalheiro —, vizinhos do imóvel reivindicado, afirmaram que, com efeito, o acionado, ao adquirir o bem litigioso por compromisso de compra e venda, tinha conhecimento de que o bem não pertencia a Gervásio Souza, tendo sido alertado, inclusive, que as prestações não vinham sendo pagas e que o contrato firmado pelo denunciado com a autora estava rescindido; elas, testemunhas, presenciaram as negociações entre Gervásio e o demandado, cujo contrato firmaram como testemunhas, com o denunciado e o requerido Jesus convencionando, de forma verbal, a exclusão da garantia contra a evicção.

Concluída a instrução, as partes produziram alegações finais, via memoriais, com a demandante e o denunciado pugnando pela anulação do processo a partir da contestação ofertada à denunciação da lide, em razão da ausência de intervenção do Ministério Público, intervenção essa que, em havendo argüição de usucapião, fazia-se obrigatória.

Sr. Candidato:

É facultado ao candidato fazer um relatório resumido, somente identificando os dispositivos legais que digam respeito às questões relevantes do processo.

Com base nos dados constantes da tese, lavre a sentença, resolvendo todas as questões propostas, declarando eventuais nulidades, definindo o juízo competente para o processo e manifestando-se sobre o conflito referente à denunciação da lide.

CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA CATARINENSE

Prova de sentença penal

A e B, previamente ajustados, no dia 14 de setembro de 2002, por volta das 22 horas, entraram na residência de Z, empresário bem-sucedido, após terem arrombado a porta da entrada de serviço, consoante perícia realizada. Z, que se encontrava assistindo à televisão, na companhia de sua esposa (H) e de sua filha (F), com 12 anos de idade, foi surpreendido com a chegada dos meliantes. Sob a ameaça de um revólver, empunhado por A, Z foi obrigado a abrir um cofre, do qual retirou vultosa soma de dinheiro, entregando-a aos dois. Sob ameaça, F foi levada para um dos quartos da residência, onde foi estuprada por B, enquanto A assegurava o congresso carnal apontando a arma de fogo para Z e H.

Concluído o relacionamento sexual, A e B retiraram-se da residência, levando, cada um deles, parte do dinheiro, não sem antes, ao passarem pela garagem, danificarem consideravelmente o veículo de marca BMW, de propriedade de Z.

Na fuga, separaram-se. A, utilizou-se de uma bicicleta pertencente ao jardineiro da residência vizinha, que se encontrava no quintal próxima ao portão. Trafegando pela calçada, em desabalada carreira, atropelou P, que no momento saía do jardim de sua residência. Pela violência do choque P foi jogado ao chão, batendo com a cabeça no piso, determinando-lhe traumatismo cranioencefálico, causa de sua morte. Restando danificada a bicicleta, A continuou a fuga a pé, sendo preso algum tempo depois na posse de parte do dinheiro bem como na do revólver.

B, que empreendeu fuga correndo para o lado contrário do que fora A, logo cansou. Quando descansava num jardim, foi encontrado pela polícia, ainda na posse do dinheiro que lhe coube.

Por tais condutas, A e B foram denunciados como incursos nas sanções dos artigos 157, § 2º, incisos I e II; 150, § 1º; 213 combinado com o 224, letra *a* e 226, inciso I, em co-autoria; e 163, parágrafo único, inciso IV, todos do Código Penal.

A ainda foi enquadrado no artigo 155, § 1º, do Código Penal, e artigo 302, inciso II, da Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, Código de Trânsito Brasileiro, bem como no artigo 10, § 3º, inciso IV, da Lei n. 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, "Institui o Sistema Nacional de Armas".

Z, por ter calado a verdade no inquérito policial, no que diz respeito ao estupro, foi denunciado pelo crime previsto no artigo 342, § 1º, do Código Penal. Ouvido na fase judicial, na qualidade de réu, afirmou que assim procedera com a intenção de resguardar a imagem de sua filha (F).

Nos autos, as seguintes certidões:

A, nascido no dia 14 de agosto de 1980, foi condenado pela prática de roubo qualificado, cuja sentença transitou em julgado em 10 de agosto de 2002.

B, nascido no dia 14 de junho de 1982, teve aplicada medida socioeducativa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, consistente em internamento, pela prática de ato infracional relativo ao artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, com trânsito em julgado em 5 de maio de 2002.

Considerando provadas as condutas imputadas, prolatar sentença com exame das questões jurídicas aplicáveis a cada um dos fatos relatados, tendo em conta que o Ministério Público pugnou pelo acolhimento integral da denúncia.

Na oportunidade, deverão ser examinadas as seguintes teses defensivas:

Com relação a A:

Nulidade do processo, por cerceamento de defesa, ante a ausência do defensor constituído no interrogatório, para o qual sequer foi intimado.

Absolvição.

Com relação a B:

Nulidade do processo, por cerceamento de defesa, haja vista que na audiência em que foram ouvidas as testemunhas, arroladas na denúncia, o defensor constituído não compareceu por motivo justificado, sendo para o ato nomeado defensor dativo.

Nulidade do processo por ausência de nomeação de curador quando da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Absolvição.

Com relação a Z:

Inocorrência do crime de falso testemunho, tendo em conta que a prova coligida será suficiente para aferir a responsabilidade dos envolvidos no crime de estupro, restando demonstrado que seu depoimento a respeito não era imprescindível.

PROVA TÉCNICA

1ª Questão: O remédio constitucional que objetiva a proteção da esfera íntima do cidadão, outorgando-lhe o direito ao controle da circulação de dados pessoais chama-se:

a) Mandado de Injunção
b) Habeas Corpus
c) Mandado de Segurança
d) Habeas Data
e) Nenhuma das respostas acima

2ª Questão: A regra inserida no art. 5º, inc. IV, da Constituição da República: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato", é uma norma de:

a) Eficácia limitada de princípio institutivo, portanto de aplicação indireta, mediata e reduzida.
b) Eficácia contida, portanto de aplicabilidade direta e imediata, mas que pode ter reduzido o seu alcance pela atividade do legislador infraconstitucional.
c) Eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.
d) Eficácia limitada de princípio programático.
e) Nenhuma das alternativas é correta.

3ª Questão: Tratando-se de controle de constitucionalidade, é **correto** afirmar que:

a) Pode ser exercido pela via da ação direta, pela via incidental, ou por iniciativa do juiz.
b) O meio pelo qual cabe ao demandado argüir a inconstitucionalidade quando apresenta sua defesa num caso concreto é denominado controle de constitucionalidade por via de exceção, também chamado de controle concreto.

c) A Constituição de 1988 ampliou a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que anteriormente pertencia apenas ao Procurador-Geral da República.
d) Todas as afirmações são corretas.
e) Nenhuma das afirmações é verdadeira.

4ª Questão: De acordo com o art. 1º da Constituição Federal, o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Tendo isso em mente, é **correto** afirmar:

a) A configuração do Estado Democrático de Direito não significa a união meramente formal dos conceitos e Estado Democrático e Estado de Direito, consistindo, na verdade, na criação de um conceito novo.
b) É da essência do Estado Democrático de Direito a subordinação à Constituição, tendo como únicos fundamentos a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político.
c) O conceito de democracia repousa unicamente sobre dois princípios fundamentais: a soberania popular e a prevalência do interesse público sobre o privado.
d) O povo exerce o poder apenas por meio de representantes, que podem ser eleitos ou indicados diretamente.
e) Nenhuma das alternativas acima.

5ª Questão: Com relação aos Direitos e Garantias Fundamentais inscritos na Constituição Federal, é **correto** afirmar:

a) São assegurados a todos os brasileiros e estrangeiros, independentemente de estarem ou não residindo no país.
b) É assegurado a todos o acesso à informação, ressalvado o sigilo decorrente do exercício profissional.
c) A propriedade particular poderá ser utilizada pelo Poder Público, em caso de perigo iminente, sem a obrigação de indenizar eventuais danos.
d) A prática do racismo é considerada crime inafiançável, remetendo à legislação infraconstitucional a determinação do prazo prescricional.
e) Nenhuma das alternativas acima está correta.

6ª Questão: Com relação aos Direitos Sociais inscritos na Constituição Federal, é **correto** afirmar:

a) Distingue o trabalhador urbano do rural, em razão de suas peculiares características.

b) Protege o salário, determinando constituir crime a sua retenção acidental.
c) Estabelece, incondicionalmente, a irredutibilidade salarial.
d) Assegura o direito à licença maternidade e paternidade com duração, no mínimo, de cento e vinte dias.
e) Todas as alternativas são incorretas.

7ª Questão: É **correto** afirmar que a Constituição Federal, no capítulo relativo aos Direitos Políticos:

a) Estabelece a obrigatoriedade do serviço militar para os maiores de dezesseis anos.
b) Veda a cassação de direitos políticos, ressalvando apenas a hipótese de improbidade administrativa.
c) Prevê a ação de impugnação de mandato eletivo.
d) Determina que a lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação.
e) Nenhuma das alternativas acima.

8ª Questão: Com referência à Organização do Estado na Constituição Federal, é **correto** afirmar:

a) Brasília é a Capital Federal.
b) A criação e desmembramento de municípios far-se-á por lei federal.
c) É permitido à União e Estados a subvenção a cultos religiosos, vedado, entretanto, embaraçar-lhes o funcionamento.
d) Todas as alternativas são corretas.
e) Nenhuma das alternativas é correta.

9ª Questão: Ao tratar da Organização dos Poderes, é **correto** afirmar que a Constituição Federal:

a) Estabelece como funções essenciais à Justiça: Ministério Público, Advocacia Pública e Privada e Defensoria Pública.
b) Determina que o Poder Legislativo é exercido pelo Senado Federal.
c) Confere ao Presidente da República e aos Ministros de Estado o exercício conjunto do Poder Executivo.
d) Institui o Supremo Tribunal Federal com a exclusiva atribuição de exercer a jurisdição constitucional.
e) Nenhuma das alternativas acima está correta.

10ª Questão: Indique, com fundamento no Título V da Constituição Federal, que versa sobre a defesa do Estado e das Instituições Democráticas, a afirmação **correta**:

a) O Presidente da República pode decretar estado de defesa para preservar ou restabelecer a ordem pública ou a paz social, sem ouvir o

Conselho da República e o Conselho de Segurança Nacional.

b) Na ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, o Presidente da República pode decretar o estado de sítio.

c) Em hipótese alguma o estado de sítio poderá ter duração superior a trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior.

d) Na vigência do estado de defesa é possível determinar a incomunicabilidade do preso, obrigando-se o executor da medida a comunicá-la imediatamente ao juiz competente.

e) Nenhuma das afirmações é correta.

11ª Questão: O casamento civil vincula cada um dos cônjuges aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade, pelo que é **correto** concluir:

a) A separação judicial dos cônjuges extingue a relação de afinidade do cônjuge inocente em relação ao culpado.

b) A dissolução do casamento extingue sempre o parentesco por afinidade.

c) A afinidade na linha reta não se extingue com a dissolução do casamento que a originou.

d) A dissolução do casamento extingue as relações de parentesco por afinidade quando inexistentes filhos.

e) A existência de culpa para a dissolução do casamento extingue as relações de afinidade entre os parentes do cônjuge culpado e o cônjuge inocente.

12ª Questão: Relativamente aos alimentos assinale a resposta **correta:**

a) Em nenhuma hipótese os irmãos são responsáveis pela prestação de alimentos ao irmão que deles necessite.

b) O parente é obrigado a prestar alimentos ao parente que deles necessite, ainda que isso implique em desfalque do necessário ao seu sustento.

c) A obrigação de prestar alimentos se transmite aos herdeiros do devedor.

d) O devedor de alimentos terá que, obrigatoriamente, prestá-los em forma de pensionamento.

e) Nenhuma das opções é correta.

13ª Questão: Com relação à tutela é **correto** afirmar que:

a) O tutor pode adquirir bens do menor tutelado, desde que em hasta pública.

b) O tutor só pode adquirir bens do tutelado caso sejam eles móveis.

c) Em hipótese alguma pode o tutor adquirir bens do menor tutelado.

d) O tutor pode adquirir bens do menor tutelado, em hasta pública e desde que autorizado judicialmente.
e) Podem os bens do menor tutelado ser vendidos por contrato particular, quando houver manifesta vantagem para o menor.

14ª Questão: Nas locações, o abandono do imóvel locado por prazo indeterminado, na vigência do contrato:

a) Constitui infração contratual.
b) Rende ensejo à aplicação da pena de multa.
c) Sujeita o locatário ao pagamento dos alugueres que se vencerem até o término do contrato.
d) Sujeita o locatário ao pagamento dos alugueres até a efetiva rescisão do contrato, via ação de despejo.
e) Rende ensejo à indenização, além da multa por infração contratual.

15ª Questão: Com relação à posse de coisa indivisa, é **correto** afirmar que:

a) Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, cada uma delas poderá exercer atos possessórios sobre a totalidade do objeto comum.
b) Na hipótese da alínea *a*, cada um dos compossuidores só poderá exercer atos de posse sobre a sua parte ideal no bem.
c) Os atos possessórios sobre a coisa indivisa somente terão eficácia acaso exercido por todos os compossuidores em conjunto.
d) Os atos possessórios praticados por um dos compossuidores excluem a possibilidade de os demais exercerem atos de posse sobre o mesmo bem.
e) As coisas indivisas não são passíveis da prática de atos possessórios enquanto não definida a parte de cada um dos compossuidores.

16ª Questão: No que se refere às servidões, é **correto** afirma que:

a) A servidão predial pode ser alvo de usucapião.
b) O dono do prédio serviente pode embaraçar o uso da servidão predial.
c) Mesmo que às suas expensas e sem diminuição das vantagens não pode o proprietário do imóvel serviente remover a servidão predial de um lugar para outro.
d) As servidões prediais são divisíveis.
e) A servidão de passagem não se extingue, mesmo que tenha sido aberta estrada pública acessível ao prédio dominante.

17ª Questão: Nas obrigações alternativas, é **correto** afirmar que:

a) A escolha cabe sempre ao credor.
b) Podem as partes convencionar que a escolha caiba ao credor.
c) Inexeqüíveis ambas as obrigações, o credor poderá reclamar o valor de ambas.
d) Tornadas impossíveis as prestações, ainda que inexistente culpa do credor, a obrigação não se extingue.
e) Em se tratando de prestações anuais, a opção, uma vez feita, é obrigatória para todas as prestações.

18ª Questão: No que diz respeito à mora e aos seus efeitos, pode-se afirmar que:

a) A renúncia dos direitos decorrentes da mora é forma de sua purgação.
b) O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, exceto nas hipóteses de caso fortuito e força maior.
c) Ainda que agindo dolosamente, o devedor não tem responsabilidade pela conservação da coisa na hipótese de mora do credor.
d) A culpa do devedor não é requisito essencial à configuração da mora.
e) Nas obrigações provenientes de delito, a mora se estabelece a partir da data da denúncia.

19ª Questão: Correspondentemente ao instituto da compensação, assinale-se a única alternativa **correta**:

a) O nosso Código Civil admite a compensação de coisas infungíveis.
b) Dívidas ilíquidas são passíveis de compensação.
c) De regra, o fiador pode compensar a sua dívida com a de seu credor ou afiançado.
d) É admissível a compensação de dívidas líquidas e vencidas, ainda que um dos devedores tenha a ela renunciado.
e) Aquele que se obriga por terceiro pode compensar a dívida decorrente dessa obrigação com que o credor a ele dever.

20ª Questão: Quanto ao instituto da "Transação", podemos afirmar que:

a) Nula uma das cláusulas da transação, esta subsiste íntegra quanto às demais.
b) A transação entre o credor e o devedor principal só desobriga o fiador deste se as partes assim o estipularem expressamente.
c) A transação entre o credor e um dos devedores solidários não extingue a obrigação quanto aos demais devedores.
d) Admite-se a imposição, em transação, de pena convencional.

e) A transação a respeito de litígio decidido por sentença passada em julgado é válida e eficaz, ainda que um dos transatores não tivesse conhecimento da sentença.

21ª Questão: Com relação aos contratos de compra e venda, examine as afirmações abaixo, assinalando a **correta:**

a) É nula a cláusula que deixar a fixação do preço ao arbítrio de terceiro.
b) A fixação do preço pode ser deixada à taxa do mercado.
c) A fixação do preço pode ser deixada ao exclusivo arbítrio do vendedor.
d) A fixação do preço pode ser deixada ao exclusivo arbítrio do adquirente.
e) Até a tradição da coisa, os riscos do preço correm por conta do vendedor.

22ª Questão: Referentemente à fiança, assinale a alternativa **incorreta**:

a) A fiança não pode vincular bens do próprio afiançado.
b) Resultando a nulidade da obrigação de incapacidade pessoal do devedor, a fiança que a garante é válida.
c) A fiança sem limitação garante não só a obrigação principal, como também todos os acessórios e as despesas judiciais desde a citação do fiador.
d) Obrigando-se o fiador como devedor solidário, perde ele o direito de exigir, em eventual execução, que sejam primeiros excutidos bens do devedor.
e) Ainda que o devedor seja insolvente ou falido, se o fiador não renunciou expressamente ao benefício pode ele exigir, em eventual execução, primeiramente a excussão em bens do devedor.

23ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta**, considerando diferentes situações acerca da reconvenção:

a) É admissível reconvenção em ação declaratória.
b) Descabe reconvenção para postular o que se obteria com a simples contestação nas ações dúplices, dada inexistência de interesse processual no ajuizamento da demanda reconvencional.
c) Não se admite reconvenção nas ações de alimentos por incompatibilidade de rito.
d) Admite-se reconvenção, ajuizada simultaneamente contra o autor e terceiro que não seja parte na ação principal.
e) Não se admite reconvenção se a competência para a ação principal é da justiça estadual e a da reconvenção da justiça federal.

24ª Questão: Acerca do ônus da prova, assinale, dentre as alternativas abaixo, a **correta**:

a) No mandado de segurança, o ônus da liquidez e certeza do direito, mediante prova processual pré-constituída, é do impetrante, aplicando-se, por isso mesmo, o princípio da confissão ficta por ausência de contestação ou intempestividade das informações.
b) O revel, em processo cível, pode produzir prova, desde que compareça em tempo oportuno.
c) O fato notório deve ser provado pelas partes.
d) São havidos como controvertidos os fatos alegados pelo autor e não contestados pelo réu, que não se presumem verdadeiros.
e) Na ação popular o autor não tem o ônus de provar a ilegalidade do ato e a lesão ao patrimônio público, incumbindo ao réu a produção da prova negativa do fato alegado.

25ª Questão: Ainda sobre a prova, examine as proposições abaixo:

I. Na ação de despejo, o autor tem o ônus de provar a existência da relação locatícia.

II. Nas ações de estado, a revelia do réu não dispensa o autor de provar os fatos constitutivos do seu direito.

III. Na ação pauliana ou revocatória incumbe ao autor provar o *consilium fraudis*, a *sciencia fraudis* e o *eventus damni*, requisitos necessários para demonstrar-se que o negócio jurídico foi havido em fraude contra credores.

IV. Na ação *ex empto* (Código Civil, art. 1.136), compete ao comprador o ônus da prova da existência da falta da área reclamada.

V. Na ação reivindicatória é do autor o ônus da prova da existência do título de domínio que o autoriza a reivindicar o imóvel de quem injustamente o possua.

Dentre as alternativas acima assinale a **correta**:

a) Todas as alternativas estão corretas.
b) Apenas a alternativa II está incorreta.
c) Todas as alternativas estão incorretas.
d) As alternativas I, III e V estão corretas.
e) As alternativas II e III estão incorretas.

26ª Questão: Examine as seguintes proposições:

I. A desistência da ação, ou a existência de qualquer causa que a extinga, não obsta o prosseguimento da reconvenção.

II. Citado o réu, a lide se estabiliza e ao autor não é mais permitido alterar os elementos da causa, sem consentimento do réu.
III. A desistência da ação só produz efeito após homologada por sentença.
IV. Do despacho saneador, se não há recurso em tempo hábil, ocorre a preclusão consumativa.
V. Desaparecida a lide, por ausência de resistência, impõe-se ao juiz a prolação de sentença, pondo fim definitivamente ao processo.

Dentre as alternativas assinale a **correta**:

a) As alternativas I, II e IV estão incorretas.
b) Apenas as alternativas II, IV e V estão corretas.
c) As alternativas I, II, IV estão corretas.
d) Todas as alternativas estão incorretas.
e) Todas as alternativas estão corretas.

27ª Questão: Examine as seguintes proposições e assinale a alternativa **incorreta**:

a) A preclusão alcança as questões expressamente decididas, por provocação das partes ou de ofício.
b) Para o juiz não há preclusão em matéria de provas.
c) O despacho saneador é uma decisão interlocutória que cumpre uma tríplice declaração positiva: a admissibilidade do direito de ação; a validade do procedimento e o deferimento das provas.
d) No saneador, recusada a argüição de prescrição ou decadência, sem extinção do processo, haverá coisa julgada material, por se tratar de solução de questão de mérito. Nesse caso, o recurso próprio será a apelação.
e) O Código, em matéria probatória, adotou o *princípio da persuasão racional*.

28ª Questão: Examine as seguintes proposições:

I. Prevalece em nosso sistema processual o *princípio da imediação*, em termos de colheita das provas.
II. Pelo *princípio da probidade processual* compete às partes e seus procuradores, dentre outros deveres, expor os fatos em juízo conforme a verdade.
III. O descumprimento do dever de probidade, não sujeita o autor, o réu ou interveniente a perdas e danos.
IV. Constitui litigância de má-fé interpor recurso manifestamente protelatório.
V. O juiz ou tribunal, de ofício, ou a requerimento das partes, condenará os litigantes de má-fé, na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que

se coligarem para lesar a parte contrária.

Assinale a alternativa **correta**:

a) As alternativas I, III e IV são incorretas.
b) As alternativas II e IV são incorretas.
c) Apenas a alternativa III é incorreta.
d) As alternativas III, IV e V são corretas.
e) Todas as alternativas estão corretas.

29ª Questão: Examine as seguintes proposições e aponte a alternativa **incorreta**:

a) A transação, como negócio jurídico bilateral destinado a extinguir o litígio deduzido em juízo, tem eficácia imediata, sendo negócio jurídico perfeito e acabado logo que se verifique a declaração de vontade convergente dos litigantes.
b) Para o processo, a eficácia da transação dá-se no momento em que o juiz homologa o negócio jurídico concluído entre as partes.
c) A desistência da ação só opera efeitos jurídicos depois de homologada por sentença.
d) A homologação da transação é ato jurisdicional dotado de dupla eficácia: põe fim à relação processual e outorga ao ato negocial das partes qualidade de ato processual, com aptidão para gerar a coisa julgada e título executivo judicial.
e) A renúncia do direito sobre que se funda a ação, assim como a desistência do processo alcançam o direito material e eliminam o direito de ação, dependendo a primeira da aquiescência do réu.

30ª Questão: Sobre competência, examine as seguintes proposições:

I. A competência se determina no momento em que a ação é proposta. Assim, a criação de uma nova Vara na Comarca, com competência privativa para família e sucessões, não importa em modificação da competência preexistente.
II. Proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio do executado desloca a competência já fixada.
III. Se um dos réus, cujo domicílio serviu de base para a fixação da competência relativa, for afastado da relação processual por ilegitimidade de parte, não deslocará a competência do juiz *a quo*.
IV. A transferência de município para outra comarca não modifica a competência relativa para as causas já ajuizadas.
V. No caso de extinção do órgão jurisdicional não se aplica o princípio da *perpetuatio*

jurisdictionis, devendo o julgamento dar-se pelo órgão que o substituiu.

Assinale a alternativa **correta**:

a) Todas as alternativas são incorretas.
b) Apenas as alternativas I e II são incorretas.
c) As alternativas I, II, IV e V são corretas.
d) As alternativas III e IV são incorretas.
e) Todas as alternativas são corretas.

31ª Questão: Sobre competência, examine as seguintes proposições e assinale a alternativa **incorreta**:

a) A competência absoluta é ditada no interesse público, ao passo que a relativa é atribuída tendo em vista o interesse privado das partes.
b) A competência absoluta é pressuposto processual de validade, não podendo ser modificada pela vontade das partes; pode ser examinada de ofício pelo juiz, e argüida por qualquer das partes, independentemente de exceção, a qualquer tempo e grau de jurisdição; não está sujeita à preclusão; e enseja o juízo rescisório.
c) A competência relativa pode ser modificada por convenção das partes ou por inércia do réu; não pode ser declarada de ofício pelo juiz; não ensejando nulidade dos atos processuais, todavia permite o juízo rescisório.
d) Compete à justiça estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho.
e) Pelo nosso sistema processual é absoluta a competência material e funcional e relativa a territorial e a estabelecida em razão do valor da causa.

32ª Questão: Sobre os juizados especiais, aponte a alternativa **incorreta**:

a) A lei prevê expressamente o abrandamento da jurisdição de direito, permitindo o julgamento por eqüidade, possibilitando a aplicação da lei que se reputar mais justa e equânime para o caso.
b) O juiz tem amplo poder instrutório, podendo determinar as provas que entender necessárias, mesmo contra a vontade expressa das partes, dando ênfase às regras de experiência comum ou técnica.
c) As pessoas jurídicas, com exceção das microempresas, não podem ser autoras.
d) O maior de 18 anos somente poderá ser autor se assistido, inclusive para efeito de conciliação.
e) Não se admite intervenção de terceiro no processo, todavia o litisconsórcio, em qualquer de suas formas, é admitido.

33ª Questão: Assinale a resposta **incorreta**:

a) Nas ações individuais ou coletivas na defesa do consumidor, poderá ser deduzido pedido de liminar na própria petição inicial, sendo desnecessário o ajuizamento de ação cautelar autônoma.
b) Não é aplicável à ação individual ou coletiva do consumidor em juízo o instituto da tutela antecipada de mérito.
c) São direitos difusos aqueles cujos titulares não se pode identificar. A ligação entre eles se dá por circunstâncias de fato.
d) Nos direitos coletivos os titulares são indeterminados, mas determináveis, ligados entre si, ou com a parte contrária, por relação jurídica base.
e) Nos direitos individuais homogêneos o titular é perfeitamente identificável e o objeto é divisível e cindível, sendo o direito individual de origem comum.

34ª Questão: No pertinente à ação civil pública, assinale a alternativa **incorreta**:

a) Na ação civil pública o juiz não pode conferir efeito suspensivo aos recursos para evitar dano irreparável à parte.
b) Reparado o dano ambiental e não havendo base para a propositura de ação civil pública, o inquérito civil deve ser arquivado, sem prejuízo de eventuais providências penais.
c) Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil pública e indicando-lhe os elementos de convicção.
d) Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil pública, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.
e) Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

35ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta**:

Ficam sujeitos à legislação brasileira, embora cometidos no estrangeiro, os crimes:

a) Contra a vida ou a liberdade do Presidente da República.
b) Contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade

de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público.
c) Contra empresa estrangeira, presidida por brasileiro.
d) Contra a administração pública, por quem está a seu serviço.
e) De genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil.

36ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta**:

Não há crime quando o agente pratica o fato:

a) Em estado de necessidade.
b) Por reiterada tolerância das autoridades.
c) Em legítima defesa.
d) Em estrito cumprimento do dever legal.
e) No exercício regular do direito.

37ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

Se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, a pena pode ser reduzida de:

a) Um quarto.
b) Um quinto.
c) Um sexto.
d) Um a dois terços.
e) Nenhuma das alternativas anteriores.

38ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta***:*

Em tema de determinação do regime inicial de cumprimento da pena, entende-se que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas na forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) O condenado à pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado.
b) O condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto.
c) O condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 2 (dois) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.
d) O condenado, por crime considerado hediondo, cumprirá a pena em regime integralmente fechado.
e) A determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal.

39ª Questão: Assinale a afirmativa **correta**:

A pena de multa consiste no pagamento ao Fundo Penitenciário

da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo:

a) De 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.
b) De 20 (vinte) e, no máximo, de 370 (trezentos e setenta) dias-multa.
c) De 30 (trinta) e, no máximo, de 380 (trezentos e oitenta) dias-multa.
d) O valor do dia-multa será fixado pelo Juiz, não podendo ser inferior a um vigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 3 (três) vezes esse salário.
e) A multa deve ser paga dentro de 30 (trinta) dias depois de transitada em julgado a sentença, inadmitido o pagamento parcelado.

40ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta***:*

No caso de concurso de agentes, a pena será ainda agravada em relação ao agente que:

a) Promove, ou organiza, a cooperação no crime ou dirige atividade dos demais agentes.
b) Coage ou induz outro à execução material do crime.
c) Instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal.
d) Coage comparsa à delação do crime.
e) Executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

41ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

O Juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado à pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

a) Cumprida mais de um sexto da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes.
b) Cumprida metade da pena se o condenado for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes.
c) Desnecessária a comprovação de comportamento satisfatório durante a execução da pena e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.
d) Desnecessária a reparação do dano causado pela infração, ainda que demonstrada efetiva possibilidade de fazê-lo.
e) Cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

42ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta***:*

No crime de roubo a pena é aumentada de um terço até a metade:

a) Se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma.
b) Se há o concurso de duas ou mais pessoas.
c) Se a vítima estava desarmada e o agente conhecia tal circunstância.
d) Se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro estado ou para o exterior.
e) Se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

43ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta***:*

Diz-se qualificado o furto, quando o crime é cometido:

a) Com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa.
b) Com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza.
c) Com emprego de chave falsa.
d) Mediante concurso de duas ou mais pessoas.
e) Mediante o emprego de grave ameaça à terceira pessoa que não a vítima.

44ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta**:

No crime de estupro:

a) Para a sua configuração é necessário que a mulher seja virgem.
b) Somente o homem pode ser o autor material do delito, não afastada, todavia, a co-autoria de mulher, por meio de mandato (autoria intelectual) ou auxílio, instigação ou cumplicidade.
c) O constrangimento deve visar à conjunção carnal e ser feito mediante violência (física) ou grave ameaça (ameaça de mal sério e idôneo) e deve haver o dissenso da vítima.
d) Consuma-se com a cópula vagínica, completa ou não.
e) Se a vítima é menor de 14 (catorze) anos, alienada ou débil mental, ou não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência, há presunção de violência e o dolo é o elemento subjetivo do tipo que é o especial fim de agir (para a conjunção carnal). Na doutrina tradicional é o dolo específico. Não há forma culposa.

45ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta**:

No delito de tráfico ilícito de entorpecentes, atende-se ao seguinte procedimento:

a) A remessa dos autos de flagrante ou de inquérito a

juízo far-se-á sem prejuízo das diligências destinadas ao esclarecimento do fato, inclusive a elaboração do laudo de exame toxicológico e, se necessário, de dependência que serão juntados ao processo até a audiência de instrução e julgamento.

b) Quando o juiz absolver o agente, reconhecendo por força de perícia oficial que ele, em razão da dependência, era, ao tempo da ação, ou da omissão, inteiramente incapaz de determinar-se de acordo com esse entendimento, ordenará seja ele submetido a tratamento médico.

c) Internado o agente em virtude de absolvição em razão de dependência, verificada a recuperação, será esta comunicada ao juiz que, após comprovação por perícia oficial, e ouvido o Ministério Público, determinará o sobrestamento provisório do processo.

d) Não havendo peritos oficiais, os exames serão feitos por médicos, nomeados pelo juiz, que prestarão compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo.

e) No caso de o agente frustrar, de algum modo, tratamento ambulatorial ou vir a ser novamente processado nas mesmas condições do *caput* deste artigo, o juiz poderá determinar que o tratamento seja feito em regime de internação hospitalar.

46ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta**:

Em sede de Direito Penal, é válido afirmar que:

a) No crime de estupro, praticado mediante violência real, da qual resulte lesão corporal de natureza grave, a ação penal é pública incondicionada.

b) O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem ilícita.

c) Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

d) A incidência da circunstância atenuante autoriza a redução da pena abaixo do mínimo legal.

e) A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

47ª Questão: Assinale dentre as alternativas seguintes a **correta**:

Ao réu menor será nomeado curador:

a) A nomeação de curador deve ser de pessoa lotada na própria Delegacia de Polícia, quando for caso de prisão em

flagrante por crime de furto qualificado.

b) A nomeação de curador deve recair preferencialmente na progenitora do indiciado, presente na prisão em flagrante por estupro, mesmo que seja pessoa inculta e analfabeta.

c) A nomeação de curador deve recair em pessoa que tenha habilidade para garantir-lhe o exercício pleno de defesa, segundo a legislação processual penal, obrigatoriamente entre advogados habilitados.

d) A nomeação de curador deve recair preferencialmente entre advogados habilitados para a defesa em processo criminal, garantindo o exercício pleno de defesa, a teor de dispositivo constitucional.

e) A nomeação de curador pode recair na pessoa do Comissário de Menores lotado na mesma Delegacia de Polícia na qual lavrado o Auto de Prisão em Flagrante porque tem capacidade postulatória em favor do menor.

48ª Questão: Assinale dentre as alternativas seguintes a **correta**:

Em inquérito policial remetido a juízo:

a) Pode o Magistrado *a quo,* entendendo que o fato investigado não constitui crime, em nome da celeridade processual, determinar o arquivamento *ex officio* do Inquérito Policial.

b) Não pode o Magistrado *a quo* em nome da celeridade processual indeferir pedido de diligências para novas investigações requeridas pelo Ministério Público em crime de estelionato.

c) Pode o Magistrado *a quo* em nome da celeridade processual indeferir pedido de baixa do inquérito para investigações, requerido pelo Ministério Público, de outro crime cometido posteriormente pelo investigado.

d) Do despacho de arquivamento de inquérito policial, a requerimento do Ministério Público, cabe à parte recurso em sentido estrito.

e) Pode o Magistrado *a quo* deferir pedido de diligências de novas provas requeridas pela defesa do investigado, assim que o auto de inquérito policial chegar a juízo.

49ª Questão: Assinale dentre as alternativas seguintes a **correta**:

Em caso de assistente de acusação:

a) É possível o deferimento pelo Juiz de assistente de acusação ao credor do falido como vítima em processo crime falimentar.

b) É possível ao Magistrado deferir pedido de assistente de acusação em nome do espólio

credor em processo por crime cometido em concordata fraudulenta.

c) É possível ao magistrado deferir pedido feito pelo ofendido para substituição daquele a quem havia outorgado procuração como assistente de acusação.

d) Não é possível ao magistrado indeferir requerimento de admissão de assistente de acusação quando a procuração outorgada não contém poderes especiais.

e) Do despacho que inadmitir pedido de assistente de acusação, caberá recurso de apelação.

50ª Questão: Assinale dentre as alternativas seguintes a **correta**:

A prisão preventiva pressupõe:

a) Na decretação da prisão preventiva deve o magistrado, mais próximo dos fatos e seus envolvidos, encerrar um juízo de risco, não de certeza, sob pena de incorrer em evidente *contradictio in terminis*.

b) Na decretação da prisão preventiva, por crime de roubo qualificado, o Magistrado dever se ater às razões expostas no requerimento feito pelo representante do Ministério Público ao oferecer a denúncia.

c) O magistrado deve manter o decreto de prisão processual, em nome da ordem pública, mesmo que tenham desaparecidas algumas das razões que fundamentaram a decisão.

d) Réu absolvido pelo Tribunal do Júri, quando provido o recurso da acusação pública remetendo-o a novo julgamento, automaticamente restabelece-se a prisão preventiva anteriormente decretada.

e) A prisão preventiva decretada para proteção da produção da prova testemunhal, mesmo que tenha sido encerrada esta, deve ser mantida para garantia da conveniência da instrução criminal.

51ª Questão: Assinale dentre as alternativas seguintes a **correta**:

A sentença criminal pode:

a) Desde que sucintamente, conter as testes de defesa, os argumentos da desclassificação do crime, os fatos atribuídos pelo Ministério Público, mesmo que não contenha a identificação do réu.

b) Na sua elaboração, que o magistrado, em nome da celeridade da prestação jurisdicional, reporte-se adotando o relatório do órgão acusatório feito por ocasião das alegações finais.

c) Ser mantida porque, embora de forma sucinta, contenha o

nome do réu e sua identificação, os fatos atribuídos na peça inaugural acusatória, as teses argüidas pela defesa, bem fundamentada a *emendatio libelli*, mas não contém o nome da vítima.

d) Ser anulada porque, como motivação da condenação de crime de roubo qualificado, adotou como fundamento as razões de sentença anteriormente anulada por inobservância do disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988.

e) Ser mantida quando o magistrado adota na fundamentação, exclusivamente, a prova testemunhal emprestada de outro processo que foi anulada por inobservância do disposto no artigo 381, III, do Código de Processo Penal.

52ª Questão: Assinale dentre as alternativas seguintes a **correta**:

No interrogatório do réu:

a) No Tribunal do Júri, em julgamento por crime de homicídio triplamente qualificado, é facultado ao réu fazer referência, reportando-se aos termos do interrogatório judicial que lhe foi lido em plenário.

b) É nulo o interrogatório do réu quando o Juiz não permite a participação do advogado presente ao ato.

c) O interrogatório do comparsa inimputável isolado e retratado em juízo, porque influencia diretamente na decisão da causa, deve ser considerado pelo juiz como fundamento da condenação imposta aos demais denunciados.

d) Maior de 18 anos e menor de 21 anos, ao magistrado impõe a lei processual penal a nomeação de curador que deve recair em pessoa legalmente habilitada para suprir sua incapacidade relativa.

e) O magistrado pode nomear qualquer pessoa, seja o porteiro dos auditórios, seja um leigo analfabeto, como curador de menor de 21 anos e maior de 18 anos, desde que possa suprir a incapacidade relativa de denunciado.

53ª Questão: Assinale dentre as alternativas seguintes a **correta**:

Da competência.

a) Crimes de igual gravidade praticados em comarcas diversas, mas próximas uma da outra, prevalece para processamento da ação penal dos denunciados o local da primeira infração cometida pelo líder da quadrilha.

b) Reunidos os processos instaurados contra o acusado, impõe a lei processual penal o reconhecimento da pre-

venção da Câmara que não conheceu o mandado de segurança que objetivava a reunião dos processos.

c) É competente o magistrado que conhece de pedido de *Habeas Corpus*, de indiciado por crime de atentado violento ao pudor, de forma continuada, denegando a ordem antes da distribuição formal do Auto de Prisão em Flagrante.

d) Determina a competência quando a autoridade policial faz comunicação, por ofício, de prisão em flagrante durante o plantão judiciário, nos termos do artigo 5º, LXII, da Constituição Federal de 1988, e o magistrado não aprecia a legalidade do ato da autoridade que determinou a prisão.

e) O magistrado, diante da possibilidade de cometimento de outro crime, determina a extração de cópias de peças do processo para instauração de novo inquérito policial.

54ª Questão: Assinale dentre as alternativas seguintes a **correta**:

A sentença de pronúncia, nos crimes dolosos contra a vida, tem:

a) Natureza de sentença meramente interlocutória, de juízo de admissibilidade, e quando transitada em julgado, torna coisa julgada, permitindo o recurso de revisão criminal.

b) Natureza de sentença declaratória, de juízo de mera admissibilidade, não gerando coisa julgada, e, por isso, admitindo recurso de apelação.

c) Gerada a nulidade do processo, quando o magistrado, na análise de duas qualificadoras, fundamenta exaustivamente a impossibilidade de exclusão, concluindo pela admissão de ambas as qualificadoras, remetendo a julgamento pelo Júri Popular.

d) Tem sido admitida, posto que é sentença de conteúdo intrínseco, revelando a configuração de juízo de admissibilidade da acusação (autoria e materialidade) remetendo o réu a julgamento pelo Tribunal do Júri.

e) Tem sido admitida, posto que é sentença de conteúdo intrínseco, demonstrando a comprovação da acusação (autoria e materialidade), a admissibilidade das qualificadoras, remetendo a julgamento pelo Tribunal do Júri.

55ª Questão: Assinale dentre as alternativas seguintes a **correta**:

Em julgamento pelo Tribunal do Júri:

a) O magistrado pode indagar, porque prejudicial ao mérito, os quesitos relativos à legítima defesa antes de questionar os quesitos relati-

vos à desclassificação do crime.

b) O magistrado não pode, porque prejudicial ao mérito, indagar quesitos relativos à legítima defesa, antes dos quesitos relativos à desclassificação do crime.

c) Não gera nulidade do julgamento, se o magistrado submete à votação, matéria essencialmente de direito sobre a culpa, quando já questionado o Conselho de Sentença sobre a incidência de atenuantes genéricas.

d) O magistrado pode indagar do Conselho de Sentença quesito desdobrado sobre a culpa, quando já indagado sobre excesso doloso, admitido em votação por 6x2.

e) Quando a tese de defesa debatida em plenário é o homicídio culposo, o magistrado deve indagar ao Conselho de Sentença apenas os quesitos defensivos relativos à culpa em suas três modalidade, sob pena de nulidade do julgamento.

56ª Questão: Assinale dentre as alternativas seguintes a **correta**:

Em sede de *Habeas Corpus*:

a) É possível a discussão pretendendo a restituição de dinheiro e outros valores declarados perdidos em favor da União, por condenação em crime da Lei n. 6.368/76.

b) Em nome do princípio constitucional de livre locomoção, cabe discutir a obtenção de salvo-conduto para desconstituir mandado de prisão exarado de decreto judicial de prisão preventiva em crime de homicídio duplamente qualificado.

c) É possível denegar a ordem, sem ofensa ao princípio constitucional de livre locomoção, que visava a sustar o cumprimento de mandado de prisão exarado de decreto de prisão preventiva em processo por crime de estupro na sua forma simples.

d) Que é instrumento de dignidade constitucional de livre locomoção, é possível a pretensão de extensão aos co-denunciados de prisão preventiva decretada contra um dos denunciados em crime de roubo qualificado cometido em idênticas circunstâncias.

e) Cabe a concessão da ordem para suspender o cumprimento de exoneração aplicada a funcionário público em procedimento administrativo que não observou o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

57ª Questão: Assinale dentre as alternativas seguintes a **correta**:

É possível aplicar:

a) Dentre as penas previstas no artigo 72, da Lei n. 9.605/98, por dano ambiental de vazamento de óleo bruto na Baia da Babitonga, pode ser aplicada pena corpórea de reclusão na pessoa de um dos dirigentes da empresa causadora do dano, responsável pela ordem.
b) Em crime ambiental de devastação de floresta ciliar protetora de mangues, a empresa responsável pela devastação pode ser punida por infração administrativa com pena de reconstituição e restauração dos danos causados.
c) Em crimes ambientais de menor potencial ofensivo, cabe a aplicação das disposições do artigo 89 da Lei n. 9.099/95, e a extinção da punibilidade dependerá de laudo de constatação de reparação dos danos causados.
d) Em crimes ambientais de menor potencial ofensivo, não cabe a aplicação das disposições do artigo 89 da Lei n. 9.099/95, e a extinção da punibilidade independe de laudo de constatação de reparação dos danos causados.
e) A diretoria da empresa Curtume do Norte S.A., pelas disposições da Lei n. 9.605/98, não pode ser penalizada por crime ambiental de poluição que causou a morte da fauna ictiológica de córrego de abastecimento de água de pequena localidade do interior.

58ª Questão: Assinale dentre as alternativas seguintes a **correta**:

Em crime ambiental:

a) É possível aplicar à empresa causadora de destruição total de vegetação fixadora de dunas em toda extensão de uma praia a pena restritiva de direitos de suspensão total de atividades, uma vez comprovada pelo laudo de constatação a extensão do dano irreversível causado.
b) É inadmissível aplicar à empresa causadora de destruição parcial de vegetação fixadora de dunas em toda extensão de uma praia a pena restritiva de direitos de suspensão total de atividades, uma vez comprovada pelo laudo de constatação a possibilidade de recuperação do dano causado.
c) Nos crimes previstos na Lei n. 9.605/98 cabe a suspensão condicional da pena corpórea não superior a três anos, imposta ao gerente de operações de empresa de exploração e refino de petróleo causadora de dano ambiental irreversível.

d) Nos crimes ambientais não cabe a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, mesmo quando haja desvio de função da sociedade causadora do dano.
e) É inaplicável à pessoa jurídica, condenada por crime ambiental irreversível causado à fauna nativa, a pena restritiva de direitos consubstanciada na proibição de contratar com o Poder Público, ou dele receber subsídios para pesquisa.

59ª Questão: Assinale dentre as alternativas seguintes a **correta**:

Réu condenado por crime de tortura (Lei n. 9.455/97, art. 1º, § 7º), pode:

a) Requerer ao juízo da condenação a concessão do benefício de progressão de regime, uma vez cumpridos os requisitos legais.
b) Requerer ao juízo da execução penal a concessão do benefício de progressão de pena, pleiteando o cumprimento do restante da pena em regime domiciliar, tendo em vista doença grave da esposa.
c) O magistrado indeferir o pedido, argüindo a constitucionalidade do art. 1º, § 7º, da Lei n. 9.455/97, porque o dispositivo de lei permite a progressão de regime ao prever a exclusão de imposição de regime integralmente fechado para o cumprimento da pena.
d) O magistrado indeferir o pedido, afirmando que o meio próprio para pleitear o benefício é a via do recurso de agravo para apreciação e concessão do benefício.
e) O magistrado indeferir o pedido, argüindo a inconstitucionalidade do art. 1º, § 7º, da Lei n. 9.455/97, porque dispositivo de lei ordinária não pode derrogar texto constitucional anterior.

60ª Questão: Assinale dentre as alternativas seguintes a **correta**:

Réu carioca condenado por crime de tráfico de drogas na comarca de Blumenau, cumprindo pena na Penitenciária de Florianópolis, pretende cumprir a pena em estabelecimento prisional do Estado do Rio de Janeiro.

a) Requer ao juízo da condenação a transferência, alegando que ficará mais próximo da família.
b) Por se tratar de condenado de alta periculosidade, o juízo da execução sem maiores indagações, determinará a transferência do preso para um presídio de segurança máxima em outra unidade da federação.
c) Entendendo ter direito líquido e certo, por via de *Habeas Corpus*, pretende a trans-

ferência para outra unidade da federação para cumprimento da pena que lhe foi imposta, objetivando ficar mais próximo da família e dos amigos.

d) Por via de *Habeas Corpus*, o condenado enfrenta o indeferimento pelo magistrado do pedido de transferência de presídio para local próximo de seus familiares, pretendendo a reforma da decisão judicial.

e) Uma vez indeferido pelo juízo da execução pedido para transferência de presídio para outra unidade da federação, o condenado, por meio de recurso de agravo, objetiva a reforma da decisão judicial.

61ª Questão: Assinale dentre as alternativas seguintes a **incorreta**:

Compete ao juiz da execução decidir sobre:

a) Soma ou unificação de penas.
b) Progressão ou regressão nos regimes.
c) Detração e remição da pena.
d) Autorização de saída temporária.
e) Revisão criminal.

62ª Questão: Assinale dentre as alternativas seguintes a **incorreta**:

Em sede de Lei de Execução Penal, compete ao Ministério Público:

a) Requerer todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo.

b) Converter a pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade.

c) Pleitear a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução.

d) Propor a aplicação de medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança.

e) Providenciar a revogação da medida de segurança.

63ª Questão: No regime do Código de Defesa do Consumidor é **incorreto** afirmar:

a) A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, pelos danos causados a consumidores, não é objetiva, dependendo, pois, da apuração da culpa do profissional liberal.

b) Com relação à responsabilização do fornecedor de serviços, não é o serviço considerado defeituoso quando forem adotadas novas técnicas não existentes à época da contratação.

c) Para fins de responsabilidade por danos decorrentes de produtos ou serviços, a culpa exclusiva de terceiros exime a responsabilidade do fabricante, do produtor ou do importador.

d) Nas hipóteses de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade

de pessoa jurídica, provocados por má administração, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa obrigada torna as sociedades a ela coligadas solidariamente responsáveis pela obrigação.

e) O ônus da prova a respeito da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

64ª Questão: Com relação aos contratos de consumo é **correto** afirmar:

a) A execução de serviços se valida pela prestação efetiva, pela prévia elaboração de orçamento e de autorização expressa do consumidor.
b) O consumidor que recebe produtos que lhe são enviados, ainda que não os tenha solicitado, deve pagá-los, a fim de que não se pactue com o enriquecimento dele em detrimento do fornecedor.
c) É facultado aos contraentes estipular que o prazo para o cumprimento da obrigação fique a cargo do fornecedor.
d) O orçamento de fornecimento de serviços, desde que discrimine o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços, ainda que não aprovado pelo consumidor, obriga-o.
e) As cláusulas abusivas, no regime do CDC, são apenas anuláveis e, por isso, devem ser argüidas pelo consumidor.

65ª Questão: No regime do Código de Defesa do Consumidor é **correto** afirmar que a inversão do ônus probatório:

a) Vincula-se exclusivamente à dificuldade econômica das partes.
b) É técnica do consumidor em poder desincumbir-se do ônus da prova acerca dos fatos constitutivos do seu direito.
c) Não está ligada à situação econômica das partes.
d) Está ligada com exclusividade à deficiência técnica do consumidor.
e) Exige a concomitância dos requisitos da verossimilhança e da hipossuficiência.

66ª Questão: Nos contratos de consumo, o direito do consumidor à revisão de cláusulas contratuais é autorizada quando:

a) For estabelecida prestação desproporcional em favor do consumidor.
b) Quando a prestação se tornar excessivamente onerosa para o consumidor em razão de fato superveniente, embora previsível.
c) Quando a prestação se tornar excessivamente onerosa para

o consumidor em decorrência de fato superveniente, dês que imprevisível.

d) O CDC adotou, como um de seus pilares, a teoria da imprevisão.

e) Nenhuma das alternativas é correta.

67ª Questão: Nos contratos consumeristas, o consumidor tem direito à repetição, em dobro, dos valores pagos indevidamente. E o fornecedor somente se exime de responsabilidade se:

a) Comprovar não ter atuado com culpa.

b) Comprovar não ter agido culposamente ou por engano justificável.

c) Comprovar ter incidido em engano justificável.

d) O engano justificável somente é causa de isenção da responsabilidade se houver culpa concorrente do consumidor.

e) A existência de culpa concorrente do consumidor é causa de isenção da responsabilidade do fornecedor.

68ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

Os coobrigados de uma duplicata respondem solidariamente:

a) Apenas pelo pagamento do título.

b) Apenas pelo aceite do título.

c) Pelo aceite e pelo pagamento do título.

d) A solidariedade só ocorre caso o título tenha sido protestado.

e) O coobrigado não responde solidariamente pelo aceite do título.

69ª Questão: Nos termos da Lei n. 5.474/68, assinale a alternativa **incorreta**:

a) A duplicata pode ser protestada por falta de aceite.

b) A duplicata pode ser protestada por falta de devolução.

c) A duplicata pode ser protestada por falta de pagamento.

d) O fato de não ter sido a duplicata protestada por falta de aceite ou por falta de devolução inibe o protesto por falta de pagamento.

e) O protesto deve ser tirado na praça de pagamento do título.

70ª Questão: Com relação ao cheque, é **correto** afirmar que:

a) O sacado responde solidariamente com o emitente pelo pagamento do cheque.

b) Ao estabelecimento de crédito é facultado avalizar o cheque contra si sacado.

c) O sacado pode endossar a terceiro o cheque contra si emitido.

d) O local de emissão do cheque é requisito essencial à sua validade.

e) O endosso do cheque após o prazo para a sua apresentação gera os efeitos de cessão civil de crédito.

71ª Questão: Referentemente à nota promissória assinale a alternativa **incorreta**:

a) A data de emissão é requisito essencial da nota promissória, com a sua ausência destituindo-a de eficácia como nota promissória.
b) Não indicada na nota promissória a data de seu vencimento, é ela exigível à vista.
c) A denominação "nota promissória" é essencial à eficácia cambiária do título;
d) Na falta de identificação do beneficiário da nota promissória há que ser entendida ter sido ela emitida ao portador.
e) A falta de identificação do lugar de pagamento do título é requisito suprível.

72ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

A responsabilidade civil da Administração Pública:

a) É objetiva, como regra geral da teoria do risco administrativo.
b) É objetiva, como regra geral da teoria do risco integral.
c) Não se exclui se houver culpa integral da vítima.
d) Depende de dolo ou culpa do agente da administração, cabendo à vítima o ônus da prova.
e) Depende de dolo ou culpa do agente público, não cabendo à vítima o ônus da prova.

73ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

Na administração particular é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe, na administração pública é permitido fazer o que a lei autoriza, regra esta que compõe o princípio básico da:

a) Legalidade.
b) Impessoalidade.
c) Imperatividade.
d) Moralidade.
e) Finalidade.

74ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

a) É legítimo o provimento de cargos públicos mediante aproveitamento, transformação, acesso ou ascensão funcional.
b) O direito de greve do servidor público será previsto em lei complementar.
c) Nos termos da Constituição Federal a estabilidade no cargo público adquire-se após 2 (dois) anos de efetivo exercício.
d) A disponibilidade do servidor dar-se-á com subsídios integrais.
e) O servidor estável poderá perder o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo, garantido o exercício da ampla defesa ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei

complementar, assegurada ampla defesa.

75ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

O prazo para a administração anular os seus atos de que decorram efeitos favoráveis para o destinatário:

a) É de decadência e se consuma em 5 (cinco) anos, salvo se houver boa-fé deste.
b) É de decadência e se consuma em dois 2 (dois) anos, desde que o administrado não tenha agido de má-fé.
c) Não é de decadência e se consuma em 5 (cinco) anos, da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.
d) É de decadência e se consuma em 5 (cinco) anos, da data em que foram praticados, salvo comprovada má fé.
e) A administração a qualquer tempo pode rever seus atos, anulando os que contrariarem a lei ou revogando-os por inconveniência ou oportunidade.

76ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

A polícia administrativa da ordem pública:

a) É atividade sempre vinculada quanto aos motivos.
b) É atividade vinculada quanto à finalidade objeto e forma.
c) É atividade, totalmente, discricionária.
d) É atividade discricionária quanto à competência e motivos.
e) É atividade inteiramente vinculada.

77ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

A Autarquia é:

a) Uma entidade administrativa autônoma, criada por lei, com personalidade jurídica de Direito Público, com patrimônio próprio e finalidade especial.
b) Uma entidade administrativa autônoma, criada por ato de vontade da pessoa política interessada, com patrimônio próprio e atribuições específicas.
c) Uma entidade administrativa, gozando de autonomia relativa, criada por lei, com personalidade jurídica de Direito Público, patrimônio próprio e atribuições fixadas pelo decreto que lhe definir os limites de atuação.
d) Uma entidade administrativa autônoma, criada por lei, com personalidade jurídica de Direito Público, com patrimônio próprio, destinada a exercer qualquer atividade administrativa ou econômica.

e) É uma entidade administrativa autônoma, de Direito Privado, com patrimônio próprio, criada por lei, destinada a exercer atividades industriais e comerciais.

78ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

O servidor público só é estável:

a) Após 2 (dois) anos de efetivo exercício, mas pode perder o cargo para redução de despesas da administração.
b) Após 2 (dois) anos de efetivo exercício, e só pode perder o cargo por motivo de sentença judicial transitada em julgado, ou de comprovada infração ou insuficiência funcional.
c) Após 3 (três) anos de efetivo exercício, e só pode perder o cargo, por motivo de sentença judicial transitada em julgado, por infração ou insuficiência funcional.
d) Após 3 (três) anos de efetivo exercício, e pode perder o cargo, por motivo de infração ou insuficiência funcional ou para redução de despesas.
e) Nenhuma das alternativas é correta.

79ª Questão: O alistamento eleitoral e o voto:

I— São obrigatórios para todos os brasileiros.
II— São obrigatórios para os maiores de dezoito anos, brasileiros ou estrangeiros, exceto os analfabetos e os maiores de setenta anos, para os quais são facultativos.
III— São ainda facultativos para os brasileiros maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, sendo vedado, no entanto, o alistamento aos conscritos, durante o período do serviço militar.
IV— São obrigatórios para os brasileiros maiores de dezoito anos, e facultativo para os maiores de setenta.
V— O alistamento eleitoral e o voto são facultativos aos maiores de dezoito anos e menores de vinte e um, bem como para os brasileiros naturalizados.

Analisando as asserções acima, pode-se afirmar que:

a) Estão corretas as de número II e III.
b) Apenas as de I e IV estão corretas.
c) Estão corretas apenas as de número III e IV.
d) Somente a de número I e a V estão corretas.
e) Estão corretas a de número V e II.

80ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

A lei que altera o processo eleitoral:

a) Terá vigência imediata, aplicando-se às eleições em curso e às que venham a ser realizadas em breve, se já

escolhidos os candidatos em convenções partidárias.

b) Somente entrará em vigor um ano após a sua promulgação.

c) Não prejudicará o recurso cabível, segundo a Constituição, para o Tribunal Superior Eleitoral, de decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais que anulem diplomas ou versem sobre inelegibilidade nas eleições.

d) Entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

e) Entrará em vigor noventa dias após a sua publicação.

81ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

São inelegíveis:

I — Os inalistáveis e os analfabetos.

II — O cônjuge e os parentes consangüíneos afins, até o segundo grau por adoção, do Presidente da República, do Governador ou do Prefeito, no território da jurisdição do titular, em qualquer hipótese.

III — Os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a administração pública, pelo prazo de três anos após o cumprimento da pena.

IV — Aqueles que não se tenham afastado de determinados cargos públicos mencionados na lei das inelegibilidades, a que se refere a Constituição Federal, nos prazos legais para desincompatibilização.

V — Os que não tiverem filiação sindical e não estiverem em exercícios dos direitos sociais, políticos e individuais.

Analisando as assertivas acima, pode-se afirmar que:

a) As assertivas I, II e III estão corretas.

b) Estão corretas apenas as de número II, III e IV.

c) Somente as de número I, III e V estão corretas.

d) Todas estão corretas.

e) Apenas as alternativas I, II e V estão corretas.

82ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

Para estabelecer novos casos de inelegibilidade é imprescindível:

a) Edição de lei ordinária.

b) Edição de lei complementar.

c) Edição de lei de iniciativa popular.

d) Edição de resolução pelo TSE.

e) Edição de emenda constitucional.

83ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

São crimes eleitorais:

a) O abuso do poder econômico e do poder político, em

qualquer hipótese comprovada, observando o devido processo legal, punidos os beneficiários do abuso com a perda do mandato e os crimes de prevaricação e corrupção passiva.

b) Aqueles tipificados no Código Eleitoral e na legislação eleitoral esparsa, que visam a proteger, precipuamente, como bens jurídicos fundamentais, a lisura na realização do pleito e a verdade eleitoral.

c) A não participação no processo político eleitoral, em detrimento do regime democrático contribuindo determinantemente para a abstenção, os votos em branco e nulos, e violando a soberania popular.

d) Todas as condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais.

e) Aqueles tipificados no Código Eleitoral e em resoluções e súmulas dos TREs e TSE.

84ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

O imposto, de competência municipal, sobre a transmissão de bens imóveis e direitos a eles relativos não incide:

a) Na transmissão do domínio útil.
b) Na dação em pagamento.
c) No usucapião.
d) Na primeira aquisição da casa própria.
e) Na instituição de usuário convencional.

85ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

Os serviços de composição gráfica incluídos na lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/68 e alterações posteriores, quando sua prestação envolve o fornecimento de mercadorias, estão sujeitos ao:

a) ICMS.
b) ISQN.
c) ICMS e ITBI.
d) ISQN e ICMS.
e) ICMS e IOF.

86ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

Para assegurar a função social da propriedade, poderá ser progressivo o:

a) IPVA.
b) IPTU.
c) ISS.
d) ITBI.
e) ITR.

87ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

Qual das espécies abaixo não é tributo?

a) Empréstimo compulsório.
b) Taxa.
c) Contribuição de melhoria.
d) Tarifas.
e) Contribuições previdenciárias.

88ª Questão: Assinale a alternativa que só contiver tributos de competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios:

a) Imposto de renda, IPI, IPVA, ICMS e IOS.
b) Imposto sobre grandes fortunas, IPI, IOS, contribuições sociais e ITBI.
c) ICMS, IPVA, ISS, IPTU, ITBI, Imposto "*causa mortis*" — contribuições previdenciárias de seus servidores.
d) ICMS, IPVA, IPI, ITR, imposto sobre grandes fortunas, contribuições sociais de intervenção no domínio econômico.
e) IPI, ITR, impostos sobre o comércio exterior, imposto sobre grandes fortunas, ISS e IPTU.

89ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

É possível aplicar:

a) Dentre as penas previstas no artigo 72 da Lei n. 9.605/98, por dano ambiental de vazamento de óleo bruto na Baía da Babitonga, pode ser aplicada pena corpórea de reclusão na pessoa de um dos dirigentes da empresa causadora do dano, responsável pela ordem.
b) Em crime ambiental de devastação de floresta ciliar protetora de mangues, a empresa responsável pela devastação pode ser punida por infração administrativa com pena de reconstituição e restauração dos danos causados.
c) Em crimes ambientais de menor potencial ofensivo, cabe a aplicação das disposições do artigo 89 da Lei n. 9.099/95, e a extinção da punibilidade dependerá de laudo de constatação de reparação dos danos causados.
d) Em crimes ambientais de menor potencial ofensivo, não cabe a aplicação das disposições do artigo 89 da Lei n. 9.099/95, e a extinção da punibilidade independe de laudo de constatação de reparação dos danos causados.
e) A diretoria da empresa Curtume do Norte S.A., pelas disposições da Lei n. 9.605/98, não pode ser penalizada por crime ambiental de poluição que causou a morte da fauna ictiológica de córrego de abastecimento de água de pequena localidade do interior.

90ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

Em crime ambiental:

a) É possível aplicar à empresa causadora de destruição total de vegetação fixadora de dunas em toda extensão de uma praia a pena restritiva de direitos de suspensão total de atividades, uma vez comprovada pelo laudo de constatação a extensão do dano irreversível causado.

b) É inadmissível aplicar à empresa causadora de destruição parcial de vegetação fixadora de dunas em toda extensão de uma praia a pena restritiva de direito de suspensão total de atividades, uma vez comprovada pelo laudo de constatação a possibilidade de recuperação do dano causado.

c) Nos crimes previstos na Lei n. 9.605/98, cabe a suspensão condicional da pena corpórea não superior a três anos, imposta ao gerente de operações de empresa de exploração e refino de petróleo causadora de dano ambiental irreversível.

d) Nos crimes ambientais não cabe a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, mesmo quando haja desvio de função da sociedade causadora do dano.

e) É inaplicável à pessoa jurídica condenada por crime ambiental irreversível causado à fauna nativa a pena restritiva de direitos consubstanciada na proibição de contratar com o Poder Público, ou dele receber subsídios para pesquisa.

91ª Questão: Sobre o inquérito civil, como procedimento administrativo pré-processual de caráter investigatório, aponte a alternativa **incorreta**:

a) Está submetido ao princípio da ampla defesa, porque se trata de processo administrativo destinado à aplicação de pena ou sanção, não se destinando à apuração de fatos para embasar futura e eventual ação judicial.

b) Cuida-se de instrumento conferido com exclusividade ao Ministério Público, destinado à colheita de elementos prévios e indispensáveis ao exercício responsável da ação judicial a seu cargo.

c) Embora sejam vários os colegitimados para o ajuizamento da ação civil pública, somente o Ministério Público pode instaurá-lo.

d) O pressuposto para sua instauração é a existência de fato determinado, do qual decorra ou possa decorrer lesão a interesses ou direitos velados pelo Ministério Público.

e) Tratando-se de procedimento administrativo investigatório, marcadamente informal, nele são praticados atos que, se maculados por desvio de poder ou de finalidade, poderão ferir direito de terceiros, ensejando a impetração de remédios jurisdicionais corretivos, tais como o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

92ª Questão: A ação civil pública poderá ser proposta por quais legitimados? Aponte a alternativa **incorreta**:

a) União, Estados e Municípios.
b) Autarquias e empresas públicas.
c) Ministério Público com exclusividade.
d) Fundações e sociedades de economia mista.
e) Associações constituídas há pelo menos um ano, incluindo dentre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

93ª Questão: Dentre os princípios estruturantes do Direito Ambiental, assinale a alternativa **incorreta***:*

a) A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) adotou a responsabilidade subjetiva ambiental para a reparação dos danos causados ao meio ambiente.
b) A proteção dos ecossistemas, com a preservação das áreas representativas e ameaçadas de degradação, evidenciam, na Política Nacional do Meio Ambiente, a adoção do *princípio da prevenção*.
c) Ao aplicar o *princípio da precaução*, os governos encarregam-se de organizar a repartição da carga dos riscos tecnológicos. Assim, infringe tal princípio a Administração Pública que, não procurando prever danos para o ser humano e o meio ambiente, omite-se no exigir e no praticar medidas de precaução, ocasionando prejuízos, pelos quais será co-responsável.
d) Pelo *princípio da participação,* os cidadãos saem de um estado passivo de beneficiários, passando a partilhar da responsabilidade na gestão dos interesses da comunidade inteira.
e) A função social e ambiental da propriedade autoriza que se imponha ao proprietário comportamentos positivos, no exercício de seu direito, para a preservação do meio ambiente.

94ª Questão: Acerca das medidas de proteção contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, é **correto** afirmar:

a) Aplicam-se apenas quando os direitos previstos na lei sejam efetivamente violados, seja por ação da sociedade, seja por abuso dos responsáveis, ou em razão de sua própria conduta.
b) Não há previsão de aplicação cumulativa, nem de substituição de uma medida por outra.
c) Por implicar privação da liberdade, a colocação em

abrigo é medida excepcional e provisória, utilizável para a colocação em família substituta.
d) Todas as afirmações estão corretas.
e) Nenhuma das alternativas é correta.

95ª Questão: Sobre as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, é **incorreto** afirmar:

a) Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar a restituição da coisa e o ressarcimento do dano.
b) A prestação de serviços à comunidade consiste na realização de tarefas de interesse geral que, no entanto, deverá ser modicamente remunerada.
c) A liberdade assistida tem cabimento sempre que se mostrar adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.
d) A internação é medida privativa de liberdade, mas que permite a realização de atividades externas.
e) Nenhuma das alternativas acima.

96ª Questão: De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, os Estados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude. É da competência da Justiça da Infância e da Juventude:

a) Conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público para apuração de ato infracional atribuído a adolescente.
b) Conceder remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo.
c) Conhecer pedidos de adoção e seus incidentes.
d) Conhecer de ações de alimentos e pedidos de guarda e tutela.
e) Todas as alternativas estão corretas.

97ª Questão: Na apuração de ato infracional atribuído a adolescente, é **correto** afirmar:

a) O adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade judicial competente.
b) Na hipótese de flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, a lavratura do auto poderá ser substituída por boletim de ocorrência circunstanciado.
c) O adolescente apreendido por força de ordem judicial será desde logo encaminhado à autoridade policial.
d) O adolescente não poderá ser conduzido em compartimento fechado de viatura policial, em

condições atentatórias à sua dignidade, sob pena de responsabilidade.

e) Nenhuma das alternativas é correta.

98ª Questão: Estabelece o art. 207 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor". É **correto** afirmar:

a) Se o adolescente não tiver defensor, ser-lhe-á nomeado um pelo juiz, ressalvado o direito de, a todo o tempo, constituir outro de sua preferência.

b) A ausência de defensor determina o adiamento do ato processual.

c) A outorga de mandato é dispensada quando se tratar de advogado nomeado pelo juízo, ou constituído diretamente.

d) A criança ou adolescente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse poderão intervir nos procedimentos por intermédio de advogado, que deverá ser intimado pessoalmente de todos os atos.

e) Nenhuma das alternativas acima.

99ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta***:*

São órgãos do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina:

a) O Tribunal de Justiça.
b) Juízes de Direito e Juízes Substitutos.
c) Tribunal do Júri.
d) Juízes de Paz e Justiça Militar.
e) O Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina e os Juízes Eleitorais.

100ª Questão: O Juiz de Direito, como Juiz de Família, é competente para processar e julgar:

I – As causas de nulidade e anulação de casamento, separações judiciais, divórcio e as demais relativas ao estado civil, bem como outras ações fundadas em direitos e deveres dos cônjuges, um para com o outro, e dos pais para com os filhos ou destes para com aqueles.

II – Ações de investigação de paternidade, cumuladas ou não com as de petição de herança e nulidade de testamento.

III – Ações concernentes ao regime de bens do casamento, ao dote, aos bens parafernais e às doações antenupciais.

IV – Causas de alimentos e as relativas à posse e guarda dos filhos menores, e de suspen-

são e perda do pátrio poder, respeitada a competência do juiz da Infância e da Juventude (art. 101, I, letra *e*).

V – Todos os fatos de jurisdição voluntária e necessários à proteção da pessoa dos incapazes ou de seus bens, ressalvada a competência do Juiz da Infância e da Juventude.

Quanto às afirmativas *supra*:

a) Corretas são apenas as dos itens I, II e IV.
b) Todas são corretas.
c) Todas são incorretas.
d) Correta é apenas a do item IV.
e) Corretas são apenas as dos itens I, III e V.

Florianópolis, 13 de outubro de 2002.

PROVA DE CONHECIMENTOS GERAIS

1ª Questão: Através do Ato Governamental n. 285, de 28 de agosto de 1891, o Governador Gustavo Richard nomeou os cinco primeiros desembargadores do então denominado Superior Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a saber: José Roberto Vianna Guilhon, Francisco Machado da Cunha Beltrão, Edelberto Licínio da Costa Campêllo, José Elysio de Carvalho Couto e Domingos Pacheco d'Ávila. Quantos nasceram em Santa Catarina:

a) Um.
b) Dois.
c) Três.
d) Quatro.
e) Nenhum.

2ª Questão: Destacados por marcante atuação política, um dentre os seguintes homens públicos pertenceu ao Instituto Histórico e Geográfico de Santa Catarina:

a) José Maria Antunes Ramos.
b) Manoel Vitorino de Paula Ramos.
c) Nereu de Oliveira Ramos.
d) Vidal José de Oliveira Ramos Júnior.
e) Vidal Ramos Neto.

3ª Questão: Santa Catarina possui características de destaque junto às demais unidades da Federação. Foi a primeira onde:

a) Se institucionalizou a reforma agrária para consolidação do minifúndio.
b) Se utilizou o cabo submarino para comunicação intercontinental.
c) Se admitiu o voto feminino em eleições parlamentares estaduais.
d) Se criou o cargo de Vice-Governador de Estado.
e) Se utilizou o avião para fins bélicos.

4ª Questão: A construção da ferrovia ligando São Paulo ao Rio Grande do Sul, aliada a motivos de ordem social, econômica, cultural e até

religiosa, provocou séria convulsão armada no período compreendido entre 1912 a 1916, conhecida como "Guerra do Contestado". Alguns dos líderes revoltosos ficaram famosos pela coragem e crueldade. Um dos mais violentos, preso e trazido para Florianópolis, foi morto quando, segundo versão oficial, tentava evadir-se. Era ele:

a) Miguel Fragoso.
b) Adeodato Manoel de Ramos.
c) Praxedes Gomes.
d) Henrique Wolland.
e) Aleixo Gonçalves.

5ª Questão: Analise as assertivas abaixo quanto aos limites territoriais do Estado de Santa Catarina e assinale a alternativa que contém a resposta **correta:**

I – A Oeste faz divisa com o Oceano Atlântico e a Leste com a República Argentina.
II – Ao Sul faz divisa com o Estado do Rio Grande do Sul e a Noroeste com a República do Paraguai.
III – A Oeste faz divisa com a República Argentina e a Noroeste com a República do Paraguai.
IV – Ao Norte faz divisa com o Estado do Paraná e a Leste com a República Argentina.

a) Apenas assertiva I está correta.
b) As assertivas I e II estão corretas.
c) Apenas assertiva III está correta.
d) As assertivas II e IV estão corretas.
e) Todas as assertivas estão incorretas.

6ª Questão: No que tange à cobertura vegetal existente no Estado Catarinense, assinale a alternativa **correta** quanto às regiões fitogeográficas a que pertencem o "palmiteiro" e o "angico vermelho", respectivamente:

a) Região da floresta ombrófila densa e savana.
b) Região da floresta ombrófila densa e da floresta estacional decidual.
c) Região da floresta ombrófila mista e da floresta ombrófila densa.
d) Região da floresta estacional decidual e da floresta ombrófila mista.
e) Região da savana e da floresta estacional decidual.

7ª Questão: Em razão de o Estado de Santa Catarina possuir belezas naturais reconhecidas nacional e internacionalmente, a atividade turística vem a cada ano sendo incrementada. Em relação aos pontos turísticos famosos abaixo indicados, assinale a alternativa que contém todas as assertivas **corretas** em relação ao que afirmam:

I – A estrada Dona Francisca, ligando Joinville a Campo Alegre e a São Bento do Sul.
II – A estrada do Rio do Rastro que liga Lauro Müller a Bom Jardim da Serra.

III – A estrada do Corvo Branco, localizada em Urubici.
IV – A Via de Integração Social – Interpraias, em Camboriú.

a) I, II e IV.
b) I, II e III.
c) II, III e IV.
d) I, III e IV.
e) Todas as assertivas estão corretas.

8ª Questão: Com relação aos dados obtidos pelo Censo/2000 em Santa Catarina, assinale a alternativa ***incorreta***:

a) A densidade demográfica do Estado é de 55,88 hab/km2, sendo que as microrregiões geográficas de Florianópolis e Itajaí são as duas com maior densidade demográfica.
b) Há um equilíbrio numérico entre a população de homens e a de mulheres, mas a população de mulheres residentes é ligeiramente maior do que a dos homens.
c) Os centros urbanos de Joinville, Florianópolis e Blumenau são os que apresentam as maiores concentrações populacionais do Estado.
d) Apesar do crescimento populacional de algumas cidades, a população rural continua numericamente superior à urbana.
e) A média da população economicamente ativa que ganha de 3,0 a 5,0 salários mínimos é superior à média da população economicamente ativa do País nesta mesma faixa salarial.

9ª Questão: Qual foi o mais importante instrumento de estimulação do desenvolvimento socioeconômico do Estado de Santa Catarina, através de financiamento de incentivos ao investimento e à operação de empresas que estivessem em implementação ou expansão, no seguimento industrial ou cooperativo?

I – Badesc.
II – Prodesc.
III – Besc.
IV – BRDE.
V – Caixa Econômica Estadual.

Assinale, dentre as alternativas abaixo, a **correta:**

a) Nenhuma das alternativas é correta.
b) A alternativa correta é a alternativa I.
c) Correta é a alternativa II.
d) Correta é a alternativa III.
e) As alternativas IV e V estão corretas.

10ª Questão: Em termos de Santa Catarina, o primeiro Fundo Estadual de Desenvolvimento surgiu no Governo:

a) Celso Ramos.
b) Ivo Silveira.
c) Antônio Carlos Konder Reis.
d) Colombo Machado Salles.
e) Santa Catarina jamais contou

com Fundo Estadual de Desenvolvimento.

11ª Questão: Em razão de leis estaduais, são consideradas "árvore" e "flor" símbolos do Estado de Santa Catarina:

a) O ipê amarelo e a rosa.
b) A imbuia e a salamandra.
c) A figueira e a orquídea.
d) A imbuia e a *laelia purpurata*.
e) Inexiste norma legal a definir a árvore e a flor que simbolizam o Estado.

12ª Questão: É certo afirmar-se que:

I – Em Santa Catarina, as primeiras cooperativas agrícolas surgiram após o ano de 1800, no sul do Estado.

II – A primeira cooperativa agrícola surgiu no município de Cruzeiro, formado pelos atuais municípios de Joaçaba e Herval do Oeste, no ano de 1885.

III – A primeira cooperativa agrícola foi criada no Vale do Itajaí em 1889.

IV – As cooperativas agrícolas surgiram em Chapecó, como fator de desenvolvimento da região Oeste do Estado.

V – Foi em Urussanga, com a chegada da colonização italiana, que se criou a primeira cooperativa agrícola do Estado.

Assinale, dentre as alternativas seguintes, a **correta:**

a) As alternativas I e V estão corretas.
b) Correta está a alternativa II.
c) Correta é a alternativa III.
d) Correta é a alternativa IV.
e) Nenhuma das alternativas é correta.

13ª Questão: Assinale, dentre as alternativas seguintes, a **correta:**

O livro científico "**A terceira via – Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia**" é de autoria de:

a) Anthony Eden.
b) Tony Blair.
c) Anthony Giddens.
d) Alvin Toffler.
e) David Marsland.

14ª Questão: Assinale, dentre as alternativas seguintes, a **correta:**

O livro científico "**Ideologia e Utopia**" é de autoria de:

a) Norberto Bobbio.
b) Robin Blackburn.
c) Karl Mannheim.
d) Antonio Carlos Wolkmer.
e) Samuel P. Huntington.

15ª Questão: Assinale, dentre as alternativas seguintes, a **correta:**

O Protocolo de Kyoto, ratificado no dia 19 de junho último pelo Senado, prevê:

a) A redução de 5% das emissões de gases poluentes

no meio-ambiente, entre 2008 e 2012.
b) O controle da produção mundial de materiais nucleares.
c) A anuência dos países latinos com a criação de um bloco econômico árabe.
d) Ajuda internacional monetária aos países asiáticos subdesenvolvidos.
e) A fiscalização e controle das pesquisas com alimentos transgênicos.

16ª Questão: Assinale, dentre as alternativas seguintes, a **correta:**

Qual o (a) italiano (a) que, no dia 16 de junho de 2002, foi canonizado (a) pelo Papa João Paulo II:

a) Padre Pio.
b) Madre Paulina.
c) Padre Cícero.
d) Frei Galvão.
e) João XXIII.

17ª Questão: No final da década de 40, alguns jovens intelectuais de Santa Catarina, animados pelo Modernismo, criaram o **Grupo Sul**, movimento cultural que se estendeu por quase 20 anos. Entre seus fundadores encontraram-se escritores que publicaram obras de reconhecido valor literário.

Aponte a alternativa que contém o nome de três desses autores:

a) Anibal Nunes Pires, Jerônimo Coelho e Enéas Athanásio.
b) Cruz e Sousa, Osvaldo Cabral e Luiz Delfino.
c) Flávio José Cardozo, Lindolf Bell e Alcides Buss.
d) A Boos Júnior, Guido Wilmar Sassi e Salim Miguel.
e) Willy Zumblick, Victor Meirelles e Iaponan Soares.

18ª Questão: Dois cineastas contemporâneos vêm recebendo elogios da crítica especializada e do público pelos filmes que realizaram no final da década de 90, que focalizam, respectivamente, os episódios da Guerra do Contestado e o que, em 1979, envolveu o então Presidente da República, João Figueiredo, em manifestações de rua na Capital do Estado.

Assinale a alternativa que contém o nome desses filmes:

a) Geração do Deserto e Oriundi.
b) Atrás do Vento e Novembrada.
c) As Famílias e Arca Açoriana.
d) O Quatrilho e Dingradura.
e) Missal e Broquéis.

19ª Questão: Assinale, dentre as alternativas seguintes, a **correta:**

O romance "**Carrossel**" é de autoria de:

a) Silveira Júnior.
b) Salim Miguel.
c) Aulo Sanford de Vasconcellos.
d) Hoyedo G. Lins.
e) Arlindo Gondin.

20ª Questão: Assinale, dentre as alternativas seguintes, a **correta:**

O conto "**A Penhora**" é de autoria de:

a) Carlos Alberto Silveira Lenzi.
b) Hamilton Alves.
c) Norberto Ungaretti.
d) Walter Zigelli.
e) João Alfredo Medeiros Vieira.

PROVA DE DIREITO

21ª Questão: Assinale a alternativa **correta:**

A Democracia Participativa é possível através de quais práticas:

a) Eleições diretas.
b) Plebiscito, referendo e lei popular.
c) Plebiscito, referendo e iniciativa popular.
d) Representação no Congresso Nacional.
e) Eleições indiretas.

22ª Questão: Assinale a alternativa **correta:**

São de eficácia plena e de aplicabilidade imediata as normas constitucionais:

a) Vedativas e programáticas.
b) Que confirmam prerrogativas e aquelas que dependem de lei integrativa.
c) De princípio programático e as de princípio institutivos.
d) Vedativas e as que confiram imunidades, isenções e prerrogativas.
e) As de eficácia contida e eficácia limitada.

23ª Questão: Assinale a alternativa **correta:**

Os direitos e garantias individuais fundamentais estabelecidos na Constituição são assegurados aos:

a) Brasileiros natos e estrangeiros.
b) Brasileiros e estrangeiros domiciliados no País.
c) Brasileiros natos.
d) Brasileiros naturalizados e estrangeiros domiciliados no País.
e) Brasileiros e estrangeiros residentes no País.

24ª Questão: Assinale a alternativa **correta:**

a) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o valor da prévia e justa indenização na desapropriação há de ser assegurado já por ocasião da imissão provisória na posse.
b) Segundo a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, a retrocessão, no caso de tredestinação ou adestinação do bem expropriado, configura simples direito pessoal que se resolve em perdas e danos.
c) A indenização da propriedade, no caso de desapropriação para fins de reforma agrária, não há de ser necessa-

riamente prévia, uma vez que o pagamento do imóvel há de se fazer mediante entrega de títulos da dívida agrágria.

d) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as condições de uso, gozo e fruição da propriedade material ou imaterial não podem ser objeto de alteração mediante decisão legislativa superveniente.

e) A Constituição Federal autoriza a desapropriação pelo município de terrenos urbanos não edificados, subutilizados ou não utilizados, com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal.

25ª Questão: Qual a opção **correta:**

Nos termos da Constituição de 1988, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre diversas matérias. Em tais hipóteses:

a) Sendo omisso o legislador federal na elaboração de leis complementares, os Estados exercerão competência legislativa plena para atendimento de suas peculiaridades.

b) A competência legislativa concorrente será exercida necessariamente através de leis complementares.

c) O estabelecimento de normas gerais é privativo da União, vedada aos Estados a produção legislativa supletiva.

d) A competência legislativa da União limita-se ao estabelecimento de normas gerais, não excluindo a competência suplementar dos Estados.

e) A ausência de normas gerais federais somente autoriza aos Estados a elaboração de normas específicas.

26ª Questão: Estão entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária.

II – Garantir o desenvolvimento nacional.

III – Assegurar o exercício dos direitos sociais individuais.

IV – Erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades morais.

V – Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Estão **corretas** as alternativas:

a) I, II, III e V.
b) I, II, IV e V.
c) I, II e V.
d) I, III e V.
e) I, II, III, IV e V.

27ª Questão: Assinale as alternativas **corretas:**

Com respeito ao Sistema Tributário Nacional:

I – para que o Estado possa arrecadar taxa há necessidade de o usuário ou destinatário do serviço público vir a fazer uso efetivo dele.
II – O imposto sobre propriedade de veículos automotores é de competência exclusiva dos Estados.
III – O imposto sobre produtos industrializados é de competência exclusiva da União.
IV – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

a) Apenas as afirmativas II e IV são corretas.
b) Apenas as afirmativas I e II são corretas.
c) Apenas as afirmativas I e III são corretas.
d) Apenas as afirmativas I e IV são corretas.
e) Apenas as afirmativas II e III são corretas.

28ª Questão: Assinale a alternativa ou alternativas **corretas:**

Nas ações de busca e apreensão respaldadas no DL n. 911/69:

a) Somente é admissível a purgação da mora acaso já tenha o alienante pago valor igual ou superior a 40% do valor financiado.
b) Não é admissível a discussão acerca da abusividade de cláusulas contratuais ou de acessórios contratados.
c) O avalista do contrato não é parte legítima passiva para a ação.
d) Mesmo que a credora esteja a exigir acessórios indevidos ou em patamares excedentes aos legalmente admitidos a mora estará caracterizada, posto que a inadimplência do devedor é que a configura.
e) Nenhuma das alternativas apresentadas está correta.

29ª Questão: Nas ações de alimentos regidas pela Lei n. 5.478, de 25-7-68, assinale qual ou quais das alternativas abaixo relacionadas está **correta:**

a) A citação por intermédio de oficial de justiça é forma subsidiária de citação do alimentante.
b) A citação por correio só é admissível em sendo o alimentante residente na comarca.
c) Residindo o alimentante fora da comarca será ele citado obrigatoriamente por carta precatória.
d) O alimentante pode ser citado por edital.
e) A citação postal é forma de citação subsidiária da citação por precatória quanto aos alimentantes residentes em outro Estado da Federação.

30ª Questão: Nos contratos submetidos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, referentemente aos de adesão, assinale a resposta ou respostas **corretas:**

a) Exclui a adesividade o fato de terem sido as cláusulas contratuais sido aprovadas pela autoridade competente para fazê-lo.
b) Não se admite, de nenhum modo, a inserção de cláusula resolutória.
c) Admite-se a inserção de cláusula resolutória apenas quando a alternativa e a opção caiba ao consumidor.
d) É vedada a inserção de qualquer cláusula desvantajosa ao consumidor.
e) A inserção de cláusulas em contrato de adesão pré-elaborado descaracteriza a adesividade.

31ª Questão: Nas locações, a morte do locatário:

a) Extingue o contrato, por ser tratar de obrigação personalíssima.
b) Se residencial a locação, nos direitos do locatário fica sub-rogado apenas o cônjuge supérstite.
c) O simples companheiro, quando residente no imóvel, se sub-roga nos direitos do locatário.
d) Os que dele dependiam economicamente, ainda que não residentes no imóvel locado, se sub-rogam nos direitos do locatário.
e) O genitor do falecido, mesmo que residisse no imóvel, desde que conte com renda própria, não se sub-roga nos direitos do locatário falecido.

32ª Questão: Relativamente à conta conjunta bancária, em emitindo um dos titulares cheque sem suficiente provisão de fundos, é **correto** afirmar-se que:

a) Não há, em hipótese alguma, solidariedade passiva entre o emitente e o outro titular da conta.
b) A solidariedade passiva apenas ocorre em relação ao estabelecimento bancário contra o qual foi o cheque emitido.
c) A solidariedade passiva somente ocorre em relação ao terceiro que recebeu o cheque.
d) A solidariedade passiva apenas ocorre entre o sacado e o recebedor do cheque.
e) A solidariedade passiva apenas ocorre entre os dois titulares da conta.

33ª Questão: No Código Civil, a função das cláusulas gerais é:

I – Dotar o sistema interno do Código Civil de mobilidade, mitigando as regras mais rígidas.
II – A de atuar de forma a concretizar o que se encontra previsto nos princípios gerais

de direito e nos conceitos legais indeterminados.

III – A de, também, abrandar as desvantagens do estilo excessivamente abstrato e genérico da lei.

Assinale, portanto, a alternativa ou alternativas **corretas:**

a) Nenhuma das alternativas está correta.
b) Todas as alternativas estão corretas.
c) Apenas a alternativa II está correta.
d) Apenas as alternativas I e III estão corretas.
e) Apenas as alternativas II e III estão corretas.

34ª Questão: Examine as seguintes proposições sobre o exercício da jurisdição:

I. A jurisdição, monopólio do poder estatal, é una e indivisível, embora o termo possa didaticamente diferenciar divisões da atividade jurisdicional em diferentes âmbitos.
II. A jurisdição é exercida pelos juízes, não sendo atividade exclusiva do Poder Judiciário.
III. A jurisdição pode excepcionalmente ser exercida pelo Poder Legislativo.
IV. Pelo princípio da aderência, os juízes apenas podem exercitar a jurisdição no âmbito do território nacional.
V. O juiz aposentado que tenha encerrado a instrução probatória deve julgar o processo, em vista do princípio da identidade física.

Assinale a alternativa **certa**:

a) Todas as proposições estão corretas.
b) Apenas a proposição III está incorreta.
c) As proposições II e V estão incorretas.
d) As proposições I, II, III e IV estão corretas.
e) As proposições II, III e V estão incorretas.

35ª Questão: Examine as seguintes proposições:

I. O processo se origina por iniciativa da parte, por decorrência do princípio inquisitivo.
II. O juiz somente poderá conhecer de pretensão deduzida pelo réu nas hipóteses de reconvenção e ação declaratória incidental. Nas ações dúplices, assim como nos pedidos contrapostos, o pedido do réu será deduzido na contestação.
III. As questões relativas às relações de consumo são de ordem pública, autorizando o juiz a sobre elas se pronunciar, independentemente de requerimento da parte ou interessado.
IV. Em face do princípio da demanda, o juiz não pode, de ofício, suscitar incidente de

uniformização da jurisprudência.

V. No inventário, exibição de testamento, arrecadação de bens de ausente e de herança jacente, o procedimento pode de ofício ser deflagrado por iniciativa do juiz.

Assinale a alternativa **certa:**

a) As proposições I e IV estão incorretas.
b) As proposições II, III e IV estão corretas.
c) Apenas a proposição V está incorreta.
d) Todas as proposições estão incorretas.
e) Apenas as proposições III, IV e V estão corretas.

36ª Questão: Considerando as proposições abaixo:

I. A sentença *citra* ou *ultra petita* pode ser corrigida pelo próprio juiz, que suprirá a omissão, desde que instado em sede de embargos de declaração.

II. Os vícios da sentença *extra* ou *ultra petita* só podem ser reparados por meio de recurso ou de ação rescisória.

III. Sobre as matérias de ordem pública incide o princípio dispositivo.

IV. Tem capacidade de ser parte a futura mãe, representando o nascituro, na ação de investigação de paternidade.

V. Interesse e legitimidade são condições da ação, que devem ser apreciadas de ofício pelo juiz.

Assinale a alternativa **certa:**

a) Todas as proposições estão incorretas.
b) Todas as proposições estão corretas.
c) As proposições I, II e III estão incorretas.
d) Apenas a proposição III está incorreta.
e) As proposições III, IV e V estão corretas.

37ª Questão: Examine as seguintes proposições:

I. Para interpretação de direito, em tese, descabe ação declaratória, uma vez que o Poder Judiciário não é órgão de consulta.

II. Admite-se na ação declaratória antecipação de tutela para prover-se algum dos efeitos da sentença.

III. Simples interpretação de cláusulas contratuais não enseja recurso especial e extraordinário.

IV. É admissível cautelar antecedente à ação declaratória de inexistência de relação jurídica.

V. O mandado de segurança não se presta à finalidade declaratória, nem para reclamar vencimentos atrasados, tampouco para atacar lei ou ato normativo em tese.

Assinale a alternativa **correta:**

a) Apenas a proposição II está incorreta.
b) Apenas a proposição V está correta.
c) Todas as proposições estão corretas.
d) Apenas as proposições II, IV e V estão corretas.
e) As proposições I, III e IV estão incorretas.

38ª Questão: Examine as seguintes alternativas e assinale a ***incorreta:***

a) Sem a citação não há processo em curso e, portanto, não há litispendência.
b) Havendo revelia depois da citação pessoal do réu, é inadmissível ação declaratória incidental por ausência de interesse processual, já que a relação jurídica prejudicial não se tornou controvertida.
c) O juiz da causa principal é o competente para o julgamento da ação declaratória incidental.
d) O julgamento da ação declaratória incidental dá-se juntamente com a ação principal, na mesma sentença, comportando impugnação por recurso de apelação.
e) É admissível ação declaratória incidental no procedimento sumário.

39ª Questão: Examine as seguintes proposições e assinale a alternativa ***incorreta*:**

a) Importa em inadmissibilidade do recurso a não juntada aos autos do processo, pelo agravante, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso.
b) O relator poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, não se tratando de provisão jurisdicional de urgência ou não havendo perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação.
c) Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença terminativa ou definitiva, ou que houver julgado procedente ou improcedente ação rescisória.
d) Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o tribunal pode julgar desde logo a lide se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.
e) As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

40ª Questão: Assinale a alternativa **correta:**

O pai que reiteradamente estupra a própria filha, com violência real, comete o delito em:

a) Concurso material.
b) Continuidade delitiva.
c) Continuidade delitiva específica.
d) Concurso formal com lesão corporal leve.
e) Concurso material com lesão corporal grave.

41ª Questão: Assinale a alternativa **correta:**

O médico que, no exercício da profissão, fornece atestado falso comete o crime de:

a) Falsidade ideológica.
b) Falsificação de documento particular.
c) Atestado ideologicamente falso.
d) Falsidade material de atestado.
e) Nenhum dos delitos anteriores.

42ª Questão: Assinale a alternativa **correta:**

O agente que preenche cheque assinado em branco, após dele se apossar indevidamente, comete o crime de:

a) Falsificação de documento particular.
b) Falsificação de documento público.
c) Estelionato.
d) Apropriação indébita.
e) Furto.

43ª Questão: Assinale a alternativa **correta:**

Para a configuração do crime de manutenção de casa de prostituição, é necessário que a proprietária:

a) Seja também prostituta.
b) Tenha intuito de lucro.
c) Faça mediação direta para o comércio sexual.
d) Comporte-se com habitualidade na ação.
e) Comporte-se sem habitualidade na ação.

44ª Questão: Assinale a alternativa **correta:**

A Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, fez inserir no artigo 312 do Código de Processo Penal a garantia da ordem econômica como causa justificadora da prisão preventiva. Uma das seguintes ações é assim considerada:

a) Falsificar nota fiscal relativa a operação tributável.
b) Prestar declaração falsa às autoridades fazendárias.
c) Fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos em documento exigido pela lei fiscal.
d) Vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência.

e) Deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.

45ª Questão: Assinale a alternativa **correta:**

Nos crimes cometidos através da imprensa, quando o autor do escrito estiver ausente do País:

a) Suspende-se o prazo prescricional.
b) Suspende-se o prazo decadencial.
c) Responsabiliza-se o diretor ou redator chefe do jornal ou periódico.
d) Extingue-se a punibilidade pela ausência do autor do escrito.
e) Nenhuma das hipóteses anteriores.

46ª Questão: Assinale, dentre as alternativas seguintes, a ***incorreta****:*

A revisão dos processos findos será admitida:

a) Quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos.
b) Quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos.
c) Quando da sentença condenatória pender embargos infringentes.
d) Quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.
e) A qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.

47ª Questão: Assinale, dentre as alternativas seguintes, a **correta:**

Em sede de Código de Processo Penal Brasileiro, o incidente de insanidade mental do acusado terá o seguinte tratamento:

a) O exame médico-legal somente poderá ser determinado na fase judicial.
b) Ao determinar o exame o juiz não fica obrigado à nomeação de curador ao acusado.
c) O juiz ordenará o exame médico-legal atendendo somente a requerimento do Ministério Público, do defensor, do ascendente, descendente ou cônjuge do acusado.
d) O incidente da insanidade mental processar-se-á em auto apartado, que só depois da apresentação do laudo será apenso ao processo principal.
e) O incidente da insanidade mental processar-se-á em auto apartado, que só depois da apresentação do laudo será juntado ao processo principal.

48ª Questão: Assinale, dentre as alternativas seguintes, a ***incorreta***:

No julgamento pelo Júri:

a) Terminado o relatório, o juiz, o acusador, o assistente e o advogado do réu e, por fim, os jurados que o quiserem, inquirirão sucessivamente as testemunhas de acusação.
b) Ouvidas as testemunhas de acusação, o juiz, o advogado do réu, o acusador particular, o promotor, o assistente e os jurados que o quiserem inquirirão sucessivamente as testemunhas de defesa.
c) Terminado o relatório, o acusador, o assistente e o advogado do réu e, por fim, os jurados que o quiserem inquirirão sucessivamente as testemunhas de acusação, de defesa e as referidas, por intermédio do juiz.
d) Os depoimentos das testemunhas de acusação e de defesa serão reduzidos a escrito, em resumo, assinado o termo pela testemunha, pelo juiz e pelas partes.
e) Quando duas ou mais testemunhas divergirem sobre pontos essenciais da causa, proceder-se-á à acareação entre elas.

49ª Questão: Assinale, dentre as alternativas seguintes, a **correta:**

Arguída por escrito, a falsificação de documento constante dos autos, o juiz observará o seguinte processo:

a) Ordenará a juntada da impugnação no processo principal e, em seguida, ouvirá a parte contrária, que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, oferecerá resposta.
b) Ordenará a juntada da impugnação no processo principal e, em seguida, ouvirá a parte contrária, que, no prazo de (três) dias, oferecerá resposta.
c) Assinará o prazo de 5 (cinco) dias, sucessivamente, a cada uma das partes, para prova de suas alegações.
d) Conclusos os autos, poderá ordenar as diligências que entender necessárias.
e) Se reconhecida a falsidade por decisão irrecorrível, manterá o documento nos autos do processo principal e determinará a abertura de vista ao Ministério Público.

50ª Questão: Assinale, dentre as alternativas seguintes, a ***incorreta***:

A nulidade ocorrerá por falta das fórmulas ou dos termos processuais, dentre outros casos, os seguintes:

a) A denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante.
b) A intervenção do Ministério

Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública.

c) A falta de nomeação de curador a réu menor de 21 (vinte e um) anos no interrogatório tomado em juízo, ainda que não tenha confessado a prática do crime e tenha-se apresentado àquele ato acompanhado de advogado legalmente constituído.
d) A sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri.
e) O recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido.

51ª Questão: Assinale, dentre as alternativas seguintes, a ***incorreta***:

a) O juiz, ao proferir sentença condenatória, mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer.
b) A sentença poderá ser datilografada (digitada) e neste caso o juiz a rubricará em todas as folhas.
c) O escrivão, dentro de 3 (três) dias após a publicação, e sob pena de suspensão de 5 (cinco) dias, dará conhecimento da sentença ao órgão do Ministério Público.
d) A intimação da sentença será feita ao réu, pessoalmente, se estiver preso.
e) A intimação da sentença será feita somente ao defensor dativo, não indicado pelo réu, quando este, ainda que possuidor de endereço e residência conhecidos, se livrar solto, ou, sendo afiançável a infração, tiver prestado fiança.

52ª Questão: Assinale, dentre as alternativas seguintes, a **correta:**

O réu tem direito à comutação de pena de uma sexta parte (de acordo com o Decreto n. 1.645/95, art. 2º, II), uma vez preenchidos os requisitos legais e as informações do parecer técnico. Poderá:

a) Requerer ao juízo da sentença condenatória o reconhecimento do benefício.
b) Requerer via *habeas corpus* a concessão do benefício para efeito de progressão de regime de cumprimento de pena.
c) Requerer ao Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça que inste o juízo da condenação para concessão do benefício.
d) Requerer ao juízo da execução penal para análise e concessão do benefício, para efeito de progressão de regime de cumprimento da pena.
e) Requerer ao juízo da exe-

cução penal o encaminhamento do pedido para o juízo da condenação para análise e concessão do benefício.

53ª Questão: Assinale, dentre as alternativas adiante, a **correta:**

Um silvícola condenado pelo Tribunal do Júri à pena de 12 anos de reclusão, por crime de homicídio, cumprirá pena:

a) Uma vez transitada em julgado a sentença condenatória será encaminhado à Penitenciária estadual de Chapecó.

b) Dentro das possibilidades o índio cumprirá a pena em regime de semiliberdade na aldeia de sua origem, fiscalizado pelo órgão de Proteção ao Índio.

c) Uma vez atendido o grau de integração (aculturamento) o silvícola cumprirá a pena em qualquer estabelecimento penal do sistema oficial de estabelecimentos de cumprimento de pena do Estado.

d) Permite-se ao silvícola condenado a aplicação de sanções penais de acordo com os costumes próprios, desde que não revistam caráter cruel ou difamante.

e) O silvícola, condenado à pena de reclusão, cumprirá em regime de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo de sua aldeia.

54ª Questão: Assinale, dentre as alternativas adiante, a **correta:**

Ao réu condenado por crime doloso contra a vida, considerado inimputável por insanidade, aplica-se medida de segurança:

a) Ao réu inimputável, considerado de alta periculosidade, a lei impõe ao magistrado a aplicação de medida de segurança, pelo tempo da pena aplicada.

b) Ao réu inimputável, absolvido por legítima defesa, a lei impõe ao magistrado a aplicação de medida de segurança em estabelecimento ambulatorial próprio, até comprovada sua recuperação.

c) Condenado por fato típico punível previsto em lei, ao réu inimputável, e de comprovada periculosidade, a lei impõe a aplicação de medida de segurança, em estabelecimento ambulatorial pelo mesmo período da pena aplicada.

d) Ao réu semi-imputável condenado por crime doloso, a lei impõe ao magistrado a aplicação de medida de segurança pelo tempo da pena corpórea aplicada, a ser cumprida no estabelecimento prisional.

e) Ao réu semi-imputável, condenado por crime doloso, a lei faculta ao magistrado a aplicação de medida de segurança, em substituição à pena corpórea quando os exames demonstrarem que o condenado necessita de especial tratamento curativo.

55ª Questão: Sobre os direitos outorgados à criança e ao adolescente pela Lei n. 8.069/90, assinale a alternativa ***incorreta:***

a) O direito à proteção à vida e à saúde se dá pela efetivação de políticas sociais que permitam o nascimento e desenvolvimento em condições dignas.
b) O direito de se opor a sua adoção será sempre respeitado, sob pena de nulidade do procedimento.
c) O direito ao respeito abrange a preservação dos objetos pessoais.
d) É assegurada a convivência familiar em ambiente livre da presença de dependentes químicos.
e) O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros.

56ª Questão: De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, assinale a alternativa **correta:**

a) A colocação da criança em família substituta estrangeira far-se-á apenas mediante tutela e adoção.
b) O reconhecimento de filho havido fora do casamento somente poderá ocorrer após o nascimento deste.
c) O estágio de convivência entre adotante e adotado previsto no ECA é requisito essencial da adoção, não podendo ser dispensado em qualquer hipótese.
d) A adoção produz seus efeitos somente a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto quando o adotante venha a falecer no curso do procedimento.
e) Os divorciados não podem adotar conjuntamente.

57ª Questão: Sobre o Conselho Tutelar, a que se reporta o Estatuto da Criança e do Adolescente, assinale, dentre as alternativas seguintes, a **correta:**

a) Em cada município deverá haver, pelo menos, um Conselho Tutelar, composto por cinco membros, escolhidos pela comunidade.
b) O local e horário de funcionamento do Conselho Tutelar são definidos através de portaria editada pela autoridade judiciária competente.
c) A remuneração dos conselheiros bem como os recursos necessários ao funciona-

mento do Conselho Tutelar serão definidos em lei estadual.

d) O candidato a membro do Conselho Tutelar deverá comprovar sua idoneidade moral, idade superior a dezoito anos, e ser domiciliado no município.

e) O Conselho Tutelar é órgão permanente, subordinado à autoridade judiciária local, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.

58ª Questão: Assinale, dentre as alternativas seguintes, a **correta:**

São órgãos de colaboração com o Poder Judiciário, além daqueles previstos em lei:

a) Os advogados do Juízo de Menores da Capital, da Justiça Militar e do Conselho Comunitário.

b) Os advogados do Juízo de Menores da Capital e do Conselho Comunitário.

c) Os advogados da Justiça Militar e do Conselho Comunitário.

d) Os advogados do Juízo de Menores da Capital, da Justiça Militar e da Polícia Judiciária.

e) Os advogados da Justiça Militar, do Conselho Comunitário e da Polícia Judiciária.

59ª Questão: Assinale, dentre as alternativas seguintes, a **correta:**

Conforme disposto no artigo 230 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado, haverá quatro quadros de antigüidade:

a) Dois para os desembargadores; um para os juízes de direito e um para os juízes substitutos.

b) Um para os desembargadores; dois para os juízes de direito e um para os juízes substitutos.

c) Um para os desembargadores; um para os juízes de direito e dois para os juízes substitutos.

d) Um para os desembargadores; um para os juízes de direito; um para os juízes substitutos e um para os juízes especiais.

e) Um para os desembargadores; um para os juízes de direito; um para os juízes substitutos e um para juízes cooperadores.

60ª Questão: Assinale, dentre as alternativas seguintes, a **correta:**

Os juízes de direito serão substituídos:

a) Pelo juiz substituto da respectiva circunscrição judiciária, dependente de convocação pelo Presidente do Tribunal.

b) Pelo juiz substituto da respectiva circunscrição judi-

ciária, ou de outra, a juízo do Corregedor-Geral da Justiça.

c) Pelo juiz substituto da respectiva circunscrição judiciária, ou de outra, a juízo do Conselho da Magistratura.

d) Pelo juiz substituto da respectiva circunscrição judiciária, independentemente de qualquer convocação; pelo juiz substituto de outra circunscrição, a juízo do Presidente do Tribunal.

e) Pelo juiz substituto da respectiva circunscrição judiciária, a juízo do Órgão Especial do Tribunal, ouvido o Conselho da Magistratura.

Florianópolis, 4 de agosto de 2002.

CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA CATARINENSE (2003)

Prova de Direito Civil: Tese

Na comarca de Chapecó, Carlos Alberto Rosa, com base nas disposições legais pertinentes, aforou Ação Ordinária de Cobrança, expondo, em resumo, ser credor dos irmãos Erivaldo Assunção e João Fabiano Assunção, na condição de emitentes, estando este último atualmente recolhido na Penitenciária local por prática de crime de estelionato, e Mário Francisco Silveira, na condição de avalista, por uma nota promissória no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), vencida em 10 de abril de 1999, já prescrita para fins executivos, promissória avalizada pelo último e devidamente protestada.

Formulou os requerimentos de praxe e atribuiu à causa o valor de R$ 25.000,00.

Em contestação, o acionado Erivaldo Assunção, um dos emitentes do título, expôs nada mais dever ao postulante, uma vez que, quando do seu vencimento, os litigantes ajustaram a renegociação do valor da promissória, alongando-se o prazo do pagamento para mais sete meses, majorado o valor do débito, pela inserção de juros remuneratórios e correção monetária, para R$ 29.400,00, emitidos, como pagamento, os cheques ns. 100201 a 100206, no valor individual de R$ 4.900,00, vencendo-se o primeiro em 10-6-99 e o último em 10-11-99.

Carreou com a contestação fotocópias dos cheques referidos, de cujos versos constam declarações do autor quanto à renegociação efetuada, declarado, em documento apartado, que o pagamento dos cheques quitaria a promissória que instruiu a ação de cobrança.

Trouxe aos autos, ainda, declaração do banco sacado, dando conta que os cheques foram apresentados, nas datas convencionadas, sendo des-

contados pelo demandante, corroborada essa declaração pelos pertinentes extratos de conta a comprovar o saque dos cheques em questão.

Concomitantemente, deduziu o requerido reconvenção, argumentando que, estando o autor a cobrar dívida já paga à época da propositura da ação, agiu de má-fé e com dolo intenso, devendo, pois, devolver o valor pretendido em dobro, por força do disposto no art. 940 do CC/2002.

De seu turno, João Fabiano Assunção, apesar de regularmente citado enquanto estava preso, deixou de contestar a ação, sendo, portanto, revel.

Por sua vez, Mário Francisco Silveira, avalista da promissória sob cobrança, na contestação que ofereceu, alegou, preliminarmente, a incompetência do juízo, dizendo ter domicílio na comarca de Quilombo, foro do pagamento do título, desimportando, para efeito de definição da competência territorial, o fato de que os demais réus tenham domicílio na comarca de Chapecó. No mérito, sustentou não ter qualquer relação jurídica com o autor, jamais tendo assumido qualquer obrigação no título, desde que a assinatura nele aposta não é sua, tendo sido grosseiramente falsificada. Requereu, por isso, a modificação da competência e, no mérito, a improcedência do pedido.

Por outro lado, ofereceu reconvenção contra o autor, postulando indenização, equivalente no mínimo ao valor do título, uma vez que, segundo veio a ter conhecimento, teve lavrado contra si protesto indevido, o que lhe acarretou danos morais, passíveis de reparação.

Por último, deduziu ação declaratória incidental negativa contra o autor, asseverando não ter, jamais, assumido a condição de avalista do título questionado, sendo falsa a assinatura nele lançada como sua. Pleiteou, a final, que o juiz declare por sentença a inexistência da relação jurídica, nos termos do art. 5º do CPC, em razão da falsificação apontada.

O autor refutou os termos da contestação, da reconvenção e da declaratória incidental.

Na declaratória incidental foi realizada perícia grafotécnica, tendo as conclusões emitidas pelo perito judicial sido encampadas pelos assistentes técnicos indicados pelas partes, afirmando a falsificação da assinatura de Mário Francisco Silveira aposta na promissória em cobrança.

No transcurso do processo, Carlos Alberto Rosa cessionou todos os direitos relativos ao crédito representado pelo título cambial, objeto da lide, para Eduardo Silva, tendo este requerido ao Juízo a substituição do autor por ele na relação processual. Diante da negativa dos réus, alegando, em suma, a condição de insolvência de Eduardo, capaz de inviabilizar a futura execução, este postulou sua admissão no feito, na condição de assistente litisconsorcial.

Em razões finais, o autor e o assistente pugnaram pela procedência do pedido e os réus pela procedência das reconvenções.

Por sua vez, o avalista Mário Francisco Silveira pugnou pelo acolhimento da declaratória incidental.

Sr. Candidato

Com base nos elementos fornecidos, profira sentença, resolvendo os incidentes processuais e decidindo a ação, as reconvenções e a declaratória incidental, fazendo um relatório sucinto.

Boa Sorte!

CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA CATARINENSE

Prova Técnica – Sentença Penal

O candidato poderá apresentar relatório sucinto, podendo, se quiser, reportar-se aos fatos da denúncia, limitando-se a indicar a capitulação do crime.

No dia 29 de julho, de 2000, Benildo e Diógenes, que se conheciam há 4 (quatro) anos, quando se viram pela última vez, encontraram-se, ocasionalmente, no "Bar da Peta", na cidade de "Colchões", pertencente à comarca "Alfa", local sabidamente freqüentado por pessoas de má reputação. Na oportunidade, Diógenes apresentou a Benildo seu amigo Arduino, a quem conhecera, recentemente, tendo os três, por inspiração de Benildo, montado um plano com o único objetivo de seqüestrar a menor Minilda, de 16 (dezesseis) anos, para extorquir dinheiro de seu pai Leogildo, empresário dos mais destacados no seu ramo de negócios. Combinaram, então, que Benildo, na volta a casa, detalharia o plano a Valentina, sua companheira, a quem incumbiria atrair Minilda à armadilha urdida. Assim feito, ao final da tarde do dia seguinte, sabendo que a menor estaria sozinha em casa, na volta do colégio, Valentina, de um telefone público, próximo, fez uma ligação à estudante, apresentando-se como atendente de um hospital local. Disse-lhe a falsa funcionária que Leogildo, seu pai, acometido de um mal súbito, acabara de dar entrada naquele nosocômio, para lá levado por Nicota, sua mãe, que pedia a sua presença no local, incumbindo-a de buscá-la. Pediu Valentina, encerrando a ligação, que Minilda estivesse pronta em 10 (dez) minutos, quando, acompanhada de um motorista do hospital, na verdade Benildo, seu companheiro, passaria em sua residência para apanhá-la. No tempo aprazado, Valentina apresentou-se à menor, que já estando pronta e demonstrando ansiedade e preocupação pela notícia que acabara de receber,

apressou-se em acompanhá-la até o carro, no qual já se encontrava Benildo. Após estarem com a vítima no veículo, Benildo e Valentina deixaram a cidade e, comunicando a Minilda que se tratava de um seqüestro, disseram-lhe que ficasse calma, porque seria em breve devolvida à família, tão logo recebessem o preço do resgate. Rumaram com ela para uma praia, que embora freqüentada por alguns turistas na temporada de verão, sabiam-na, agora, deserta, por correr o mês de agosto, estação de inverno.

Chegando ao destino, no município de "Embulhos", distante 70 (setenta) quilômetros do local do seqüestro e pertencente à comarca "Beta", Benildo e Valentina dirigiram-se a uma casa de propriedade de uma família de turistas que só a freqüentava no verão. Ali já se encontravam Arduino e Diógenes, que não tiveram dificuldades em entrar na residência, forçando uma porta lateral, escolhendo-a, previamente, como cativeiro, por se encontrar distante das demais ali existentes, embora houvessem, antes, se certificado de que ninguém, nem mesmo pescadores, pela condição do mar, freqüentava a praia à época.

Na mesma noite, em face do plano anteriormente arquitetado, Benildo, Valentina e Diógenes partiram do local, no carro de Benildo, ali permanecendo Arduino, o mais jovem deles, com 20 (vinte) anos de idade, com a missão específica de vigiar e cuidar de Minilda, a quem, antes da partida, deixaram imobilizada num dos quartos da residência invadida. Pouco depois da partida, Benildo, Valentina e Diógenes chegaram a "Milharal", na comarca "Gama", onde tinham suas respectivas moradias, distante 50 (cinqüenta) quilômetros do local do cativeiro, e onde deveria ser entregue o dinheiro do resgate. Combinaram, ainda, antes de partir, na presença de Arduino, que os contatos com a família de Minilda seriam feitos por Benildo e Valentina, o primeiro deles depois de 72 (setenta e duas) horas, cabendo a Diógenes buscar o resgate no local que seria oportunamente indicado a Leogildo, pai da menor seqüestrada.

No dia seguinte, enquanto Benildo, Valentina e Diógenes permaneceram em suas respectivas casas, trocando apenas algumas ligações, rememorando o plano, Arduino, embora advertido severamente por seus comparsas para não molestar, de qualquer forma, a menor, estando, contudo, sozinho, com ela e sentindo fermentar a sua libido, resolveu estuprá-la depois que esta negou-se a ceder aos seus objetivos lascivos. Para tanto, usando de violência que lhe provocou lesões leves, denunciadas ao Juizado Especial Criminal, jogou a estudante sobre a cama, e após baixar-lhe a calcinha até os joelhos, aos gritos insistentes dela, acabou por deixá-la, e, após amordaçar-lhe a boca com uma peça de roupa e amarrar-lhe à cama, retirou-se para outro compartimento da residência. Ocorreu-lhe, então, a idéia de praticar alguns furtos nas poucas casas ali existentes. Seguro de que a menor estava com-

pletamente imobilizada, incapaz de qualquer ação, saiu à rua para pôr em prática os seus planos. Utilizando-se de um ferro, arrombou a porta da primeira casa, penetrou no seu interior, de onde subtraiu um rádio, um relógio de parede e um tocafitas, acomodando-os, todos, num lençol que encontrou num dos armários do quarto de casal. Na seqüência, e valendo-se do mesmo *modus operandi*, adentrou em duas outras casas, subtraindo de uma peças de roupa, e da outra, uma bicicleta. À saída, vendo uma outra casa, mais distante, e tendo, agora, a seu dispor, a bicicleta furtada, resolveu praticar mais um furto. Para surpresa sua encontrou a porta da residência apenas encostada, não tendo, pois, qualquer dificuldade em ganhar o seu interior, de onde subtraiu, semi-novos, dois pares de tênis e dois agasalhos esportivos. De volta à bicicleta, e como não pudesse pedalá-la, equilibrando os objetos furtados, abandonou-a no local, fazendo a pé o percurso até o cativeiro.

Lá chegando, e após esconder o produto dos furtos praticados, dirigiu-se ao quarto onde estava a menor, encontrando-a na mesma posição em que a deixara. De pronto, tirou-lhe a mordaça da boca, e, aos gritos dela, deu-lhe um soco, cujo auto de exame complementar revelou que em face das lesões sofridas não pôde freqüentar as aulas por mais de 30 (trinta) dias.

No dia aprazado, passadas 72 (setenta e duas) horas do seqüestro, Valentina, de um telefone público, fez o primeiro contato com o pai da menor, comunicando-lhe o seqüestro, pedindo-lhe, na ocasião, o número de seu telefone celular, por intermédio do qual seriam feitos os contatos seguintes, informando-lhe, ainda, o preço do resgate, no valor de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Não tendo, no dia seguinte, como acertado, recebido novas ligações, preocupado, Leogildo relatou os fatos à Polícia Civil, que passou, então, a acompanhar o caso, buscando identificar os seqüestradores e libertar a vítima, tendo os policiais, de imediato, mediante ordem judicial, interceptado o telefone celular de contato, conseguindo constatar, com a providência, que as ligações, depois reestabelecidas, provinham de determinado telefone público. Retornando ao local, para um novo contato com a família da menor, Benildo suspeitou da presença de duas pessoas nas proximidades, reconhecendo em uma delas um antigo policial, que conhecera, de vista, há mais de 10 (dez) anos em outra comarca. Certo de que a Polícia já estava a par do seqüestro, sem se deixar notar, retornou à sua casa, onde comunicou a Valentina a sua desconfiança, tendo, então, após o assentimento da companheira, telefonado a Diógenes, quando, ao final da conversa, resolveram abandonar a empreitada, intuindo o seu insucesso. Imediatamente Benildo que era o líder do grupo, comunicou-se com Arduino, e, colocando-o a par do ocorrido, determinou-lhe que liberasse a menor, orientando-o para que deixasse o cativeiro pela madrugada e que recomendasse a ela só o fizesse pela manhã,

quando a luz do sol a ajudaria a encontrar o caminho até a estrada principal, onde certamente encontraria socorro.

Assim feito, passando à menor as recomendações recebidas, depois de livrá-la das amarras, Arduino deixou o cativeiro, levando os objetos furtados, e, margeando a praia, depois de uma hora, chegou a um vilarejo povoado. Ali, escondendo a carga dentro de um mato alto, saiu à procura de um táxi que o levasse à sua residência. Encontrando-o, voltou ao local onde deixara os objetos. Com o auxílio do taxista Janildo, colocou o fardo no veículo, aceitando aquele o frete, mesmo sabendo que estava transportando produto de crime.

Entrementes a menor, fiel às recomendações recebidas de Arduino, no meio da manhã, abatida, alcançou a estrada, onde conseguiu carona com um motorista, que, cientificado por ela do ocorrido, levou-a ao posto policial mais próximo, de onde fez contato com sua família, chegando, após, em casa.

Passados os primeiros dias, e como apesar das investigações, agora mais ostensivas, não obtivesse qualquer pista de quem seriam os seqüestradores, a polícia resolveu ouvir a menor, que, embora relutante, acabou por apontar Arduino como a pessoa que a acompanhou no cativeiro, apesar dos cuidados deste em não lhe mostrar o rosto.

Detido Arduino em sua residência, na cidade de "Milharal", na revista que procederam, os policiais encontraram, entre outros objetos, os dois pares de tênis e os agasalhos furtados por ele em uma das casas, suspeitando, pela grife, que eram produto de furto. Levado à Delegacia de Polícia, após negar, inicialmente, o seqüestro e os furtos, Arduino, finalmente, acabou por confessá-los nos mínimos detalhes, inclusive as demais condutas praticadas contra Minilda, apontando Benildo, Valentina e Diógenes como co-autores do primeiro delito, além de indicar o taxista que o ajudou a transportar os objetos furtados.

Na seqüência, aguardando o momento oportuno, porém, no mesmo dia, os policiais fizeram a detenção de Benildo e de Valentina quando entravam em sua casa, encontrando, em seu interior, onde lhes foi permitido o acesso, grande quantidade de maconha e cocaína, alojadas num compartimento camuflado por uma porta falsa. Junto aos estupefacientes encontraram os policiais todos os petrechos que indicavam o tráfico em grande escala. Num armário, descobriram, também, colecionadas, mês a mês, 30 (trinta) faturas telefônicas devidamente quitadas, revelando ligações feitas da casa, geralmente de madrugada, para outros locais, fora do Estado, sabidamente matrizes do comércio ilícito de entorpecentes. Um caderno, com nomes de pessoas — ao lado de cada qual, números, valores e datas, obedecendo estas uma seqüência, iniciada em 1999 — foi encontrado, igualmente, na busca efetuada.

Levados à Delegacia de Polícia local, comarca "Gama", a autoridade policial lavrou contra eles e contra Arduino, que lá já se encontrava detido, auto de prisão em flagrante em face de todas as condutas aos três atribuídas, remetendo-o no prazo à autoridade judicial, que, por sua vez, o remeteu, por entendê-lo competente, ao seu colega da comarca "Alfa", de entrância inicial, como as outras duas.

Nesta comarca, o magistrado relaxou a prisão de todos, decretando, no entanto, na seqüência, a prisão preventiva deles e de Diógenes.

No tocante a Diógenes, ao ser encontrado, dias após, numa diligência policial de rotina, opôs-se firmemente à prisão, desacatando e ameaçando de mal injusto os policiais, um civil e um militar, Retílio e Somálio, respectivamente, que, a muito custo, conseguiram finalmente dominá-lo, levando-o, algemado, para a Delegacia de Polícia, numa viatura da Polícia Militar, na qual foi agredido severamente no percurso pelos dois agentes públicos.

Diante desse quadro, descrito na denúncia — e em face, também, do laudo pericial definitivo de identificação de substância entorpecente e do que constatou o arrombamento nas casas furtadas por Arduino; do termo de reconhecimento e entrega a seus proprietários de todos os objetos furtados; e, considerando ainda o boletim de ocorrência registrado pelo pai de Minilda, noticiando o ocorrido com sua filha, desde o seu arrebatamento até a sua soltura, e tendo presente, finalmente, o auto de exame de lesões corporais, informando que Diógenes, em face das lesões sofridas, ficou incapacitado por mais de 30 (trinta) dias — o Dr. Promotor de Justiça da comarca "Alfa" ofereceu denúncia, imputando a Arduino, Benildo, Valentina e Diógenes, em co-autoria, o cometimento das infrações constantes dos arts. 150, § 1º, 159, § 1º, e 288, *caput*, do Código Penal. Benildo e Valentina foram denunciados ainda nas penas dos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/76. Quanto a Arduino, foi incurso também nas sanções dos arts. 213, *caput*, c/c o art. 14, inciso II, 155, § 4º, inciso I (três vezes), e 155, *caput* (uma vez), todos, do CP. A Diógenes foram imputados, além dos delitos praticados, em co-autoria, aqueles constantes dos arts. 147, 329 e 331, do estatuto repressivo. Janildo, o taxista, foi denunciado nas penas do art. 180, *caput*, do CP. Finalmente, Retílio e Somálio, os dois policiais, restaram denunciados por infração ao delito definido no art. 129, § 1º, inciso I, do CP.

Recebida a denúncia, no dia 25 de outubro de 2000, interrogados os acusados, Arduino acompanhado de curador, por ser comprovadamente menor, todos, sem exceção, confessaram, em detalhes, as condutas que lhes foram atribuídas na peça acusatória.

Após a defesa prévia, o defensor comum de Benildo e Valentina peticionou, requerendo a oitiva de duas testemunhas.

Na audiência de inquirição daquelas arroladas na denúncia, não se fez presente, apesar de regularmente intimado, o defensor constituído de Janildo, que, no entanto, justificou a ausência, pedindo o adiamento do ato. Na ocasião foram ouvidas duas testemunhas, marido e mulher, vizinhos de Leogildo, que, estando à janela de sua casa, viram quando Minilda, seguida de Benildo e de Valentina, a quem reconheceram na audiência, entrou, acompanhada de ambos, no veículo do casal, embora não lhes ocorresse, minimamente, que a menor estivesse sendo seqüestrada. Foram ouvidas, também, na ocasião, as vítimas dos delitos de furto e o marceneiro que consertou as portas arrombadas, além de duas outras testemunhas que presenciaram a conduta hostil de Diógenes perante os policiais que lhe fizeram a prisão.

As testemunhas de defesa, de cada réu, na maioria, parentes e amigos, prestaram depoimentos apenas abonatórios, alegando nada saberem a respeito dos fatos.

Na fase do art. 499, as partes nada requereram.

Nas alegações finais, o Dr. Promotor de Justiça, no tocante às agressões sofridas por Diógenes, tendo em vista o exame complementar que o dando por restabelecido antes de decorridos 30 (trinta) dias, mas ante a afirmação, circunstanciada, ali constante, de que sofreu perigo de vida, alterou a capitulação constante da denúncia para o art. 129, § 1º, inciso II, do CP. De resto, pediu a condenação de todos nas penas que lhes foram atribuídas.

Arduino, Benildo, Valentina e Diógenes, por seus respectivos advogados, alegaram, em preliminar, a incompetência da comarca "Alfa". No mérito, pelas razões deduzidas, requereram as suas absolvições no tocante aos delitos descritos nos arts. 150, § 1º, e 288, *caput*, requerendo o mesmo em relação àquele constante do art. 159, § 1º, aduzindo que não usaram de violência ou grave ameaça para retirar a menor de sua casa, e, ainda que o tivessem feito, desistiram voluntariamente de consumá-lo. Com referência ao mesmo delito, não sendo atendidos em suas pretensões absolutórias, pleitearam, alternativamente, a desclassificação para a forma tentada, ou, ainda, para a conduta definida no art. 148 do CP. Quanto a Benildo e Valentina, no que toca aos delitos constantes da Lei n. 6.368/76, postularam a desclassificação para o art. 12, c/c o art. 18, inciso III. Arduino, demonstrando documentalmente que um dos peritos que procedeu ao laudo de arrombamento foi o mesmo que efetuou a apreensão dos objetos furtados, requereu, com base na Súmula 361 do STF, a desclassificação dos delitos de furto qualificado para furto simples, tendo requerido, ainda, no que concerne ao furto da bicicleta, a aplicação do art. 16 do CP, dizendo, por fim, que não cometeu o delito de estupro, na forma tentada. Janildo alegou não haver cometido a infração pela qual foi acusado, requerendo, por isso, a sua absolvição. Quanto às

agressões sofridas por Diógenes, alegou a defesa, contra as provas que foram provocadas por ele próprio, quando, tentando fugir, bateu violentamente com a cabeça nas grades da viatura, em movimento, vindo a ferir-se. Em relação, ainda, a Diógenes, este requereu a absolvição no tocante às demais imputações.

Certificados os antecedentes, verificou-se que Arduino, Benildo, Valentina e Diógenes, embora tecnicamente primários, já foram condenados anteriormente aos fatos do presente processo, por crimes dolosos, inexistindo registros em relação aos demais acusados.

Conclusos os autos para sentença, foi prolatada com observância do art. 381 do CPP, no dia de hoje, abordando todos os aspectos processuais e penais constantes da tese.

PROVA TÉCNICA

1ª Questão: Sobre o sistema constitucional brasileiro de controle de constitucionalidade, é **correto** afirmar:

a) A cautelar concedida em ação direta de insconstitucionalidade tem o condão de restaurar provisoriamente a vigência do direito revogado pela norma impugnada.

b) Os tratados internacionais não podem ser objeto de impugnação em sede de controle abstrato de normas.

c) A liminar concedida em sede de controle abstrato de normas há de ter sempre eficácia *ex tunc*.

d) É admissível a argüição de inconstitucionalidade de norma constitucional originária.

e) Nenhuma das alternativas é correta.

2ª Questão: A respeito dos direitos e garantias individuais, previstos na Constituição Federal, é **correto** afirmar:

a) Os direitos e garantias individuais, protegidos por cláusula pétrea, são apenas aqueles elencados no capítulo relativo aos direitos individuais.

b) Não só as normas relacionadas no capítulo dos direitos fundamentais, mas também outras normas consagradoras desses direitos constantes do texto constitucional podem estar gravadas com a cláusula de imutabilidade.

c) Não podem ser regulamentados por medida provisória.

d) O legislador ordinário pode alterar completamente a conformação de determinados direitos fundamentais.

e) Nenhuma das alternativas é correta.

3ª Questão: Sobre extradição, é **correto** afirmar:

a) A Constituição Brasileira admite a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.
b) É admitida a extradição de brasileiro naturalizado, por crime comum, desde que praticado após a naturalização.
c) O brasileiro naturalizado poderá ser extraditado na hipótese de comprovado envolvimento com o tráfico de drogas.
d) É legítima a extradição de brasileiro naturalizado por crime político, praticado após a naturalização.
e) Nenhuma das alternativas é correta.

4ª Questão: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes Públicos, consoante a Carta Constitucional, deverá obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sendo **correto** afirmar que:

a) É permitida a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público.
b) Os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário.
c) A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverão ter caráter educativo, informativo ou de promoção pessoal de autoridades públicas.
d) A administração fazendária e seus servidores fiscais não podem ter, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos.
e) Nenhuma das alternativas é correta.

5ª Questão: Produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal:

a) Na argüição de descumprimento de preceito fundamental.
b) Na ação direta de inconstitucionalidade.
c) Nas ações relativas a tratados.
d) Na ação declaratória de constitucionalidade.
e) Nenhuma das alternativas é correta.

6ª Questão: É vedada a edição de medida provisória:

a) Relativa à nacionalidade, à cidadania e aos direitos políticos, ressalvadas as matérias pertinentes a partidos políticos e direito eleitoral.

b) Que visem ao seqüestro de bens, ou de poupança popular, ressalvados outros ativos financeiros.

c) Sobre matéria reservada à lei complementar.

d) Sobre matéria não disciplinada em projeto de lei do Congresso Nacional.

e) Nenhuma das alternativas é correta.

7ª Questão: Existem alguns princípios de obediência obrigatória na interpretação constitucional. Sobre o assunto, é **correto** afirmar:

a) O princípio da unidade da Constituição traduz o entendimento de que dois princípios aparentemente contraditórios, do ponto de vista jurídico, são passíveis de harmonização.

b) A uma norma constitucional tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê, uma vez que na Constituição não devem existir normas tidas por não jurídicas, e todas têm de produzir algum efeito.

c) Os preceitos constitucionais devem ser interpretados não apenas pelo que explicitamente postulam, mas também de acordo com o que implicitamente encerram.

d) Todas as alternativas são corretas.

e) Nenhuma das alternativas é correta.

8ª Questão: O sistema constitucional brasileiro conhece dois critérios de controle de constitucionalidade: o controle difuso e o controle concentrado, que se distinguem um do outro porque:

a) O primeiro verifica-se quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário; e, o segundo, apenas a uma Corte especial.

b) No primeiro, a declaração da inconstitucionalidade não revoga a lei questionada, mas pode determinar a sua anulação.

c) A eficácia do primeiro é *erga omnes* e a do segundo, *inter partes*.

d) A competência do Senado para suspender lei declarada inconstitucional aplica-se somente ao primeiro.

e) Nenhuma das alternativas é correta.

9ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

a) As leis de ordem pública aplicam-se independentemente da proteção ao direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

b) O mandado de injunção coletivo é plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira.

c) O princípio da presunção de inocência é incompatível com a prisão preventiva.

d) Os direitos previstos em tratado internacional têm, no ordenamento jurídico brasileiro, hierarquia constitucional.
e) Nenhuma das alternativas é correta.

10ª Questão: Dentre os atos normativos abaixo enumerados, assinale aquele que **não é** objeto próprio da ação direta de inconstitucionalidade proposta perante o Supremo Tribunal Federal:

a) Medida Provisória.
b) Emenda à Constituição.
c) Decreto regulamentador de lei.
d) Dispositivo de Lei Municipal em face da Constituição Estadual.
e) Nenhuma das alternativas é correta.

11ª Questão: Considerando as disposições do Código Civil de 2002, assinale a alternativa **correta**:

a) A menoridade cessa aos 21 (vinte e um) anos completos.
b) O menor que com 16 (dezesseis) anos completos mantenha relação de emprego e, em função dela, tenha economia própria tem capacidade plena.
c) A colação de grau em curso de ensino superior apenas converte a incapacidade total em incapacidade relativa.
d) É admitida a emancipação de menor com 16 anos completos, por instrumento particular, desde que autenticadas as firmas dos pais e homologada judicialmente.
e) A emancipação do menor com 16 anos completos, ainda que feita por escritura pública, depende, para a sua validade, de homologação judicial.

12ª Questão: Aplicando as disposições do Código Civil de 2002, assinale a alternativa **incorreta**, relativamente à Curadoria dos Bens do Ausente:

a) O cônjuge do ausente, separado de fato há menos de 2 (dois) anos antes da declaração de ausência, é seu legítimo curador.
b) Viúvo o declarado ausente, legítimo curador será o seu pai.
c) No exercício da curadoria dos bens do ausente, o filho mais velho prefere ao mais novo.
d) Na falta de cônjuge vivo, de ascendentes ou descendentes do ausente, legítimo curador de seus bens será o colateral mais próximo.
e) Na falta de cônjuge vivo, de ascendentes ou descendentes do ausente, incumbe ao juiz a escolha do curador.

13ª Questão: A lesão é vício de consentimento previsto no atual Código Civil. Assinale, então, dentre as alternativas seguintes, a **incorreta**:

a) A lesão tem como um dos seus pressupostos a premente

necessidade daquele que se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

b) A lesão ocorre, também, quando alguém, por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

c) A lesão não é causa de anulação do negócio jurídico se o favorecido concordar com a redução do proveito que obteve.

d) A desproporção entre as prestações há de considerar, para que haja lesão, os valores vigentes quando da celebração do negócio jurídico.

e) Há lesão ainda quando a manifesta desproporcionalidade entre o valor da prestação a que se obriga alguém e o valor da prestação oposta decorrer de fato superveniente.

14ª Questão: Assinale, considerando as normas do Código Civil de 2002, dentre as alternativas seguintes, a **incorreta**:

a) Nas hipóteses em que a lei excluir a prova testemunhal, serão admitidas as presunções legais e as presunções não legais.

b) Nos casos em que a lei excluir a prova testemunhal, serão admitidas apenas as presunções legais.

c) A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

d) Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não pode aproveitar-se de sua recusa.

e) Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato a que não possa responder sem desonra de amigo íntimo.

15ª Questão: Considerando os dispositivos do Código Civil de 2002, assinale a alternativa **correta**:

a) O devedor pode opor a todos os credores solidários as exceções pessoais que tiver contra um deles.

b) O julgamento contrário a um dos credores solidários atinge todos os demais credores solidários.

c) De regra, o julgamento favorável a um dos credores solidários aproveita os demais credores solidários.

d) Mesmo que o julgamento favorável a um dos credores solidários se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve, aproveita aos demais credores solidários.

e) A conversão da prestação em perdas e danos faz desaparecer a solidariedade ativa.

16ª Questão: Assinale, dentre as afirmações a seguir, qual a **correta**,

considerando-se as disposições do Código Civil de 2002:

a) A validade da assunção de uma dívida, por terceiro, independe da anuência expressa do credor.
b) A assunção da dívida não exonera o devedor primitivo, ficando a sua obrigação intacta até que o assuntor cumpra a obrigação.
c) As garantias especiais, originariamente dadas pelo devedor primitivo ao credor, extinguem-se a partir da assunção por terceiro da dívida garantida, não subsistindo mesmo que o devedor primitivo concorde expressamente com ela.
d) O novo devedor pode opor ao credor as exceções pessoais que cabiam ao devedor primitivo, exceções que se transferem ao assuntor como efeito da própria assunção da dívida.
e) Em se tratando de imóvel hipotecado, aquele que o adquirir pode tomar a seu cargo o pagamento do débito garantido, validando-se a transferência do débito se o credor, notificado, não impugnar essa transferência no prazo de 30 (trinta) dias.

17ª Questão: Com relação aos Contratos com Pessoa a Declarar (arts. 467 a 471, CC/2002), assinale a alternativa **correta**:

a) A aceitação do nomeado poderá ser feita verbalmente, mesmo que o contrato tenha sido realizado por escrito.
b) Os direitos e obrigações da pessoa indicada, uma vez aceita a nomeação, não retroagem à data da celebração do contrato.
c) Inexistente indicação de pessoa, no prazo previsto no Código Civil (5 dias) ou em outro estipulado pelas partes, o contrato se extingue.
d) Se a pessoa a nomear era incapaz no momento da nomeação, o contrato não produz efeitos em relação aos contratantes originários.
e) Todas as alternativas são incorretas.

18ª Questão: Em tema de Doação, consideradas as disposições do Código Civil em vigor, é **correto** afirmar-se que:

a) É válida a estipulação, pelo doador, de que os bens doados revertam ao patrimônio de terceiro, sobrevivendo ele ao donatário.
b) De regra, a doação em comum a mais de uma pessoa entenda-se distribuída entre elas por igual, entretanto, se os donatários forem marido e mulher, a doação subsistirá na sua totalidade para o cônjuge sobrevivo na hipótese de morte de um deles.
c) O doador pode renunciar antecipadamente ao direito de

revogar a doação por ingratidão do donatário.

d) A doação não pode ser revogada, no caso de calúnia praticada contra o doador pelo donatário, se este é descendente do doador.

e) No caso de homicídio doloso, praticado pelo donatário contra o doador, o direito à revogação pode ser exercido pelos herdeiros do donatário, ainda que o doador houver externado, de forma válida, o seu perdão.

19ª Questão: No que diz respeito ao Empréstimo, regulado pelo novo Código Civil em seus arts. 579 a 592, englobando o Comodato e o Mútuo, pergunta-se qual das alternativas abaixo é **incorreta**:

a) Constituído em mora o comodatário, somente o juiz terá poderes para arbitrar o aluguel a ser pago ao comodante até a restituição, não sendo válido o arbitramento feito unilateralmente pelo comodante.

b) O mútuo feito a menor pode ser reavido dele ou de seus fiadores caso o empréstimo tenha revertido a seu favor.

c) No mútuo destinado a fins econômicos não se presume ser ele gratuito, ainda que não fixados juros.

d) No mútuo destinado a fins econômicos, os juros podem ser capitalizados anualmente.

e) No contrato de mútuo, os juros não podem ser estipulados à taxa excedente àquela que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

20ª Questão: Referentemente ao contrato de Empreitada, previsto nos arts. 610 a 626 do Código Civil em vigor, qual das alternativas abaixo é **correta**:

a) O contrato para elaboração de um projeto implica na obrigação de fiscalizar-lhe a execução.

b) O dono da obra não poderá pleitear a revisão do preço global convencionado, mesmo que haja diminuição do preço do material ou da mão-de-obra e essa diminuição for superior a um décimo do preço global ajustado.

c) Após iniciada a construção, não pode o dono da obra suspender-lhe a execução, ainda que pague ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização de lucros cessantes.

d) O empreiteiro poderá suspender a obra se no decorrer dos serviços se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas ou outras semelhantes, quando implicarem em excessiva onerosidade da em-

preitada, opondo-se o dono da obra ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado.

e) O contrato de empreitada sempre se extingue pela morte de qualquer das partes.

21ª Questão: Consideradas as disposições do Código Civil em vigor, assinale, dentre as alternativas abaixo, a **correta**:

a) Além da propriedade, a enfiteuse também esta inscrita como direito real.
b) A anticrese não se constitui em direito real de garantia.
c) O direito do promitente comprador do imóvel constitui-se em direito real.
d) A habitação e o uso não são previstos como direitos reais.
e) As rendas expressamente constituídas sobre imóveis caracterizam-se como direitos reais.

22ª Questão: Considerando-se a disciplina introduzida pelo novo Código Civil, identifique o candidato a resposta **incorreta**:

a) De regra, para a validade do aval prestado por um dos cônjuges, é necessária a autorização do outro cônjuge.
b) De regra, para a validade da fiança prestada por um dos cônjuges, é indispensável a autorização do outro cônjuge.
c) No regime de separação absoluta de bens, para a validade da fiança e do aval prestados por um dos cônjuges, faz-se indispensável a autorização do outro.
d) Exceto no regime de separação absoluta de bens é sempre necessária a autorização do outro cônjuge para a validade da fiança e do aval prestados.
e) O juiz pode suprir a outorga do cônjuge que se recusar, sem justo motivo, a autorizar a prestação de fiança ou aval.

23ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta**:

a) Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzirão a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais, apenas após homologados por sentença.
b) O autor poderá desistir da ação, mesmo após a citação, mas antes de decorrido o prazo de resposta, sem o consentimento do réu.
c) A desistência da ação não obsta o prosseguimento da reconvenção.
d) Os atos judiciais que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, como os atos jurídicos em geral, podem ser rescindidos por ação anulatória, descabendo a ação rescisória.

e) O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

24ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta**:

A superveniência das férias forenses:

a) Interrompe o curso dos prazos processuais.
b) Não suspende os atos de jurisdição voluntária.
c) Não suspende as causas de procedimento sumário elencadas no art. 275.
d) Não suspende a prática de atos processuais consistentes, dentre outros, em separação de corpos, embargos de terceiro e nunciação de obra nova.
e) Operada a citação, a fim de evitar perecimento de direito, a resposta do réu só começará a fluir no primeiro dia útil seguinte às férias.

25ª Questão: Sobre prazo processual, assinale a alternativa **incorreta**:

a) Os prazos processuais normalmente são prescritos em lei. Sendo a lei omissa, o juiz os determinará, tendo em conta a complexidade da causa.
b) O intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo – calcado no princípio da efetividade e da instrumentalidade, tendo em mira que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito.
c) Constitui abuso de poder a fixação de prazo exíguo pelo juiz, de forma a dificultar ou impedir a prática do ato processual pela parte ou interessado, bem como dilatá-lo a ponto de proporcionar desmesurada vantagem para uma parte em detrimento da outra.
d) Suspende-se o curso do prazo por obstáculo criado pela parte, hipótese em que será restituído pelo tempo igual ao que faltava para a sua complementação.
e) Podem as partes, de comum acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios.

26ª Questão: Examine as seguintes proposições e assinale a alternativa **incorreta**:

a) Ainda que ordenada por juiz incompetente, a citação interrompe a prescrição;
b) Considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória.
c) A falta ou a nulidade da citação no processo de conhecimento, ocorrendo a

revelia, possibilita a desconstituição da sentença nos embargos à execução;

d) Oferecida a reconvenção, o autor reconvindo será citado pessoalmente para contestar, no prazo de quinze dias.

e) A lei processual não veda a reconvenção de reconvenção, sendo a hipótese cabível em tese, como uma das formas de *resposta* do reconvindo.

27ª Questão: Examine as seguintes proposições e assinale a alternativa **incorreta**:

a) Pelo princípio da *perpetuatio jurisditionis* determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. Assim as mudanças de domicílio do réu, depois de ajuizada a demanda, não alteram a competência, já estabilizada com a propositura da ação.

b) Compete exclusivamente à autoridade judiciária brasileira conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil, ainda que pertencentes a estrangeiro.

c) Regem a competência em razão do valor e da matéria as normas de organização judiciária.

d) O Supremo Tribunal Federal é competente para conhecer de mandado de segurança contra atos dos Tribunais de Justiça dos Estados ou de seus respectivos órgãos.

e) A competência para a ação popular determina-se pela origem do ato a ser anulado. Assim, se o ato é do Prefeito, acusado de má aplicação de recursos públicos, a competência é da justiça comum, ainda que a verba seja oriunda da União.

28ª Questão: Ainda sobre competência, examine as seguintes proposições, apontando a alternativa **incorreta**:

a) Em processo de conhecimento, admitida a assistência simples de empresa pública federal, desloca-se a competência para a Justiça Federal.

b) Compete ao Tribunal Regional Federal dirimir conflito de competência verificado, na respectiva região, entre juiz federal e juiz estadual investido de jurisdição federal.

c) Compete à Justiça Estadual, excluídas as reclamações trabalhistas, processar e julgar os feitos relativos à movimentação do FGTS.

d) As causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara federal, serão processadas e julgadas na Justiça Estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários. Nesse caso, o órgão recursal é o Tribunal Regional Federal da área de jurisdição do juízo de primeiro grau.

e) A ação civil pública deve ser ajuizada no local onde ocorreu o dano. Havendo interesse da União Federal, em se tratando de comarca que não seja sede de vara federal, será competente o juiz de direito estadual. Sendo sede de vara federal, a competência será da justiça federal.

29ª Questão: Sobre prescrição e decadência, examine as seguintes proposições e aponte a alternativa **incorreta**:

a) As ações constitutivas sem prazo previsto em lei e as ações declaratórias são imprescritíveis.
b) As ações declaratórias não podem ser ajuizadas quando já tenha ocorrido a violação do direito.
c) As ações condenatórias estão sujeitas a prazo de prescrição.
d) As ações constitutivas com prazo de exercício previsto em lei sujeitam-se a prazos de decadência.
e) O juiz não pode de ofício reconhecer a prescrição intercorrente no processo de execução.

30ª Questão: Ainda sobre prescrição e decadência, examine as seguintes proposições e aponte a alternativa **incorreta**:

a) É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.
b) Por ser matéria de ordem pública, a decadência pode ser decretada de ofício pelo juiz.
c) A prescrição é instituto destinado fundamentalmente a apenar o desidioso titular de direito individual.
d) Os direitos difusos e coletivos do consumidor são de interesse social (CDC, art. 1º), de sorte que consulta o interesse público sua imprescritibilidade.
e) Não interrompe a prescrição a citação realizada em procedimento preliminar, cautelar ou não, ainda que seja requisito necessário ao ajuizamento de posterior ação principal.

31ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta**:

a) Na exposição do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido, não está excluída a aplicação dos aforismos *Da mihi factum, dabo tibi jus* e *Jura novit curia*, interpretando-se que o juiz aplica o direito ao fato, ainda que aquele não tenha sido invocado.
b) Ao pleitear medida cautelar, o requerente deverá apontar, na petição inicial, a lide e seu fundamento, bem como a exposição sumária do direito ameaçado e o receio de lesão.
c) A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das

partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

d) O prazo decadencial de trinta dias para a propositura da ação principal não se aplica à ação cautelar incidente.

e) Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar cessa a sua eficácia durante o período de suspensão do processo.

32ª Questão: Aponte a alternativa **incorreta**:

a) A regra segundo a qual a execução fundada em título judicial processar-se-á perante o juiz que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição (conexão sucessiva) é norma de competência funcional, portanto relativa.

b) Dar-se-á perante o juízo cível competente a execução de título judicial fundado em sentença penal condenatória.

c) O devedor pode requerer ao juiz que mande citar o credor a receber em juízo o que lhe cabe conforme o título executivo judicial. Nessa hipótese, o devedor assume, no processo, posição idêntica à do exeqüente.

d) A execução provisória fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto de execução, restituindo-se as coisas no estado anterior.

e) São absolutamente impenhoráveis os vencimentos dos magistrados.

33ª Questão: Assinale a resposta **incorreta**:

a) Na ação civil pública a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas.

b) Ainda que litigando de má-fé a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação civil pública não estão sujeitos a perdas e danos.

c) Não é absoluto o *princípio da indisponibilidade* do direito material discutido no Inquérito Civil ou na Ação Civil Pública, de sorte que, dependendo do caso concreto, pode haver transação entre o Ministério Público e o indiciado ou réu.

d) Na ação popular, considera-se patrimônio público, que o cidadão visa a proteger, postulando a declaração de nulidade de atos lesivos, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

e) A concessão do mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais

devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

34ª Questão: No pertinente aos Juizados Especiais, assinale a alternativa **incorreta**:

a) O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, ainda que não seja da competência do juizado especial, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial.
b) O acordo celebrado por escrito pelas partes, referendado pelo órgão do Ministério Público, valerá como título extrajudicial.
c) Será admitida ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento dos juizados especiais.
d) Da sentença proferida caberá recurso com efeito devolutivo. Todavia, o juiz poderá dar-lhe efeito suspensivo para evitar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.
e) Da sentença homologatória de conciliação ou laudo arbitral descaberá recurso.

35ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

a) No concurso de agentes, só ocorre a co-autoria quando todos realizam a mesma conduta típica.
b) Na mesma hipótese, há participação, e não co-autoria, quando os agentes realizam atos de execução distintos.
c) Há autoria, e não participação, na conduta de quem, para cometer o crime, utiliza-se de terceiro inimputável.
d) É co-autor, e não partícipe, o idealizador sem outra participação no crime.
e) Nenhuma das alternativas acima está correta.

36ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

a) Em se tratando de crime tentado, a pena de prestação pecuniária, substitutiva da privativa de liberdade, pode ser estabelecida aquém do mínimo legal, ante a aplicação do redutor referente à tentativa.
b) A pena de prestação pecuniária consiste no pagamento, ao Fundo Penitenciário, da quantia fixada na sentença.
c) A pena de multa cominada no tipo penal, isolada ou cumulativamente, se não adimplida, injustificadamente, pode ser convertida em prisão.
d) A pena de multa pode ser alterada em face de circunstância agravante ou atenuante.
e) Nenhuma das alternativas está correta.

37ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

a) A pena de reclusão, não superior a 4 (quatro) anos, aplicada ao réu não reincidente, não cria direito subjetivo ao regime aberto.
b) A pena de detenção, sendo o réu multirreincidente, impõe o seu cumprimento, desde o início, no regime fechado.
c) O réu, reincidente ou não, condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, deverá, obrigatoriamente, iniciar o seu cumprimento no regime fechado.
d) O réu, não reincidente e de bons antecedentes, condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, poderá, desde o início, cumpri-la no regime aberto.
e) Nenhuma das alternativas está correta.

38ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

a) A condenação anterior, por crime, à pena de multa, não induz reincidência.
b) Também não a induz a condenação à pena restritiva de direitos.
c) O prazo depurador, de 5 (cinco) anos, que ignora a condenação anterior, para efeito de reincidência, conta-se do respectivo trânsito em julgado.
d) Na condenação, por atividade contravencional anterior, o prazo depurador reduz-se à metade.
e) Nenhuma das alternativas está correta.

39ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

a) Nos crimes contra os costumes, de ação pública condicionada, a prova da pobreza da vítima ou seus representantes, que legitima a iniciativa do Ministério Público, deve acompanhar a denúncia.
b) A prova da pobreza, nas mesmas circunstâncias, não efetuada no prazo de 6 (seis) meses, da representação, obriga ao trancamento da ação penal, por ilegitimidade ativa *ad causam*, do Ministério Público.
c) A prova da pobreza, nas hipóteses mencionadas, pode ser apresentada até a prolação da sentença.
d) A prova da pobreza, capaz de tutelar a iniciativa do Ministério Público, deve ser, necessariamente, documental, fornecida pela autoridade policial.
e) Nenhuma das alternativas está correta.

40ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

a) Os antecedentes, em face de condenação anterior, que

ensejam a reincidência, podem ser computados, também, para o acréscimo da pena-base.

b) Concorrendo, na aplicação da pena, uma circunstância agravante e outra atenuante, esta será sempre preponderante, porque mais benéfica ao réu.

c) O juiz não pode fixar a pena-base acima do mínimo legal, sem que examine obrigatoriamente, uma a uma, todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

d) Os critérios previstos no art. 59 do Código Penal têm por única finalidade a fixação da pena-base.

e) Nenhuma das alternativas está correta.

41ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

a) No crime de furto, a ausência da materialidade impede o seu reconhecimento.

b) No mesmo crime, a não identificação do co-autor, não denunciado, impede o reconhecimento da qualificadora do concurso de agentes.

c) Impede o reconhecimento do delito, em questão, a posse efêmera da *res*.

d) Em relação, ainda, ao mesmo delito, ocorre a desistência voluntária, se o agente, após a consumação, deixa a *res* ao alcance da vítima.

e) Nenhuma das alternativas está correta.

42ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

a) Para a consumação do crime de extorsão mediante seqüestro, basta a arbitrária detenção da vítima, não se exigindo tenha o agente obtido a vantagem almejada.

b) Frustrada a intenção do agente, por ação da Polícia, na obtenção da vantagem, a anterior detenção da vítima, com aquele objetivo, caracteriza apenas o delito de seqüestro e cárcere privado, definido no art. 148 do CP.

c) Em relação ao mesmo delito, a hipótese é de tentativa, e não de crime consumado, se após a arbitrária detenção da vítima, o agente, por circunstâncias alheias à sua vontade, não obtém o preço do resgate pretendido.

d) Se o arrebatamento da vítima não foi precedido de violência ou grave ameaça, o delito não se caracteriza, ainda que o agente tenha obtido a vantagem.

e) Nenhuma das alternativas está correta.

43ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

a) No crime de estelionato, na sua forma fundamental, a reparação do dano, por ato voluntário do agente, antes do

recebimento da denúncia, é causa de isenção da pena.

b) No crime de furto, os maus antecedentes do réu não constituem óbice ao reconhecimento do privilégio constante do art. 155, parágrafo 1º, do Código Penal.

c) Para a caracterização do crime de atentado violento ao pudor, é indispensável a comprovação da materialidade pela realização do exame de corpo de delito.

d) No delito de roubo, se a ameaça é exercida com o emprego de arma de brinquedo, capaz de atemorizar a vítima, a circunstância atua como qualificadora do crime.

e) Nenhuma das alternativas está correta.

44ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

a) Nos crimes contra os costumes, praticados com grave ameaça, mas sem violência, o casamento da vítima com terceiro é causa extintiva da punibilidade.

b) Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, praticados, em seqüência, contra a mesma vítima, devem observar, na aplicação da pena, a regra do concurso formal.

c) Nos crimes contra os costumes, se a vítima ou seus representantes são pobres, para efeitos penais, a ação penal é pública incondicionada.

d) A presunção de violência aplica-se apenas aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor.

e) Nenhuma das alternativas está correta.

45ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

a) Pratica o crime de peculato o funcionário público que, se aproveitando da ausência momentânea do colega de trabalho, apropria-se, em proveito próprio, de mobiliário pertencente à repartição, de que tinha posse o ausente, em razão de suas funções.

b) Comete o delito em questão, o funcionário que, valendo-se do cargo, determina a subalterno que realize serviços domésticos em sua residência.

c) O funcionário que, tendo a seu encargo, fechar as portas da repartição ao final do expediente, e, intencionalmente, deixa-as abertas, para que terceiro, estranho aos quadros funcionais, entre e furte, responde, juntamente com o larápio, pelo delito de peculato.

d) Responde pelo mesmo delito o funcionário que, após o encerramento do expediente, sabendo ausentes todos os colegas, dirige-se à repartição e, depois de arrombar uma

das janelas, logra a subtração de equipamentos de trabalho.

e) Nenhuma das alternativas está correta.

46ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

a) A ofensa irrogada ao funcionário, fora do seu local de trabalho, ainda que em razão de suas atividades funcionais, impede o reconhecimento do delito de desacato.

b) Se o funcionário não se sente ofendido com a agressão, embora irrogada em razão de suas funções, não se aperfeiçoa o delito de desacato.

c) A ofensa feita contra o funcionário, na sua ausência, mas em face de suas funções, tipifica o delito de desacato.

d) O delito de desacato exige à sua caracterização que a ofensa irrogada ao funcionário tenha a presenciá-la, ao menos, uma pessoa.

e) Nenhuma das alternativas está correta.

47ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

Como poderíamos classificar a sentença de pronúncia, que é um juízo de mera admissibilidade, nos processos de competência do Tribunal do Júri?

a) Sentença de natureza interlocutória simples.

b) Sentença de natureza suicida, como classificam alguns autores.

c) Sentença terminativa de natureza interlocutória mista.

d) Sentença terminativa de natureza subjetivamente plúrimas.

e) Sentença de natureza interlocutória mista não terminativas.

48ª Questão: Nos crimes de ação pública condicionada à representação, o Ministério Público só pode a ela dar início mediante a representação da vítima ou seu representante legal. Assinale o crime que **não** exige representação:

a) Crime contra a honra de funcionário público, em razão de sua função (art. 141, II, c/c o art. 145, parágrafo único, do CP).

b) Crime de perigo de contágio de doença venérea (art. 130 do CP).

c) Crime de tomar refeição em restaurante, ou alojar-se em hotel sem ter recursos para o pagamento (art. 176, parágrafo único, do CP).

d) Crime de corrupção de preposto e violação de segredo de fábrica ou negócio (art. 196, § 1º, X a XII, c/c o art. 2º do CP).

e) Crime de peculato praticado por funcionário público *propter officium* que usou veículo

oficial em viagem à Aparecida do Norte para pagar promessa.

49ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

Se o Tribunal de Justiça, no julgamento de apelação interposta pela acusação, diminuir a pena aplicada à pessoa condenada, haverá o que a doutrina e a jurisprudência denominam de:

a) *Reformatio in pejus*.
b) *Reformatio in pejus* indireta.
c) *Reformatio in pejus* direta.
d) *Reformatio in mellius*.
e) *Reformatio in mellius* indireta.

50ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

Segundo disposição expressa da Lei n. 9.296/96, que regula a interceptação de ligações telefônicas, o juiz:

a) Poderá autorizar a interceptação de comunicações telefônicas quando a infração penal for punida com reclusão e detenção.
b) Poderá autorizar a interceptação de fluxo de comunicação em sistema de telemática.
c) Não poderá, de ofício, determinar a interceptação telefônica.
d) Não poderá autorizar a prorrogação da interceptação após encerrado o prazo máximo de 15 dias, por se tratar de prazo peremptório.
e) Está proibido de admitir, como prova, gravação clandestina e gravação ambiental de conversa em reunião reservada.

51ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

Das afirmações abaixo, a que corresponde à Súmula do Supremo Tribunal Federal sobre nulidades do processo criminal é:

a) O réu não poderá alegar os defeitos da denúncia depois de exarada a sentença condenatória.
b) É absoluta a nulidade do processo por falta de intimação do acusado da expedição de carta precatória para ouvida de testemunha de defesa.
c) É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso de apelação interposto pela acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.
d) No processo penal, a falta de defesa só causará nulidade se houver prova de prejuízo para o réu.
e) A nulidade não pode ser argüida por quem a ela deu causa.

52ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

Segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, compete à justiça federal, e não a justiça estadual, julgar processo por:

a) Crime de falsa anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, atribuído à empresa particular.
b) Crime de falsificação e uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino.
c) Procedimento criminal em que indígena figure como réu ou na qualidade de vítima.
d) Contravenção penal em detrimento de bens, serviços ou interesses da união ou de suas entidades.
e) Crime praticado por prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal.

53ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

O ordenamento jurídico brasileiro, em matéria de prova, no processo penal:

a) Adota, para avaliação da prova, como regra, o sistema do livre convencimento motivado, mas, em relação ao júri, admite julgamento por convicção íntima.
b) Não opõe restrição à produção de qualquer tipo de prova, em virtude de acolher o princípio da verdade real.
c) Atribui ao acusado o ônus de provar sua inocência, sob pena de, em não fazendo dentro do processo, ter sua condenação reconhecida.
d) Considera nulo o processo se faltar o exame de corpo de delito, não admitindo o suprimento por prova testemunhal.
e) Permite, como regra, à acusação e à defesa fazerem reperguntas diretas ao réu no interrogatório.

54ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

Na Lei de Tortura (Lei n. 9.455/97), considerada crime hediondo, o condenado à pena de detenção:

a) Deverá cumpri-la integralmente em regime fechado.
b) Não terá direito ao livramento condicional.
c) Deverá cumpri-la inicialmente em regime fechado.
d) Não terá direito ao sistema progressivo de cumprimento da pena.
e) Poderá cumpri-la desde o início em regime aberto.

55ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

Em face dos princípios e das regras constitucionais de natureza processual penal:

a) A autoridade policial não pode expedir mandado de busca e apreensão domiciliar, sendo exigido pela Constituição Federal mandado judicial.
b) O legislador não pode aumentar a competência do júri além dos crimes dolosos contra a

vida, pois a Constituição limitou-a a estes crimes.

c) O juiz não pode admitir no processo prova derivada de prova ilícita, sendo acolhida na Constituição a teoria dos frutos da árvore proibida.

d) O ofendido não pode acusar em crime de ação pública, ainda que subsidiariamente, pois a Constituição consagrou o monopólio do Ministério Público em relação a essa espécie de ação.

e) A pessoa presa pode ficar incomunicável em crimes de terrorismo, pois a Constituição Federal expressamente ressalva essa possibilidade no tocante a este crime.

56ª Questão: Em relação aos procedimentos do Código de Processo Penal e de leis extravagantes, é **correto** afirmar:

a) Distinguem-se o procedimento ordinário dos crimes de reclusão e o sumário dos crimes de detenção somente pela diversidade de prazos, sendo idêntica a seqüência dos atos processuais.

b) No procedimento dos crimes falimentares, é prevista a instauração de inquérito policial, durante o qual não deve ser observado o contraditório, como em outros inquéritos.

c) A falta de oportunidade de defesa antes do recebimento da representação nos procedimentos dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, segundo orientação sumulada do Supremo Tribunal Federal, causa nulidade absoluta.

d) A exceção da verdade, no procedimento dos crimes contra a honra, quando prevista, constitui defesa obrigatória do acusado, sob pena de nulidade.

e) No procedimento do júri, a presença do acusado para o julgamento em plenário é imprescindível, exceto nos crimes afiançáveis em que o julgamento pode ser feito à revelia do réu.

57ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

O recurso em sentido estrito pretende o reexame de uma decisão judicial:

a) Cabe da sentença que rejeitar a denúncia ou queixa, a qual deverá ser fundamentada com relação ao fato, a autoria e a materialidade do crime.

b) Cabe recurso em sentido estrito da decisão que receber a denúncia porque implica escolha judicial entre a aceitação e a recusa da acusação.

c) Cabe o recurso ao Ministério Público quando o juiz receber a denúncia, mas proceder à correção da capitulação dada ao crime atribuído ao réu.

d) Nos crimes da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), cabe recurso em sentido estrito da decisão que receber a denúncia ou a queixa e recurso de apelação quando rejeitada.
e) Nos casos de crimes de menor potencial ofensivo dos juizados especiais criminais, cabe recurso em sentido estrito da decisão que rejeita a denúncia, em vez do recurso de apelação.

58ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

Se o juiz julgar procedente pedido de restituição de coisa apreendida, apesar da discordância do Ministério Público, este:

a) Poderá recorrer, porque a decisão de restituição é exclusiva do Ministério Público, diante do princípio do *dominus litis*, da ação penal.
b) Poderá impetrar mandado de segurança, porque foi ofendido direito líquido e certo do Ministério Público em manter prova no processo.
c) Poderá interpor apelação, porque, segundo a doutrina, a decisão proferida é definitiva ou tem força de definitiva.
d) Poderá interpor recurso em sentido estrito, porque há previsão expressa no Código de Processo Penal desse recurso para atacar a decisão proferida.
e) Poderá, em vez de recorrer, determinar à autoridade policial que realize nova busca e apreensão do bem.

59ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

Praticada falta disciplinar, a autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso no interesse da disciplina e da averiguação do fato pelo prazo máximo de:

a) 7 dias.
b) 10 dias.
c) 15 dias.
d) 20 dias.
e) nenhuma das opções acima está correta.

60ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta**:

a) O Patronato e o Ministério Público são órgãos da execução penal.
b) A legislação estadual não pode estabelecer normas complementares para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto.
c) O condenado que cumpre pena em regime inicialmente fechado pode obter permissão do diretor para sair do estabelecimento penal.
d) O preso provisório não pode executar trabalho externo ao estabelecimento.
e) Sobre a remissão, não será ouvido o Conselho Penitenciário.

61ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

O indulto individual poderá ser provocado por:

a) Iniciativa do Ministério Público ou do Conselho Penitenciário.
b) Iniciativa do Ministério Público ou petição do condenado.
c) Iniciativa do Ministério Público, petição do condenado ou do Conselho Penitenciário.
d) Iniciativa do Ministério Público, petição do condenado, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa.
e) Nenhuma das opções acima está correta.

62ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

José da Silva – nome fictício – foi condenado por sentença que passou em julgado à pena de 12 anos de reclusão – regime integralmente fechado – pela prática de crimes hediondos.

a) Após cumprir 6 anos de pena, terá direito à saída temporária.
b) Poderá ser indultado, desde que satisfaça os requisitos previstos no decreto presidencial que concede a benesse.
c) Poderá remir a pena na proporção de um dia de reprimenda por cada quatro trabalhados.
d) Após o cumprimento de seis anos e três meses da reprimenda, fará jus ao livramento condicional.
e) Nenhuma das alternativas está correta.

63ª Questão: Analise as assertivas abaixo de acordo com o Código do Consumidor.

I. Para fins de aplicação do Código, considera-se consumidor apenas a pessoa física que adquire produto ou serviço como destinatário final.
II. A responsabilidade pessoal de médicos e dentistas em regra é apurada independentemente da verificação da culpa.
III. As sociedades integrantes de grupos societários e as sociedades controladas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes do Código.
IV. A prescrição qüinqüenal da pretensão à reparação dos danos causados por defeitos no produto ou serviço inicia-se a partir da efetiva entrega do bem ao consumidor.

Assinale a alternativa que contém a resposta **correta**:

a) I e IV.
b) II e IV.
c) I e III.
d) Todas assertivas são corretas.
e) Todas assertivas são incorretas.

64ª Questão: À luz do estatuto consumeirista, **não** constitui um direito básico do consumidor:

a) Reconhecimento da sua vulnerabilidade no mercado de consumo.
b) Proteção contra a publicidade enganosa e abusiva.
c) Efetiva prevenção e reparação de danos morais e patrimoniais.
d) Modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais.
e) Adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

65ª Questão: Assinale dentre as alternativas abaixo mencionadas aquela que **não** é considerada "prestação de serviços" para fins de aplicação das regras e princípios contidos no Código do Consumidor:

a) Tratamento odontológico.
b) Contratação de seguro.
c) Empregada doméstica.
d) Agenciamento de viagens.
e) Fornecimento de energia elétrica.

66ª Questão: No que tange aos contratos que regulam as relações de consumo, é **correto** afirmar:

a) Nos contratos que envolvam outorga de crédito, o consumidor tem direito à liquidação antecipada do débito, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.
b) Os fornecedores em geral não podem se exonerar de sua responsabilidade quanto a eventuais danos patrimoniais causados aos consumidores, mas mediante expresso termo escrito podem isentar-se de responsabilidade quanto aos danos morais suportados por estes.
c) A nulidade de uma cláusula contratual considerada abusiva invalida todo o contrato, devendo as partes retornar ao estado que se encontravam antes da contratação.
d) Desde que prevista por escrito, o distribuidor de certo produto pode transferir a sua responsabilidade solidária ao importador ou ao fabricante pelos vícios de qualidade eventualmente constatados.
e) Ao consumidor é assegurado o direito de arrepender-se no prazo de 7 (sete) dias da compra realizada no estabelecimento comercial do fornecedor e, desde que convencionado pelas partes por escrito em separado, tal direito poderá ser reduzido ou ampliado, não podendo de qualquer forma ser inferior a 5 (cinco) nem superior a 30 (trinta) dias.

67ª Questão: Quanto às ações de responsabilidade civil, analise as seguintes afirmações:

I. A ação poderá ser proposta no domicílio do consumidor desde que o fornecedor tenha sede ou filial em outro estado da federação.

II. Se o fornecedor for declarado falido mas possuir seguro de responsabilidade, a ação de indenização poderá ser ajuizada diretamente contra o segurador.

III. Para fins de reparação de danos decorrentes de acidentes de consumo, a vítima do evento tem legitimidade para propor a competente ação ressarcitória.

IV. A ação de regresso a ser promovida pelo fornecedor que efetivar o pagamento ao prejudicado somente poderá ser ajuizada em processo autônomo, sendo vedada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos.

Dentre as alternativas abaixo, qual a que contém a resposta **correta**:

a) II e IV estão erradas.
b) I e IV estão erradas.
c) III e IV estão certas.
d) I e II estão certas.
e) Todas assertivas estão incorretas.

68ª Questão: Assinale, dentre as alternativas abaixo, a única **correta**:

a) No processo de falência, o síndico nomeado pode delegar as funções a um terceiro de sua confiança.
b) As ações e execuções embasadas em títulos sujeitos à falência ficam de regra suspensas. Entretanto, estando o processo de execução em fase de arrematação, com datas designadas, as praças ou leilões serão suspensos.
c) O crédito por aluguel de prédio locado ao falido para seu estabelecimento comercial ou industrial é privilegiado em relação aos móveis que guarnecem o imóvel alugado.
d) As prestações alimentares podem ser reclamadas na falência.
e) Todas as alternativas são incorretas.

69ª Questão: Com relação à Letra de Câmbio, assinale a alternativa **correta**:

a) A letra de câmbio não pode ser emitida ao portador.
b) A letra de câmbio pode ser endossada parcialmente.
c) O portador de uma letra de câmbio não está obrigado, quando do vencimento, a receber o pagamento parcial.
d) A propriedade de uma letra de câmbio ao portador ou endossada em branco firma-se pela posse do título.
e) É lícito ao emitente da letra de câmbio excluir ou restringir a sua responsabilidade cambial.

70ª Questão: Tratando-se de Cheque, assinale, dentre as seguintes, a alternativa **incorreta**:

a) A identificação do sacado é requisito essencial à caracterização do cheque, não podendo ser suprida.

b) O cheque admite endosso parcial.
c) Endossado o cheque em branco, seu portador pode preencher o espaço em branco com o nome de um terceiro.
d) O endosso de um cheque após escoado o prazo de apresentação ao sacado não tem efeito de endosso.
e) O sacador ou o portador pode proibir que o seu pagamento seja feito em dinheiro, desde que faça inserir na face do cheque a expressão "para levar em conta" ou outra equivalente.

71ª Questão: No referente à Duplicata, assinale a alternativa **incorreta**:

a) Na compra e venda mercantil, extraída a fatura, a duplicata pode ser substituída por outro título de crédito.
b) Uma só duplicata pode englobar várias faturas.
c) De uma só fatura podem se originar mais de uma duplicata.
d) Prorrogado o prazo de vencimento da duplicata, sem a anuência expressa do avalista, a responsabilidade deste não subsiste.
e) Uma só fatura pode englobar várias notas fiscais.

72ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta** sobre Processo Administrativo Disciplinar:

a) São fases do processo administrativo disciplinar: instrução, defesa e relatório.
b) O princípio da ampla defesa é observado.
c) A demissão e a repreensão constituem penalidades aplicáveis.
d) A suspensão não é pena que pode ser imposta.
e) No processo administrativo disciplinar é facultada a presença de advogado.

73ª Questão: Pertinente à função pública, assinale a alternativa **incorreta**:

a) A investidura em cargo público depende de concurso.
b) Estabilidade e vitaliciedade não são a mesma coisa.
c) O estágio probatório, constitucionalmente, não necessita ser efetivo.
d) Demissão e exoneração são institutos diversos.
e) O estágio probatório se completa em 3 (três) anos de efetivo exercício no cargo.

74ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta** acerca da Teoria do Ato Administrativo:

a) O controle dos atos administrativos é exercido também pelo Poder Judiciário.
b) Os atos administrativos, quando editados, trazem em si a presunção de legitimidade.

c) Denomina-se eficácia a idoneidade que tem o ato administrativo para produzir seus efeitos.
d) A licença para exercer determinada profissão regulamentada por lei é ato administrativo vinculado.
e) O exame do ato administrativo revela a existência dos seguintes requisitos: competência, finalidade, motivo, publicidade e objeto.

75ª Questão: Assinale a alternativa **correta** no que respeita aos Princípios da Administração Pública:

a) A Emenda Constitucional n. 19/98, relativa à Reforma Administrativa do Estado, não introduziu, no art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, o princípio da eficiência.
b) Os princípios administrativos informam todo o modo de agir da Administração Pública.
c) O princípio da razoabilidade está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil.
d) O princípio da continuidade dos serviços públicos não mostra a preocupação de paralisar as obras e serviços públicos.
e) O princípio da continuidade do serviço público não guarda qualquer pertinência com o princípio da supremacia do interesse público.

76ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta**:

a) No exercício do poder de polícia, pode a Administração Pública executar prerrogativas que sobrelevem o interesse público.
b) No exercício do poder de polícia, pode a Administração Pública intervir na proteção dos interesses coletivos.
c) A expressão poder de polícia (*police power*) ingressou pela primeira vez na terminologia legal, no caso Maryland, da Corte Suprema dos Estados Unidos.
d) A polícia de trânsito, a polícia ambiental e a polícia de construções não estão inseridas no conceito de poder de polícia.
e) No exercício do poder de polícia, pode a Administração Pública exercer a fiscalização de forma preventiva e/ou repressiva.

77ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta** no que tange aos Atos de Improbidade Administrativa:

a) Podem resultar na perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.
b) Estão regulamentados na Lei n. 8.429/92 e são atacados mediante ação civil e penal, acarretando efeitos em ambas as esferas.
c) O juiz, na concretização da lei, deverá considerar a "extensão

do dano" ao patrimônio público e o "proveito patrimonial do agente".

d) A prova apurada na esfera criminal não é passível de análise na área civil.

e) Atos de improbidade administrativa acarretam, se comprovados, via de regra, enriquecimento ilícito.

78ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta** em relação aos temas Administração Pública e Servidor Público:

a) A Administração Pública é regida pelos princípios catalogados no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

b) A atividade administrativa deve orientar-se no sentido de atingir o interesse público.

c) A proibição de acumulação de cargos é uma regra constitucional, embora admita certas exceções.

d) O Estado, ao ensejar oportunidade de ingresso em seus quadros mediante concurso, não deve estar atento aos requisitos capacidade e idoneidade do candidato.

e) O princípio da eficiência constitucional alcança todas as atividades estatais, inclusive a eficiência na carreira do magistrado.

79ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

São condições de elegibilidade, dentre outras:

a) Nacionalidade brasileira nata e alistamento eleitoral.

b) Pleno exercício dos direitos sociais e alistamento eleitoral.

c) Filiação partidária e nacionalidade brasileira.

d) Filiação sindical e alistamento militar.

e) Ter renda *per capita* superior à média nacional.

80ª Questão: Dentre as opções abaixo, assinale a única que expressa um caso de perda dos direitos políticos positivos:

a) Dupla nacionalidade.

b) Incapacidade civil absoluta.

c) Improbidade administrativa.

d) Cancelamento definitivo da naturalização.

e) Condenação criminal.

81ª Questão: Assinalar a alternativa **correta**.

A propaganda política eleitoral é permitida:

a) Após a escolha dos candidatos pelos partidos nas respectivas convenções partidárias.

b) A partir do registro da candidatura.

c) A partir da decisão judicial que defere o registro da candidatura.

d) Após esgotado o prazo de impugnação do registro da candidatura.
e) A partir de 6 de julho do ano da eleição.

82ª Questão: Assinalar a alternativa **correta**:

a) O domicílio eleitoral confunde-se necessariamente com o domicílio civil.
b) Em caso de mudança de domicílio, para a concessão de sua transferência é necessário um ano de inscrição definitiva e residência mínima de três meses no novo domicílio.
c) O domicílio eleitoral não é condição de elegibilidade.
d) Para concorrer a eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo mínimo de três meses antes do pleito.
e) A declaração falsa em relação ao domicílio eleitoral tipifica crime comum e não eleitoral.

83ª Questão: Assinalar a alternativa **correta**:

a) O recurso contra diplomação deve ser interposto, nas eleições municipais, no prazo de 15 dias contados da diplomação, diretamente no TRE.
b) Nas eleições municipais, a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo deve ser proposta perante o Juiz Eleitoral, no prazo de 15 dias contados da diplomação, independente de prova constitutiva, sendo esta julgada pelo TRE.
c) Nas eleições municipais, o recurso contra diplomação e a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo devem ser interpostos e propostas nos prazos de 3 e 15 dias, respectivamente, a contar da diplomação, perante o Juiz Eleitoral.
d) O recurso contra diplomação de mandato eletivo, nas eleições municipais, é julgado pelo Juiz Eleitoral.
e) Tanto no recurso contra diplomação como na Ação de Impugnação de Mandato Eletivo não se exige prova pré-constituída.

84ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

A competência tributária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios é definida na:

a) Constituição Federal, exclusivamente.
b) Leis Complementares Federais, exclusivamente.
c) Constituição Federal e Emendas Constitucionais.
d) Leis Complementares Federais, Leis Ordinárias, Medidas Provisórias, Decretos, Regulamentos e Convênios.

e) Constituição Federal, Leis Complementares, Emendas Constitucionais, Medidas Provisórias e Leis Ordinárias.

85ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

Em caso de crédito tributário resultante de ato praticado com excesso de poderes por Diretor de pessoa jurídica de Direito Privado:

a) A responsabilidade é da empresa, pois ela responde pelos atos praticados por seus dirigentes ou representantes.
b) O Diretor responde subsidiariamente.
c) O Diretor responde solidariamente com a empresa.
d) É da empresa a responsabilidade pois esta independe da intenção do agente ou responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.
e) O Diretor responde pessoalmente.

86ª Questão: Examine as seguintes proposições.

I. Na prestação de serviço de composição gráfica personalizada sob encomenda, envolvendo fornecimento de mercadorias, incide o ICMS e não o ISS.
II. O Município pode por Decreto atualizar o valor monetário do IPTU em índice inferior ao índice oficial de correção monetária.
III. O imposto *causa mortis* é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão.
IV. Na venda pelo segurador de bens salvados de sinistro, incide o ICMS.
V. O ISS não incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis.

Assinale a alternativa **correta**:

a) Todas as alternativas estão corretas.
b) Apenas as alternativas I e V estão corretas.
c) Estão corretas as alternativas II, III e IV.
d) Apenas as alternativas I e III estão corretas.
e) Apenas as alternativas IV e V estão corretas.

87ª Questão: Examine as seguintes proposições.

I. Ajuizamento de Ação Anulatória ou Declaratória Negativa de Dívida Fiscal suspende a exigibilidade do crédito tributário independente de depósito prévio.
II. Somente a concessão de Liminar em Mandado de Segurança independentemente do depósito suspende a exigibilidade do crédito tributário.
III. A concessão de Tutela Antecipada não suspende a exigibilidade do crédito tributário.

IV. É inconstitucional a Lei que condiciona ao prévio depósito integral do débito tributário a admissibilidade de reclamações administrativas e respectivos recursos destinados a desconstituí-lo na órbita administrativa.

V. Não constitui pressuposto da Ação Anulatória de débito fiscal o depósito de que trata o art. 38 da Lei n. 6.830/80.

Assinale a alternativa **correta**:

a) As proposições I e III estão corretas.
b) Somente as proposições I e IV estão corretas.
c) Apenas as proposições III e IV estão corretas.
d) As proposições III, IV e V estão corretas.
e) Somente as proposições IV e V estão corretas.

88ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

O crime de sonegação fiscal é ação ou omissão, tipificada em lei, que:

a) Pode ter a punibilidade extinta se o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de iniciada a ação na esfera administrativa.
b) Se configura, independentemente do dolo ou intenção do agente de lesar o Erário Público.
c) Assim se configura se praticada, tanto com dolo como com culpa (imprudência, negligência ou imperícia).
d) Não se pode estender aos cúmplices ou co-autores, em razão de sua personalidade.
e) Estende-se às pessoas jurídicas, desde que nelas estejam implicados seus diretores e sócios.

89ª Questão: Assinale a alternativa **correta** sobre a tutela do meio ambiente:

a) Os instrumentos para a proteção do meio ambiente são, por exemplo: no campo administrativo, multa; no penal, a ação penal pública; e no âmbito civil, a ação civil pública.
b) A tutela civil não pode ser exercida através da ação direta de inconstitucionalidade.
c) O estudo prévio de impacto ambiental não encontra proteção na esfera administrativa.
d) O mandado de segurança coletivo não é instrumento jurídico de proteção ao meio ambiente.
e) O patrimônio genético e a biodiversidade estão fora da proteção da Lei n. 8.974/95.

90ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta** sobre função social da propriedade rural no que tange ao meio ambiente:

a) A função social é cumprida segundo critérios e graus de exigências estabelecidos em lei.

b) Devem ser observadas as disposições que regulam as relações de trabalho.
c) A exploração deve favorecer o bem-estar dos proprietários e trabalhadores, na forma do art. 186 da Constituição da República Federativa do Brasil.
d) Os requisitos das alternativas anteriores não são observados quando se analisa a função social da propriedade rural.
e) A utilização adequada dos recursos naturais disponíveis também deve ser observada.

91ª Questão: Assinale, com fundamento na tutela constitucional do meio ambiente e na distribuição de competências, a alternativa **incorreta**:

a) O Município terá competência supletiva para estabelecer normas e procedimentos adequados às peculiaridades locais.
b) Compete à União legislar concorrentemente sobre florestas, defesa do solo e controle da poluição.
c) Existem regras constitucionais sobre meio ambiente que são privativas de competência do Estado.
d) Aos Municípios, cabe apenas suplementar a legislação federal e estadual, "*no que couber*" (art. 30, II, CRFB).
e) Para distribuir-se a competência, é suficiente observar tão-somente a irrelevância da intenção dolosa ou a ofensa ao direito difuso da sociedade.

92ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta**, tendo em vista os princípios de direito ambiental:

a) O princípio do poluidor-pagador possui duas vertentes: a prevenção do dano ambiental e a repressão, mediante reparação daquele já causado.
b) O desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição.
c) A ausência de culpa na efetivação do dano ambiental isenta de responsabilidade o poluidor.
d) Para o efeito da aplicação do princípio da prevenção, sempre que a atividade perigosa polua ou degrade o meio ambiente, são necessárias medidas preventivas.
e) Com base no princípio da precaução, sempre que houver perigo de ocorrência de um dano grave ou irrever-

sível, a ausência de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes, a fim de impedir a degradação ambiental.

93ª Questão: Assinale a alternativa **incorreta**:

a) Qualquer pessoa que constate a infração ambiental poderá dirigir representação à autoridade competente, que, ao tomar conhecimento dela, é obrigada a promover apuração imediata – mediante processo administrativo, assegurado o direito à ampla defesa – sob pena de co-responsabilidade.

b) Prescreve o Estatuto da Cidade (art. 36) que lei municipal definirá os empreendimentos e atividades, privados ou públicos, em área urbana, que dependerão da apresentação de Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV para a obtenção das licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento, quando a competência de outorga for municipal.

c) Todo aquele que desenvolve atividade lícita, geradora de perigo a outrem, deverá responder pelo risco, não havendo necessidade de a vítima provar culpa do agente.

d) O compromisso de ajustamento de conduta tem natureza de título executivo judicial (§ 6° do art. 5º da Lei n. 7.347/85), o que recomenda estejam as obrigações devidamente delimitadas, particularizadas e especificadas.

e) Existindo dano ambiental, para garantir a efetividade da decisão judicial, pode o magistrado cominar multa diária (*astreinte*).

94ª Questão: Assinale em que circunstância o recurso de apelação é recebido em ambos os efeitos nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude:

a) Quando tratar-se de suspensão do pátrio poder.

b) Quando referir-se à destituição da tutela.

c) Quando tratar-se de apuração de infração administrativa.

d) Quando interposto contra decisão que concede adoção por estrangeiro.

e) Nenhuma das alternativas está correta.

95ª Questão: Assinale a resposta **correta**:

A família substituta efetiva-se pela guarda, tutela ou adoção do menor, independentemente da situação jurídica da criança ou do adolescente.

a) A guarda vislumbra a condição de dependência do menor, inclusive direitos previdenciários.

b) A guarda somente não inclui a possibilidade de direitos previdenciários.
c) A tutela pode ser deferida à pessoa com menos de 21 (vinte e um) anos, consoante o novo Código Civil.
d) A adoção pode ser deferida através de procurador habilitado.
e) Nenhuma das alternativas está correta.

96ª Questão: Assinale o recurso, de acordo com os elencados no CPC, e permitido para impugnação de decisões relativas aos procedimentos oriundos da Justiça da Infância e da Juventude, no primeiro grau de jurisdição:

a) Embargos de Divergência.
b) Agravo de Instrumento.
c) Agravo Inominado.
d) Mandado de Segurança.
e) Agravo Regimental.

97ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

As decisões do Conselho Tutelar, encarregado de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, somente poderão ser revistas:

a) Pelo Prefeito Municipal.
b) Pelo próprio Conselho.
c) Pela Câmara Municipal.
d) Pela autoridade judiciária.
e) Nenhuma das alternativas está correta.

98ª Questão: Assinale a alternativa **correta** quanto aos procedimentos regulados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente:

a) Exige processamento exclusivo pelas normas do ECA.
b) Admite a aplicação de normas da legislação processual subsidiária pertinente.
c) Impõe procedimento igual ao da perda e da suspensão do pátrio poder.
d) Não regula procedimentos infracionais.
e) Nenhuma das afirmações acima.

99ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

Na apreciação para a promoção do magistrado por merecimento, o Tribunal levará em conta, de acordo com o CDOJ/SC:

a) Exclusivamente a conduta ética do magistrado.
b) A conduta na vida privada e pública, a sua operosidade e cultura jurídica.
c) Apenas os dotes morais, e de sabedoria e inteligência.
d) A ideologia e a conduta moral.
e) Nenhuma das alternativas está correta.

100ª Questão: Diante da nova configuração dada aos órgãos julgadores do TJSC, pelo Ato Regimental n. TJ 57/02, assinale a alternativa **correta**:

a) Matéria de direito bancário empresarial, cambiário e

falimentar, é julgada pela Câmara Cível.

b) Matéria de Acidente de Trabalho é julgada pela Câmara de Direito Comercial.

c) Os incidentes de uniformização de jurisprudência suscitados nas Câmaras serão julgados pelo Grupo de Câmaras respectivo.

d) Ocorrendo decisão que converta o agravo de instrumento em retido (art. 527, II, CPC), o recurso será julgado pela Câmara Cível Especial.

e) Nenhuma das alternativas está correta.

PROVA DE CONHECIMENTOS GERAIS

1ª Questão: Questões fronteiriças entre dois países têm gerado constantes desentendimentos entre eles e preocupado o mundo, principalmente pela possibilidade de um conflito nuclear. Estes países são:

a) China e Japão
b) Indonésia e Grécia
c) Israel e Síria
d) Iraque e Estados Unidos
e) Índia e Paquistão

2ª Questão: Um dos políticos a seguir relacionados não é, atualmente, dirigente de seu país:

a) Tony Blair
b) José Maria Aznar
c) Felipe Gonzáles
d) Vicente Fox
e) Hosni Mubarack

3ª Questão: País membro da Organização do Tratado do Atlântico Norte – OTAN e vizinho do Iraque:

a) Irã
b) Turquia
c) Kuwait
d) Egito
e) Israel

4ª Questão: Retirou recentemente sua adesão ao Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares:

a) Iraque
b) China
c) Coréia do Norte
d) Japão
e) Estados Unidos

5ª Questão: O município de São João Batista destaca-se pela indústria de:

a) Cerâmica
b) Calçados
c) Tecidos
d) Pesca
e) Produtos suínos

6ª Questão: Destacam-se, respectivamente, na economia cata-

rinense, pela indústria cerâmica e pela indústria moveleira:

a) Joinville e Blumenau
b) São Joaquim e São Miguel do Oeste
c) Chapecó e Palhoça
d) Criciúma e São Bento do Sul
e) Tubarão e Timbó

7ª Questão: Uma das seguintes cidades não possui estação de águas termais em seu território:

a) Santo Amaro da Imperatriz
b) Piratuba
c) Gravatal
d) Tubarão
e) Jaraguá do Sul

8ª Questão: Cidade considerada berço da fiação catarinense:

a) Brusque
b) Mafra
c) Canoinhas
d) Rio do Sul
e) Xanxerê

9ª Questão: É o ponto mais alto de Santa Catarina:

a) Morro do Funil (Taió)
b) Morro da Boa Vista (Bom Retiro e Urubici)
c) Morro da Pedra Branca (Lages)
d) Morro do Cambirela (Palhoça)
e) Morro da Igreja (Bom Jardim da Serra e Urubici)

10ª Questão: A área do território catarinense, em números redondos, é:

a) 95.300 km²
b) 105.000 km²
c) 90.700 km²
d) 88.100 km²
e) 103.400 km²

11ª Questão: Estabeleça a relação **correta** entre os seguintes rios e municípios catarinenses:

a) Rio Negro – Florianópolis
b) Rio Cará – Tubarão
c) Rio Cubatão – Maravilha
d) Rio da Madre – Trombudo Central
e) Rio do Peixe – Joaçaba

12ª Questão: Localiza-se numa ilha a cidade de:

a) Imaruí
b) Salto Veloso
c) Irineópolis
d) São Francisco do Sul
e) Imbituba

13ª Questão: Assinalar o nome do catarinense, nascido em Itajaí, em 1945, que foi governador do Estado do Paraná, na década de 1990.

a) Álvaro Dias
b) Ney Braga
c) Jaime Lerner
d) Mário Pereira
e) Roberto Requião

14ª Questão: A palavra "armação", presente na denominação de algumas antigas localidades do litoral catarinense, está historicamente associada a:

a) Pesca da baleia
b) Construção naval

c) Cobrança de dízimos sobre a pesca
d) Orientação da navegação (faróis)
e) Postos de abastecimento de navios (água e víveres)

15ª Questão: Instalado em 1º de outubro de 1891, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina o foi com a denominação de:

a) Tribunal de Apelação
b) Tribunal da Relação
c) Supremo Tribunal de Apelação
d) Superior Tribunal de Recursos
e) Superior Tribunal de Justiça

16ª Questão: 23 de março é feriado municipal em Florianópolis. Nesta data, no ano de 1726, a futura Capital de Santa Catarina, antiga Desterro, emancipou-se administrativamente. Até então pertencia a:

a) São José
b) São Miguel
c) Laguna
d) São Francisco do Sul
e) Lages

17ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

O centenário e hoje ainda muito atuante Instituto Histórico e Geográfico de Santa Catarina foi fundado em 1894 por:

a) Henrique da Silva Fontes
b) Arthur Boiteux
c) Nereu Ramos
d) Hercílio Luz
e) Othon Gama d'Eça

18ª Questão: Sua obra de ficcionista tem como tema principal a colonização açoriana. É ele:

a) Almiro Caldeira
b) Virgílio Várzea
c) Licurgo Costa
d) Barreiros Filho
e) Mâncio Costa

19ª Questão: Tito Carvalho é considerado o maior escritor regionalista catarinense. É autor de:

a) Homens e algas
b) Bulha d'Arroio
c) Terra catarinense
d) A ilha
e) Ao encontro da manhã

20ª Questão: Médico, não era catarinense, mas foi aqui que realizou sua obra literária. Residiu primeiro em São Francisco do Sul e depois em Florianópolis, onde faleceu. Escreveu sobre Proust. O título de um de seus livros é "A sonda uretral". Pertenceu à Academia Catarinense de Letras.

a) Holdemar de Menezes
b) Polidoro Ernani de S. Thiago
c) Arthur Pereira e Oliveira
d) Luiz Gualberto
e) Carlos Corrêa

PROVA DE DIREITO

21ª Questão: A Constituição Federal assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, além de declarar expressamente que ninguém poderá ser submetido à tortura ou a tratamento desumano ou degradante. Para dotar estas normas de eficácia, além de cominação de penas, a Carta Política preordena várias garantias penais apropriadas, dentre as quais podemos citar:

a) A obrigação da autoridade policial de informar ao preso seus direitos, inclusive o de permanecer calado.
b) O direito à identificação dos responsáveis por sua prisão, garantindo, entretanto, o anonimato aos responsáveis pelo interrogatório.
c) Não ser levado à prisão ou nela mantido, desde que a lei admita a liberdade provisória sem fiança, apenas.
d) A comunicação da prisão à autoridade competente e à família ou pessoa indicada pelo preso, podendo o local onde se encontre ser mantido em sigilo.
e) Nenhuma das alternativas é correta.

22ª Questão: De acordo com a Constituição Federal vigente, são considerados bens da União:

a) As ilhas fluviais e lacustres que não se encontrem situadas nas zonas limites com outros países.
b) O mar territorial e os terrenos de marinha, excluídos os acrescidos deste último.
c) Os recursos minerais, inclusive do subsolo, e os potenciais de energia elétrica.
d) Os lagos, rios e quaisquer correntes que não sirvam de limites com outros países.
e) Nenhuma das alternativas é correta.

23ª Questão: A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos. A respeito da competência atribuída pela Carta Constitucional a cada um deles, é **correto** afirmar que:

a) Legislar sobre serviço postal não é privativo da União.
b) Os estados, devidamente autorizados por Lei Complementar, poderão legislar sobre matérias inseridas na competência privativa da União Federal.
c) É competência privativa dos Estados proteger o meio ambiente.
d) Proporcionar os meios de acesso à cultura insere-se na competência comum apenas à União e aos Estados.
e) Nenhuma das alternativas é correta.

24ª Questão: A Constituição Federal assegura aos Estados, Distrito Federal e Municípios a autonomia como princípio básico da forma de Estado adotada. Sendo a intervenção a antítese da autonomia, a regra constitucional estabelece, prioritariamente, o princípio da não-intervenção, que, entretanto, pode ser excepcionado em alguns casos. Sobre isto, é **correto** afirmar:

a) O Estado poderá intervir em Município quando o Tribunal de Justiça prover representação que vise a assegurar a execução de ordem ou decisão judicial.

b) A União poderá intervir nos Estados para garantir o livre exercício de qualquer dos poderes, independentemente de solicitação do Poder coacto ou impedido, ou de representação do Supremo Tribunal Federal.

c) O decreto de intervenção especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução, devendo ser submetido à apreciação do Congresso Nacional ou Assembléia Legislativa no prazo de 5 (cinco) dias, salvo em caso de urgência comprovada.

d) Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas voltarão aos seus respectivos cargos, mesmo que verificados impedimentos legais.

e) Nenhuma das alternativas é correta.

25ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

Ao tratar das funções essenciais à Justiça, estabelece a Constituição Federal, com relação ao Ministério Público, que:

a) Incumbe-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais disponíveis.

b) A independência funcional é um dos seus princípios institucionais.

c) A elaboração de sua proposta orçamentária está excluída dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

d) Uma de suas funções institucionais é exercer o controle interno da atividade policial.

e) Nenhuma das alternativas é correta.

26ª Questão: Em se tratando da ordem econômica e financeira, estabelecida na Constituição Federal, é **correto** afirmar:

a) A partir de 1988, a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado é permitida apenas quando indispensável aos imperativos de segurança nacional.

b) As empresas públicas gozam de benefícios fiscais que não se estendem ao setor privado.
c) Como agente regulador da atividade econômica, o Estado exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, de forma determinante, tanto para o setor público, como para o privado.
d) A importação e exportação de produtos dos derivados básicos resultante da refinação de petróleo é monopólio da União.
e) Nenhuma das alternativas é correta.

27ª Questão: A educação é direito de todos e dever do Estado e da família, sendo promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Com base nisto, a Constituição Federal estabelece que o ensino será ministrado de acordo com determinados princípios, dentre os quais é **correto** citar:

a) Garantia de padrão de qualidade, e gestão democrática do ensino.
b) Igualdade de condições para o acesso à escola, devendo a permanência, ou não, ser avaliada conforme o rendimento individual.
c) Coexistência de instituições públicas e privadas, com unificação das concepções pedagógicas.
d) Valorização dos profissionais de ensino, e planos de carreira para o magistério público com piso salarial equivalente ao do setor privado.
e) Nenhuma das alternativas é correta.

28ª Questão: Sob o prisma do Código Civil em vigor, assinale, referentemente ao tema INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO (art. 166), a alternativa **INCORRETA**:

anulada

a) O fato de ser indeterminável o seu objeto anula o negócio jurídico.
b) É nulo o negócio jurídico quando a lei proíbe-lhe a prática, sem cominação de sanção.
c) É nulo o negócio jurídico quando tiver ele por objetivo fraudar lei imperativa.
d) O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação.
e) O negócio jurídico nulo não convalesce pelo decurso do tempo.

29ª Questão: É **correto** afirmar-se que, de acordo com o Código Civil atualmente em vigor:

a) Comete ato ilícito aquele que, mesmo atuando com omissão, não causa danos de qualquer espécie a outrem.

b) Comete ato ilícito aquele que causa danos a outrem, ainda que não tenha havido, de sua parte, ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência.

c) Comete ato ilícito aquele que, ao exercer um direito do qual é titular, excede manifestamente os limites impostos pelo fim social desse direito.

d) Não comete ato ilícito aquele que, ao exercer um direito do qual é titular, excede os limites da boa-fé.

e) Todas as alternativas são incorretas.

30ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

a) Os prazos de prescrição podem ser alterados por acordo das partes.

b) A prescrição só pode ser alegada, pela parte a quem aproveita, antes de ser proferida sentença de mérito na ação em que deve ser ela argüida.

c) O protesto cambial não interrompe a prescrição.

d) A prescrição só pode ser alegada pelo próprio titular do direito em via de ser por ela atingido.

e) Todas as alternativas são incorretas.

31ª Questão: Assinale a alternativa **correta**:

a) As prestações relativas a imóveis serão pagas, sempre, no lugar previsto contratualmente para o pagamento, ainda que diverso do local de situação do bem.

b) Mesmo que ocorra motivo grave, o devedor não poderá efetuar o pagamento em lugar diverso do previsto contratualmente, ainda que não decorra prejuízo para o credor.

c) O pagamento reiteradamente feito em outro local, faz presumir a renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

d) O pagamento será feito sempre no domicílio do devedor, não podendo as partes convencionar local diverso para o cumprimento da obrigação.

e) Todas as alternativas são incorretas.

32ª Questão: Nos contratos de compra e venda, assinale, dentre as respostas abaixo, a única alternativa **correta**:

a) É condição de validade do contrato a fixação de preço certo no próprio instrumento contratual.

b) A fixação de preço não pode ser feita em função de índices e parâmetros, ainda que suscetíveis de objetiva determinação.

c) O preço corrente nas vendas habituais do vendedor é critério válido

de atribuição do preço, quando a venda foi feita sem fixação do preço ou de critérios válidos para a sua determinação e não houver tabelamento oficial para o objeto do contrato.

d) Todas as alternativas são corretas.

e) Nenhuma das alternativas é correta.

33ª Questão: No que se refere aos contratos de SEGURO, assinale a alternativa **correta**:

a) No seguro de pessoas, a apólice ou o bilhete podem ser ao portador.

b) Os agentes autorizados do segurador, presumem-se seus representantes para todos os atos relativos aos contratos que agenciarem.

c) No seguro de responsabilidade civil, o segurador não garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiros.

d) A instituição de companheiro como beneficiário não é válida, se o segurado era apenas separado de fato na época da instituição.

e) É valida a cláusula que exclui o pagamento por suicídio, a qualquer tempo, do segurado.

34ª Questão: Assinale a alternativa **INCORRETA**:

a) Constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, passível de multa não superior a 20% do valor da causa, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, a desobediência ou a resistência às sentenças mandamentais.

b) Na hipótese anterior, não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado.

c) É possível deferir-se a tutela antecipada em relação à parcela ou parcelas do pedido que estejam apoiadas em fatos incontroversos, dispensado nesse caso o requisito da urgência.

d) Não se aplica o princípio da fungibilidade às medidas antecipatórias de tutela, quando a esse título o autor requerer providência de natureza cautelar.

e) Para que as medidas antecipatórias tenham efetividade, poderá o autor promover, no que couber e conforme a natureza da tutela deferida, a execução provisória (art. 588) ou, ainda, a execução de obrigação de fazer ou de não fazer (art. 461, §§ 4º e 5º).

35ª Questão: Examine as seguintes proposições e assinale a alternativa **INCORRETA**:

a) Reformada a sentença terminativa, o tribunal poderá

desde logo julgar a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

b) A audiência preliminar somente será realizada em causas versando direitos disponíveis.

c) O juiz poderá desde logo sanear o processo e ordenar a produção da prova se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção.

d) Submete-se ao duplo grau de jurisdição a sentença que anula o casamento.

e) Descabe a devolução oficial ou a remessa de ofício das sentenças de procedência de embargos do devedor na execução de dívida ativa não excedente a sessenta salários mínimos.

36ª Questão: Examine as seguintes proposições e aponte a alternativa **INCORRETA**:

a) Em face do princípio da eventualidade, uma vez apresentada a contestação, não é dada ao réu a possibilidade de contestar novamente ou de completar ou aditar a já apresentada.

b) A contestação e a reconvenção serão oferecidas simultaneamente em peças autônomas. Todavia, o réu não precisará contestar para poder reconvir.

c) O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público. Podem, por isso mesmo, contestar por negação geral.

d) Só a incompetência absoluta pode ser argüida em preliminar de contestação. A incompetência relativa deve ser argüida por meio de exceção, sob pena de preclusão, prorrogando-se a competência.

e) A autoridade judiciária dispõe de poder para, em agindo de ofício, substituir, em sede de mandado de segurança, o órgão apontado como coator pelo impetrante. Nesse contexto, o juiz tem competência para ordenar a mutação subjetiva no pólo passivo da relação processual.

37ª Questão: Examine as seguintes proposições, e assinale a alternativa **INCORRETA**:

a) É vedada ao juiz a decretação de ofício da incompetência relativa.

b) A sentença que pronuncia a decadência ou a prescrição é definitiva.

c) É terminativa a sentença que extingue o processo quando o autor renuncia ao direito sobre que se funda a ação.

d) A lei processual confere o benefício da prioridade de todos os atos e diligências, em qualquer instância, em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 65 anos.
e) É passível de retratação a decisão que indefere a inicial quando o autor interpor recurso de apelação.

38ª Questão: Assinale a alternativa **INCORRETA**:

a) As diligências requeridas pelo Ministério Público são pagas a final pelo vencido, mas adiantadas pelo autor da ação.
b) A falta de intervenção do Ministério Público nas causas em que sua intervenção for obrigatória enseja a nulidade do processo, e será declarada ainda que ausente prejuízo ao interesse público.
c) A intervenção do Ministério Público poderá ocorrer por provocação da parte, por iniciativa do próprio órgão ministerial ou por iniciativa do juiz, de ofício, determinando sua intimação.
d) Os membros do Ministério Público são agentes políticos e assim como os juízes somente respondem por responsabilidade quando agem com dolo ou fraude no exercício de sua função. Não estão sujeitos à responsabilidade quando agem com culpa.
e) Enseja nulidade a falta de intimação do Ministério Público nas hipóteses de obrigatoriedade e não a ausência de efetiva manifestação deste no processo quando regularmente intimado.

39ª Questão: No pertinente à ação civil pública, assinale a alternativa **INCORRETA**:

a) Na ação civil pública o juiz não pode conferir efeito suspensivo aos recursos para evitar dano irreparável à parte, já que tal providência somente poderá ser deferida pelo tribunal competente.
b) Reparado o dano ambiental e não havendo base para a propositura de ação civil pública, o inquérito civil deve ser arquivado, sem prejuízo de eventuais providências penais.
c) Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil pública e indicando-lhe os elementos de convicção.
d) Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a

propositura da ação civil pública, estes remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

e) Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

40ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

a) A pena de reclusão, inferior a 4 (quatro) anos, pode ser aplicada, cumulativamente, com uma restritiva de direitos.

b) Em face da retroatividade da norma penal mais benigna, pode o juiz da condenação, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, aplicar a Lei das Penas Alternativas ao apenado que cumpre pena por delito praticado anteriormente à sua vigência.

c) A pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, que substitui a reclusiva, aplicada em 3 (três) anos de reclusão, pode, se preferir o beneficiado, trabalhando mais horas diárias, ser cumprida em 1 (um) ano.

d) A pena de detenção não pode ser cumprida em regime fechado.

e) Nenhuma das alternativas está correta.

41ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

a) A pena corporal de 6 (seis) meses de detenção aplicada ao usuário, pelo crime de uso de entorpecentes, condenado, também pelo mesmo crime, em 20 (vinte) dias-multa, não pode ser substituída por outra pecuniária.

b) O crime de uso de entorpecente não admite a progressão de regime por ser considerado hediondo.

c) A pena de reclusão, por qualquer atividade delituosa, inferior a 4 (quatro) anos, sendo o réu primário e de bons antecedentes, impede ao juiz estabelecer o seu cumprimento, desde o início, em regime fechado.

d) Cominadas penas alternativas à sanção do crime praticado, o juiz deve escolher, entre elas, a que seja mais compatível com a maior ou menor gravidade do delito.

e) Nenhuma das alternativas está correta.

42ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

a) O reconhecimento, na sentença, pelo juiz, da prescrição da pretensão punitiva, impede ao acusado, por ausência de interesse, a

interposição de recurso que objetiva a absolvição.

b) Os crimes de racismo e de tortura são imprescritíveis.
c) A prescrição retroativa pode ser reconhecida pelo juiz na sentença condenatória.
d) A publicação da sentença, certificada, nos autos, interrompe o curso da prescrição.
e) Nenhuma das alternativas está correta.

43ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

a) Na prescrição retroativa, o prazo prescricional é acrescido de 1/3 (um terço), se o condenado é reincidente.
b) A sentença condenatória de 1º grau, reformada pelo Tribunal, com a absolvição do acusado, conserva o efeito interruptivo da prescrição.
c) A prescrição intercorrente pode ter por termo inicial a data da consumação do delito.
d) A sentença de pronúncia suspende a prescrição.
e) Nenhuma das alternativas está correta.

44ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

a) No crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, a reparação do dano, depois de iniciada a ação penal e antes da sentença de 1º grau, extingue a punibilidade, se os ferimentos não forem graves.
b) Comete crime de omissão de socorro, definido no art. 304 do Código de Trânsito Brasileiro, o terceiro, motorista ou pedestre que, não tendo se envolvido no acidente, deixa de prestar socorro à vítima, quando era a única pessoa no local em condições de fazê-lo.
c) Pratica o delito de fuga, definido no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, o motorista, envolvido, sem culpa, no acidente, que, podendo prestar socorro à vítima, afasta-se do local, solicitando-o à autoridade pública.
d) Só comete o delito de embriaguez ao volante, enquadrado no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, o motorista que dirigindo embriagado em via pública expõe a risco determinada pessoa.
e) Nenhuma das alternativas está correta.

45ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

a) A ausência de subtração de bens da vítima, ainda que tenha ocorrido o homicídio, impede o reconhecimento do delito de latrocínio.
b) No julgamento, pelo Tribunal do Júri, argüida a tese da legítima defesa, tendo os

jurados respondido, negativamente, aos quesitos referentes ao uso dos meios necessários e sua respectiva moderação, só por iniciativa da parte pode lhes ser submetido o excesso culposo.

c) No crime de injúria, sendo o ofendido funcionário público, ao ofensor é permitido opor-lhe a exceção da verdade, se a ofensa é irrogada em face da sua condição funcional.

d) Para a caracterização do delito de difamação, é indiferente que a imputação seja falsa ou verdadeira.

e) Nenhuma das alternativas está correta.

46ª Questão: Considerando que em matéria de recursos vige o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, assinale a resposta **correta**:

a) Em recurso de apelação do Ministério Público que objetiva a aplicação de pena mais grave, pode o Tribunal, por sua Câmara Criminal, absolver o réu, mantendo a condenação do co-réu não apelante?

b) Pode o Tribunal conhecer de recurso de apelação interposto ao réu, a quem o Juiz na sentença negou os benefícios do artigo 594 do CPP?

c) Em caso de condenação, o Defensor Dativo nomeado para o réu que não tem condições econômicas de arcar com as despesas de defesa está obrigado a interpor recurso de apelação?

d) Dentro do princípio da retratação, pode o Ministério Público desistir do recurso de apelação interposto?

e) Em recurso de decisão de crime da competência do Tribunal do Júri anulado pela 2ª instância (art. 593, III, *d*, CPP), pode o Corpo de Jurados, em novo julgamento, proferir decisão mais gravosa ao réu?

47ª Questão: Policiais "de campana" em frente da casa de conhecido traficante flagram usuário que recém havia adquirido duas petecas de cocaína. Convencendo o adquirente, este retorna para nova aquisição, acompanhado de um dos policiais, quando é anunciada a prisão em flagrante do traficante. Qual tipo de prisão em flagrante poderíamos enquadrar o traficante?

a) Flagrante próprio

b) Flagrante esperado

c) Flagrante compulsório

d) Flagrante impróprio

e) Flagrante forjado

48ª Questão: O Mandado de Segurança é ação de natureza civil, de rito sumaríssimo e fundamento constitucional, destinado a proteger direito líquido e certo do cidadão. Assinale a possibilidade correta de uso do *writ* na ação penal.

a) Para obstar o processamento de correição parcial, quando admitida pelo Juiz corrigido.
b) Para devolução de bem móvel apreendido por força de inadimplência de contrato de financiamento por agente particular.
c) Contra decisão do Magistrado sentenciante que negou o direito à progressão de regime de réu condenado com decisão transitada em julgado.
d) Contra decisão de Magistrado que em ação penal pública inadmitiu o Assistente de Acusação.
e) Para atribuir efeito suspensivo a recurso de embargos de declaração interposto de decisão que anulou julgamento do Tribunal do Júri, por decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

49ª Questão: Os crimes contra a honra, via de regra, são de ação penal privada, admitindo a exceção da verdade, nos casos de:

a) Crime de calúnia praticado contra o Presidente da República.
b) Nos crimes de difamação contra colunista, editor chefe de jornal de grande circulação, atribuindo conduta desonrosa por um relacionamento extraconjugal.
c) Crime de calúnia contra cidadão comum praticado pela imprensa, quando o ofendido assim o permitir.
d) A ofensa imputada for de ação penal pública, e o autor do fato imputado tenha sido absolvido por sentença irrecorrível.
e) Crime de injúria cometido por Vereador, devendo a *exceptio veritatis* ser julgada pelo Tribunal de Justiça Estadual, por força de foro privilegiado previsto no Decreto-Lei n. 201/67.

50ª Questão: Nos julgamentos pelo Tribunal do Júri, uma vez instalada a sessão e iniciados os debates, é permitido ao advogado de defesa ou à acusação pública:

a) Que procedam à inquirição ou a indagações às testemunhas de plenário, somente com a intermediação do Juiz, em obediência ao sistema presidencialista de inquirição no processo penal.
b) Requererem e terem deferida a dispensa de testemunha que seria inquirida em plenário, independente da manifestação de interesse de ouvida desta, por qualquer jurado.
c) Requererem e terem deferido pedido de suspensão da sessão de julgamento e dissolução do Conselho de Sentença, pela ausência de testemunha de defesa residente fora da comarca.
d) Na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, o advogado de defesa atestar fatos como

testemunha pessoal do caso, mesmo que venha a causar surpresa à acusação.

e) Proceder ao aditamento do libelo crime acusatório, de crime de homicídio tentado, se, após a pronúncia, a vítima vem a óbito em decorrência dos ferimentos recebidos.

51ª Questão: Nos termos do artigo 268 do Código de Processo Penal, é admissível a intervenção do ofendido como Assistente do Ministério Público.

a) Poder Público, nos casos de crimes de peculato, pode habilitar-se como Assistente de Acusação, na defesa de seus direitos.

b) Nos crimes de ação pública é admissível a intervenção do Assistente de Acusação no pedido de *Habeas Corpus* em favor do denunciado.

c) Assistente de Acusação pode intervir, como auxiliar da acusação, nos processos de competência do Tribunal do Júri até o momento de sorteio dos Jurados.

d) É inadmissível nos crimes de competência do Tribunal do Júri recurso de sentença de absolvição sumária interposto pelo Assistente de Acusação.

e) Admite-se recurso de decisão desclassificatória de crime de competência do Tribunal do Júri para crime de competência de Juiz singular, ante a inércia recursal do Ministério Público.

52ª Questão: Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

a) Condenada gestante ou condenado maior de 70 (setenta) anos.

b) Condenado acometido de doença grave ou condenada gestante ou condenada com filho menor ou deficiente físico mental.

c) Condenado maior de 70 (setenta) anos ou acometido de doença grave ou condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental.

d) Condenado maior de 70 (setenta) anos ou acometido de doença grave ou congênita, gestante ou condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental.

e) Nenhuma das alternativas acima está correta.

53ª Questão: Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança:

a) A requerimento do Ministério Público.

b) De ofício ou a requerimento do Ministério Público.
c) A requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa.
d) De ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa.
e) Nenhuma das alternativas acima está correta.

54ª Questão: Contra despacho judicial denegatório de mudança de regime prisional, qual(is) recurso(s) cabível(veis):

a) Recurso em sentido estrito.
b) Recurso em sentido estrito ou Agravo.
c) Agravo, sem efeito suspensivo.
d) Agravo com efeito suspensivo.
e) Nenhuma das alternativas acima está correta.

55ª Questão: À luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, assinale a alternativa **INCORRETA** no que tange à atuação dos hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde das gestantes:

a) São obrigados a manter registro das atividades desenvolvidas, por meio de prontuários individuais ou coletivos, pelo prazo de 5 (cinco) anos.
b) São obrigados a identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pelas autoridades competentes.
c) São obrigados a proceder a exame visando ao diagnóstico e à terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais.
d) São obrigados a fornecer declaração de nascimento na qual constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato.
e) Nenhuma das alternativas anteriores está correta.

56ª Questão: No que se refere à guarda da criança ou adolescente à luz do respectivo Estatuto, é **correto** afirmar:

a) Não obriga à prestação de assistência material e assistencial à criança ou adolescente.
b) Na adoção por estrangeiros pode ser deferida liminarmente nos procedimentos de tutela ou adoção.
c) Pode ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.
d) Não confere àquele que a detém o direito de se opor aos pais da criança ou adolescente.
e) Nenhuma das alternativas acima está correta.

57ª Questão: Assinale a alternativa que contém a afirmação **correta** em face do Estatuto da Criança e do Adolescente:

a) Excluídas as atividades perigosas, insalubres e perniciosas ao seu desenvolvimento moral, ao adolescente é permitido trabalho noturno desde que realizado entre 22 horas de um dia e às 6 horas do dia seguinte.

b) As crianças menores de 10 (dez) anos de idade poderão ingressar em locais de apresentação ou exibição desacompanhadas dos pais, desde que não haja prejuízo à sua formação moral.

c) Nas infrações graves, como as cometidas com violência à pessoa, o adolescente sujeita-se à reclusão que não poderá exceder 3 (três) anos.

d) O adolescente privado de liberdade somente poderá peticionar às autoridades por intermédio de seu advogado ou curador especial.

e) A adoção atribui ao adotado os mesmos direitos sucessórios dos demais filhos.

58ª Questão: Assinale a alternativa **INCORRETA**.

Dentre as competências do Presidente do Tribunal de Justiça (Ato Regimental n. 2/89) no exercício do seu mandato, ele pode:

a) Dar licença a Juiz de Direito.

b) Expedir em seu nome ordens que não dependerem de acórdão ou da competência privativa dos relatores.

c) Interferir na relatoria dos magistrados, determinando inclusão ou exclusão de processos em pauta.

d) Tomar parte na eleição de magistrados, em listas, ou de juristas, para compor os quadros do Tribunal Regional Eleitoral.

e) Nenhuma das alternativas acima está correta.

59ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

O conhecimento, pelo juiz de plantão, de medidas cautelares urgentes, não dependerá do adiantamento das custas judiciárias, quando:

a) Houver dispensa pelo Ministério Público.

b) Quando o juiz assim o entender mandando recolhê-las em 48 horas.

c) A parte intentar agravo inominado.

d) O postulante requerer em causa própria.

e) Nenhuma das alternativas acima está correta.

60ª Questão: Assinale a alternativa **correta**.

A Câmara Civil Especial instituída pelo Ato Regimental n. 40/2000 dispõe de competência para:

a) Apreciar a admissibilidade de efeito suspensivo em medidas cautelares.
b) Apreciar a admissibilidade e pedido liminar em tutela antecipada.
c) Apreciar a admissibilidade e os pedidos de efeito suspensivo em agravos de instrumento.
d) Apreciar mérito de recurso, pondo fim ao processo.
e) Nenhuma das alternativas acima está correta.

Florianópolis, 16 de março de 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MEDIDA CAUTELAR

MEDIDA CAUTELAR EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 420.560-2 — SANTA CATARINA

Relator: Min. Marco Aurélio
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogado: Dr. Miguel Ângelo Sedrez Junior
Recorrida: Gerda Haag
Advogado: Dr. Mauro Dorigatti

Pensão — Igualização ao salário de benefício do servidor — Leis ns. 8.213/91 e 9.032/95 — Data do óbito — Irrelevância — Processos em curso no território nacional — Suspensão — Indeferimento. Embora a maioria admita a suspensão dos processos em curso, considerado certo recurso extraordinário — artigo 14 da Lei n. 10.259/01 —, entendimento em relação ao qual continuo guardando reserva, descabe a providência quando o conflito de interesses envolvido está ligado ao direito de viúva de perceber pensão em valor idêntico ao salário de benefício do servidor falecido, independentemente da data do óbito.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a presidência do Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das no-

tas taquigráficas, por unanimidade de votos, em referendar a decisão na medida cautelar nos termos do voto do relator.

Brasília, 30 de março de 2004.

Min. Marco Aurélio – Relator.

Relatório

O Senhor Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, a matéria é simples. Diz respeito a conflito de leis no tempo: a aplicação imediata da Lei n. 9.032/95, que equiparou a pensão ao que percebido pelo cônjuge, falecido, ou a aplicação da lei pretérita em vigor na data do óbito.

O Instituto vem recorrendo dessas decisões e pleiteia, como medida acauteladora, a suspensão de todos os processos em curso.

Indeferi tal suspensão, pois entendo que a situação concreta está muito mais próxima da aplicação imediata da lei — não é retroativa para alcançar um período anterior —, considerada a relação jurídica existente, que é de débito continuado, igualizando-se a pensão da mesma forma que ocorreu, tendo em conta um diploma de envergadura maior — a Carta da República —, quanto aos servidores.

É o relatório.

Voto

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator): Proponho à Turma o referendo do ato praticado — e que implicou o indeferimento da suspensão dos processos nos diversos juizados do País —, cujo teor é o seguinte:

Juizados Especiais — Recurso extraordinário — Liminar suspensiva de processos em curso – Limites subjetivos e objetivos da lide – Indeferimento.

1. A Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina entendeu que todos os benefícios de pensão, independentemente da lei em vigor ao tempo do óbito do segurado, são alcançados pelas alterações introduzidas pelas Leis de ns. 8.213/91 e 9.032/95, a partir das respectivas edições.

O Instituto Nacional do Seguro Social interpôs recurso extraordinário, evocando esteio da alínea *a* do permissivo constitucional. Aponta violação aos artigos 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, da Carta Política da República e sustenta que o ato de concessão do benefício previdenciário é ato jurídico perfeito, não podendo ser alterado por lei posterior que tenha alterado percentual do benefício, no caso a pensão. Além disso, prossegue, inviável é a majoração da pensão, de 50% e 100%, sem a correspondente fonte de custeio, sob pena de romper-se o equilíbrio atuarial do sistema. O recorrente requer, tendo em vista a plausibilidade do direito evocado, o receio de dano de difícil reparação e o teor do artigo 14, § 5º, da Lei n. 10.259/2001, "seja concedida medida liminar suspendendo todos os processos nos

quais a controvérsia esteja estabelecida".

2. Para indeferir a pretensão liminar, valho-me de voto que cheguei a proferir em sessão administrativa na qual submetida proposta de emenda regimental que visava a disciplinar o tema. Eis o teor do voto:

"Processo : 318.715

"Assunto: Emenda Regimental – art. 323, RISTF.

"A proposta de emenda regimental visa a dar ao artigo 321, cabeça, do Regimento Interno texto adaptado às normas constitucionais em vigor e a inserir nesse artigo o § 5º com a seguinte redação:

'Art. 321 — O recurso extraordinário para o Tribunal será interposto no prazo estabelecido na lei processual pertinente, com indicação do dispositivo que o autorize, dentre os casos previstos nos artigos 102, II, *a*, *b*, *c*, e 121, § 3º, da Constituição Federal.

'§ 5º Ao recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, aplicam-se as seguintes regras:

'I — verificada a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio da ocorrência de dano de difícil reparação, em especial quando a decisão recorrida contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, poderá o relator conceder de ofício ou a requerimento do interessado, *ad referendum* do Plenário, medida liminar para determinar o sobrestamento, na origem, dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, até o pronunciamento desta Corte sobre a matéria;

'II — o relator, se entender necessário, solicitará informações ao Presidente da Turma Recursal ou ao Coordenador da Turma de Uniformização, que serão prestadas no prazo de 5 (cinco) dias;

'III — eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da decisão concessiva da medida cautelar prevista no inciso I deste § 5º;

'IV — o relator abrirá vistas dos autos ao Ministério Público Federal, que deverá pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias;

'V — recebido o parecer do Ministério Público Federal, o relator lançará relatório, colocando-o à disposição dos demais ministros, e incluirá o processo em pauta para julgamento, com preferência sobre todos os demais feitos, à exceção dos processos com réus presos, *habeas corpus* e mandado de segurança;

'VI — eventuais recursos extraordinários que versem idêntica controvérsia constitucional, recebidos subseqüentemente em quaisquer Turmas Recursais ou de Uniformização, ficarão sobrestados, aguardando-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal;

'VII — publicado o acórdão respectivo, em lugar especificadamente destacado no Diário da Justiça da União, os recursos referidos no inciso anterior serão apreciados pelas Turmas Recursais ou de Uniformização, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se cuidarem de tese não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal;

'VIII — o acórdão que julgar o recurso extraordinário conterá, se for o caso, súmula sobre a questão constitucional controvertida, e dele será enviada cópia ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, para comunicação a todos os Juizados Especiais Federais e às Turmas Recursais e de uniformização'.

"Quanto à proposta de alteração da cabeça do artigo 321 do Regimento Interno, tem-se simples atualização para que ocorra referência aos dispositivos constitucionais hoje em vigor, ou seja, aos artigos 102, inciso III, alíneas *a*, *b* e *c*, e 121, § 3º, da Constituição Federal.

"Surge a problemática referente à inserção do § 5º e incisos ao artigo 321. Por força de norma legal — § 2º do artigo 542 do Código de Processo Civil —, os recursos extraordinário e especial são recebidos apenas no efeito devolutivo. A concessão de eficácia suspensiva corre à conta de situação extravagante, conforme proclamado em inúmeros casos pelo próprio Tribunal. Há a necessidade de o interessado buscar o efeito excepcional — que é o suspensivo —, mediante o ajuizamento, em face do poder de cautela geral do Judiciário, de ação cautelar. Impossível é ter-se regra regimental a alijar o que, previsto no Código de Processo Civil, conferindo ao relator a faculdade de, sem provocação da parte, ou mediante requerimento desta, deferir liminar. Acresça-se dado de maior envergadura, considerado o sistema processual vigente até aqui. A proposta efetuada possibilita que a liminar deferida no recurso extraordinário, possuidor de balizas subjetivas próprias, alcance processos diversos em curso em qualquer juizado do País. O preceito ganha alcance superlativo, dando ao relator no Supremo Tribunal Federal incumbência que extravasa os limites subjetivos do processo a ele distribuído. Implica a possibilidade de atuar em situação idêntica à prevista quanto ao processo objetivo revelador da ação declaratória de constitucionalidade, no que o artigo 21 da Lei n. 9.868/99 estabelece — talvez mesmo diante circunstância de tratar-se de processo objetivo — a possibilidade de o Plenário, e não o relator, suspender, em medida cautelar, o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. Descabe estender a previsão, via norma regimental, ao âmbito do processo subjetivo, ao recurso extraordinário, com a peculiaridade de ter-se a atuação do relator. Frise-se, por oportuno, que o artigo 14 da Lei n. 10.259/01 refere-se a pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre

questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei, sinalizando a ordem natural das coisas, e até mesmo o § 4º do citado artigo, o órgão competente para o julgamento do incidente de uniformização, ou seja, a Turma de Uniformização, que, iniludivelmente, não estará integrada ao Supremo Tribunal Federal. O § 6º do artigo mencionado, mais uma vez, dispondo acerca de pedidos de uniformização idênticos, remete às Turmas Recursais, versando a retenção para que se aguarde o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. Nem se diga que o § 10º alude não só aos tribunais regionais, como também ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. O preceito longe fica de direcionar à conclusão segundo a qual cumpre ao Supremo pacificar, em incidente de uniformização, a jurisprudência dos Juizados Especiais. A referência nele contida, considerada a cláusula 'no âmbito de suas competências', diz respeito à admissibilidade do recurso extraordinário interposto na origem em processo subjetivo. Vale dizer, cumpre ao Supremo Tribunal Federal apenas a fixação das balizas a serem observadas pelo juízo primeiro de admissibilidade do extraordinário. Vale salientar que o Diário Oficial, na Seção 1, de ontem, 1º de outubro de 2003, publicou a Resolução do Conselho de Justiça Federal n. 330, de 5 de setembro de 2003, aprovando o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, presidida pelo Coordenador-Geral da Justiça Federal e integrada ainda por dez juízes federais, sendo dois de cada Região. Assim, além da observância da ordem natural das coisas — a uniformização é no âmbito de certo Tribunal ou, no caso, considerados os juizados especiais e respectivas Turmas, não cabendo, ante mesmo a existência de mecanismo próprio, qual seja, os embargos de divergência do artigo 546 do Código de Processo Civil, dentro do Supremo Tribunal Federal, ter-se-á conflito de normas regimentais, com sobreposição de medidas uniformizadoras — no Supremo e na Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência. Quanto aos demais incisos propostos, seguem eles a sorte do inciso I, cabendo algumas observações. No tocante ao inciso III, tenho a regra como a modificar a relação processual do próprio recurso extraordinário, no que se prevê que 'eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias, a contar da publicação da decisão concessiva da medida cautelar prevista no inciso I deste § 5º' — redação em conformidade com o § 7º do artigo 14 da Lei n. 10.259/2001. Tem este dispositivo íntima ligação com o incidente de uniformização de competência da Turma Recursal e não do Supremo Tribunal Federal. Também não vejo como disciplinar-se sobrestamento de processos diversos, nos quais interposto recurso extraordinário, com a automaticidade contemplada no inciso VI. As partes têm o direito constitucional à tramitação regular dos processos, não havendo como caminhar para a mes-

clagem sugerida, mormente via norma regimental. Descabe ainda a eficácia vinculante retratada no inciso VII que se pretende aprovar. Até aqui não houve reforma constitucional em tal sentido, a ponto de transferir-se aos próprios órgãos prolatores das decisões impugnadas mediante o recurso extraordinário o julgamento deste. Em síntese, peço vênia para votar contra a inserção do § 5º no artigo 321 do Regimento Interno do Tribunal, considerado o teor proposto".

3. Indefiro a medida acauteladora de suspensão de processos em curso a versarem sobre a matéria, reafirmando a necessidade de se atentar para a organicidade e a dinâmica tão próprias ao Direito instrumental, surgindo, nesse campo, com valia inafastável, as balizas subjetivas e objetivas do processo. A decisão, uma vez coberta pelo manto da coisa julgada material, eficácia que a torna imutável e indiscutível quando não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas — artigos 467 e 468 do Código de Processo Civil.

4. À Turma, para o crivo regimental.

5. Após a apreciação, referendada ou não esta decisão, colha-se o parecer do Procurador-Geral da República, observada a interposição do recurso extraordinário com alegada base na alínea *a* do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal.

6. Publique-se e intime-se pessoalmente a União.

É o meu voto.

SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EDITADAS APÓS A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL PROMULGADA EM 5 DE OUTUBRO DE 1988

SÚMULA 622

Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança.

SÚMULA 623

Não gera por si só a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer do mandado de segurança com base no art. 102, I, *n*, da Constituição, dirigir-se o pedido contra deliberação administrativa do tribunal de origem, da qual haja participado a maioria ou a totalidade de seus membros.

SÚMULA 624

Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais.

SÚMULA 625

Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.

SÚMULA 626

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

SÚMULA 627

No mandado de segurança contra a nomeação de magistrado da com-

petência do Presidente da República, este é considerado autoridade coatora, ainda que o fundamento da impetração seja nulidade ocorrida em fase anterior do procedimento.

SÚMULA 628

Integrante de lista de candidatos a determinada vaga da composição de tribunal é parte legítima para impugnar a validade da nomeação de concorrente.

SÚMULA 629

A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.

SÚMULA 630

A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.

SÚMULA 631

Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário.

SÚMULA 632

É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.

SÚMULA 633

É incabível a condenação em verba honorária nos recursos extraordinários interpostos em processo trabalhista, exceto nas hipóteses previstas na Lei n. 5.584/70.

SÚMULA 634

Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.

SÚMULA 635

Cabe ao presidente do tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

SÚMULA 636

Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

SÚMULA 637

Não cabe recurso extraordinário contra acórdão de tribunal de justiça que defere pedido de intervenção estadual em município.

SÚMULA 638

A controvérsia sobre a incidência, ou não, de correção monetária em operações de crédito rural é de natureza infraconstitucional, não viabilizando recurso extraordinário.

SÚMULA 639

Aplica-se a Súmula 288 quando não constarem do traslado do agravo de instrumento as cópias das peças necessárias à verificação da tempestividade do recurso extraordinário não admitido pela decisão agravada.

SÚMULA 640

É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.

SÚMULA 641

Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido.

SÚMULA 642

Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal.

SÚMULA 643

O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares.

SÚMULA 644

Ao titular do cargo de procurador de autarquia não se exige a apresentação de instrumento de mandato para representá-la em juízo.

SÚMULA 645

É competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.

SÚMULA 646

Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

SÚMULA 647

Compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar do Distrito Federal.

SÚMULA 648

A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC n. 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplica-

bilidade condicionada à edição de lei complementar.

SÚMULA 649

É inconstitucional a criação, por Constituição Estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros poderes ou entidades.

SÚMULA 650

Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.

SÚMULA 651

A medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional podia, até a EC n. 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição.

SÚMULA 652

Não contraria a Constituição o art. 15, § 1º, do DL n. 3.365/41 (Lei da Desapropriação por Utilidade Pública).

SÚMULA 653

No Tribunal de Contas Estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembléia Legislativa e três pelo Chefe do Poder Executivo Estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro à sua livre escolha.

SÚMULA 654

A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado.

SÚMULA 655

A exceção prevista no art. 100, *caput*, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza.

SÚMULA 656

É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão *inter vivos* de bens imóveis — ITBI com base no valor venal do imóvel.

SÚMULA 657

A imunidade prevista no art. 150, VI, *d*, da CF abrange os filmes e papéis fotográficos necessários à publicação de jornais e periódicos.

SÚMULA 658

São constitucionais os arts. 7º da Lei n. 7.787/89 e 1º da Lei n. 7.894/

89 e da Lei n. 8.147/90, que majoraram a alíquota do Finsocial, quando devida a contribuição por empresas dedicadas exclusivamente à prestação de serviços.

SÚMULA 659

É legítima a cobrança da Cofins, do PIS e do Finsocial sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

SÚMULA 660

Até a vigência da EC n. 33/2001, não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto.

SÚMULA 661

Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro.

SÚMULA 662

É legítima a incidência do ICMS na comercialização de exemplares de obras cinematográficas, gravadas em fitas de videocassete.

SÚMULA 663

Os §§ 1º e 3º do art. 9º do DL n. 406/68 foram recebidos pela Constituição.

SÚMULA 664

É inconstitucional o inciso V do art. 1º da Lei n. 8.033/90, que instituiu a incidência do imposto nas operações de crédito, câmbio e seguros — IOF sobre saques efetuados em caderneta de poupança.

SÚMULA 665

É constitucional a taxa de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários instituída pela Lei n. 7.940/89.

SÚMULA 666

A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.

SÚMULA 667

Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa.

SÚMULA 668

É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional n. 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.

SÚMULA 669

Norma legal que altera o prazo de recolhimento da obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade.

SÚMULA 670

O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

SÚMULA 671

Os servidores públicos e os trabalhadores em geral têm direito, no que concerne à URP de abril/maio de 1988, apenas ao valor correspondente a 7/30 de 16,19% sobre os vencimentos e salários pertinentes aos meses de abril e maio de 1988, não cumulativamente, devidamente corrigido até o efetivo pagamento.

SÚMULA 672

O reajuste de 28,86%, concedido aos servidores militares pelas Leis ns. 8.662/93 e 8.627/93, estende-se aos servidores civis do Poder Executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferenciados concedidos pelos mesmos diplomas legais.

SÚMULA 673

O art. 125, § 4º, da Constituição, não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo.

SÚMULA 674

A anistia prevista no art. 8º do ADCT não alcança os militares expulsos com base em legislação disciplinar ordinária, ainda que em razão de atos praticados por motivação política.

SÚMULA 675

Os intervalos fixados para descanso e alimentação durante a jornada de seis horas não descaracterizam o sistema de turnos ininterruptos de revezamento para o efeito do art. 7º, XIV, da Constituição.

SÚMULA 676

A garantia da estabilidade provisória prevista no art. 10, II, *a*, do ADCT, também se aplica ao suplente do cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes (Cipa).

SÚMULA 677

Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade.

SÚMULA 678

São inconstitucionais os incisos I e III do art. 7º da Lei n. 8.162/91 que afastam, para efeito de anuênio e de licença-prêmio, a contagem do tempo de serviço regido pela CLT dos servi-

dores que passaram a submeter-se ao Regime Jurídico Único.

SÚMULA 679

A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva.

SÚMULA 680

O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos.

SÚMULA 681

É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.

SÚMULA 682

Não ofende a Constituição a correção monetária no pagamento com atraso dos vencimentos de servidores públicos.

SÚMULA 683

O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

SÚMULA 684

É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público.

SÚMULA 685

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

SÚMULA 686

Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.

SÚMULA 687

A revisão de que trata o art. 58 do ADCT não se aplica aos benefícios previdenciários concedidos após a promulgação da Constituição de 1988.

SÚMULA 688

É legítima a incidência da contribuição previdenciária sobre o 13º salário.

SÚMULA 689

O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o Juízo Federal do seu domicílio ou nas varas federais da capital do Estado Membro.

SÚMULA 690

Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamen-

to de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais.

SÚMULA 691

Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

SÚMULA 692

Não se conhece de *habeas corpus* contra omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respeito.

SÚMULA 693

Não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.

SÚMULA 694

Não cabe *habeas corpus* contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública.

SÚMULA 695

Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade.

SÚMULA 696

Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz , dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

SÚMULA 697

A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo.

SÚMULA 698

Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.

SÚMULA 699

O prazo para interposição de agravo, em processo penal, é de cinco dias, de acordo com a Lei n. 8.038/90, não se aplicando o disposto a respeito nas alterações da Lei n. 8.950/94 ao Código de Processo Civil.

SÚMULA 700

É de cinco dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal.

SÚMULA 701

No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo.

SÚMULA 702

A competência do tribunal de justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.

SÚMULA 703

A extinção do mandato do prefeito não impede a instauração de processo pela prática dos crimes previstos no art. 1º do DL n. 201/67.

SÚMULA 704

Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.

SÚMULA 705

A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta.

SÚMULA 706

É relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção.

SÚMULA 707

Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo.

SÚMULA 708

É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro.

SÚMULA 709

Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela.

SÚMULA 710

No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem.

SÚMULA 711

A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime

permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

SÚMULA 712

É nula a decisão que determina o desaforamento de processo da competência do júri sem audiência da defesa.

SÚMULA 713

O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição.

SÚMULA 714

É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.

SÚMULA 715

A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.

SÚMULA 716

Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

SÚMULA 717

Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

SÚMULA 718

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

SÚMULA 719

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

SÚMULA 720

O art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, que reclama decorra do fato perigo de dano, derrogou o art. 32 da Lei das Contravenções Penais no tocante à direção sem habilitação em vias terrestres.

SÚMULA 721

A competência constitucional do tribunal do júri prevalece sobre o

foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual.

SÚMULA 722

São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento.

SÚMULA 723

Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

SÚMULA 724

Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, *c*, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades.

SÚMULA 725

É constitucional o § 2º do art. 6º da Lei n. 8.024/90, resultante da conversão da MP n. 168/90, que fixou o BTN fiscal como índice de correção monetária aplicável aos depósitos bloqueados pelo Plano Collor I.

SÚMULA 726

Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.

SÚMULA 727

Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente à causa instaurada no âmbito dos juizados especiais.

SÚMULA 728

É de três dias o prazo para a interposição de recurso extraordinário contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral, contado, quando for o caso, a partir da publicação do acórdão, na própria sessão de julgamento, nos termos do art. 12 da Lei n. 6.055/74, que não foi revogado pela Lei n. 8.950/94.

SÚMULA 729

A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.

SÚMULA 730

A imunidade tributária conferida a instituições de assistência social sem fins lucrativos pelo art. 150, VI, *c*, da Constituição, somente alcança as entidades fechadas de previdência social privada se não houver contribuição dos beneficiários.

SÚMULA 731

Para fim da competência originária do Supremo Tribunal Federal, é de interesse geral da magistratura a questão de saber se, em face da Loman, os juízes têm direito à licença-prêmio.

SÚMULA 732

É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei n. 9.424/96.

SÚMULA 733

Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.

SÚMULA 734

Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.

SÚMULA 735

Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.

SÚMULA 736

Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL

RECURSO ESPECIAL N. 384.624 — SC (2001/0152507-1)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: Conselho Regional de Corretores de Imóveis de Santa Catarina Creci da 11ª Região

Advogados: Drs. Adilson Alexandre Simas e outros

Recorridos: Braz Inácio Brancato Rios e outros

Advogado: Dr. Márcio Coelho Gonçalves Meirelles

Ementa

Recurso especial — Alíneas a *e* c *– Conselho Regional de Corretores de Imóveis de Santa Catarina — Anuidade — Fixação por resolução — Acórdão recorrido que abriga fundamentos constitucionais – Não interposição de recurso extraordinário ao STF — Aplicação da Súmula 126/STJ.*

Recurso especial interposto pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis de Santa Catarina, defendendo a possibilidade de fixação do valor da anuidade por meio da Resolução n. 550, editada pelo Conselho Federal da referida autarquia — Cofeci, em 12-11-1997.

A Corte ordinária assentou a premissa de que é vedado aos Conselhos Profissionais majorar suas anuidades por meio de re-

solução, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, inserido no artigo 150 da Carta Política. Sobreleva notar, assim, que o v. acórdão hostilizado abriga, também, fundamentos de índole constitucional. Ocorre, contudo, que o recorrente não cuidou de interpor o devido recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, de modo a incidir a jurisprudência sedimentada por meio da Súmula 126 deste Sodalício.

Precedente: REsp n. 414.463/PR, rel. Min. Franciulli Netto, j. 18-3-2003.

Recurso especial não conhecido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 9 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Cuida-se de recurso especial interposto pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis de Santa Catarina, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do inciso III do artigo 105 da Constituição da República contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Emerge dos autos que Adilson Alexandre Simas e outros impetraram mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 11ª Região — SC com o intuito de que lhe fosse reconhecido o direito à realização do pagamento da contribuição, devida à referida entidade de classe em 1998, no valor de 35,7265 UFIRs, suspendendo-se a exigência da anuidade com base nos moldes da Resolução n. 550, editada pelo Conselho Federal da referida autarquia — Cofeci, em 12-11-1997.

Deferida a liminar (fls. 166 e 167), manejou o Conselho Regional, inconformado, agravo de instrumento, ao qual foi negado efeito suspensivo (fls. 239 e 240).

Prestadas as informações, sobreveio sentença concessiva da or-

dem, extinto o processo sem julgamento de mérito em relação a um dos impetrantes (fls. 285 a 296). Assegurou-se aos autores "o direito de recolher as anuidades referentes ao ano de 1998 no valor equivalente a duas vezes o Maior Valor de Referência vigente no país", em conformidade com a Lei n. 6.994/82, atualizado pela UFIR a partir de janeiro de 1992.

À subseqüente apelação do Conselho a egrégia Corte *a quo*, em votação unânime, negou provimento, bem como à remessa necessária. Eis a ementa do julgado: "Administrativo. Mandado de segurança. Conselho de classe. Anuidade. Correção monetária.

"Com a extinção do MVR pela Lei n. 8.177/91, o valor da anuidade, obedecendo-se aos limites previstos na Lei n. 6.994/82, deve ser convertido em cruzeiros (Lei n. 8.178/91) e, a partir de 30-12-91, quando entrou em vigor a Lei n. 8.383, em UFIRs, na forma prevista em seu art. 3º" (fl. 343).

Diante desse desate, sobreveio o presente recurso especial, no qual alega a recorrente, em síntese, violação ao artigo 16 da Lei n. 6.530/78, que autoriza o Conselho Federal a fixar multas, anuidades e emolumentos. Agrega que a Lei n. 6.994/82, que estabelecia o valor máximo da anuidade foi revogada pelo Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94). Aponta, por fim, divergência jurisprudencial com julgados deste Sodalício e de outros tribunais.

Sem contra-razões (fl. 369v.).

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Insurge-se a autarquia recorrente contra v. acórdão do TRF da 4ª Região que, na linha da sentença, decidiu que, "com a extinção do MVR pela Lei n. 8.177/91, o valor da anuidade, obedecendo-se aos limites previstos na Lei n. 6.994/82, deve ser convertido em cruzeiros (Lei n. 8.178/91) e, a partir de 30-12-91, quando entrou em vigor a Lei n. 8.383, em UFIRs, na forma prevista em seu art. 3º (fl. 343).

Considerou a Corte de origem, outrossim, que houve apenas revogação parcial da Lei n. 6.994/82 pelo Estatuto da OAB, de modo que prevaleceria o teto estabelecido por este diploma para fixação da anuidade, qual seja, 2 MVRs (Maior Valor de Referência), levando-se em conta, logicamente, os índices que o sucederam.

Entendeu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, também, que "não é permitido aos Conselhos Profissionais, ante a falta de lei disciplinar, estabelecer suas anuidades por resolução, por absoluta infringência do princípio da legalidade, previsto no art. 150, I, da Constituição Federal" (fl. 341).

Repise-se, por conveniente, que a Corte ordinária assentou a premissa de que é vedado aos Conselhos Profissionais majorar suas anuidades por meio de resolução, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, inserido no artigo 150 da Carta Política.

Sobreleva notar, assim, que o v. acórdão hostilizado abriga, também, fundamentos de índole constitucional. Ocorre, contudo, que o recorrente não cuidou de interpor o devido recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, de modo a incidir a jurisprudência sedimentada por meio da Súmula 126 deste Sodalício, cujos termos estão assim redigidos:

"É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário".

O entendimento insculmpido no referido enunciado traduz a hipótese de que, não interposto o extraordinário, torna-se inadmissível a apreciação do especial por haver transitado em julgado a matéria constitucional discutida e decidida no acórdão vergastado.

Nessa linha de entendimento, confira-se o REsp n. 414.463/PR, rel. Min. Franciulli Netto, j. 18-3-2003.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

Franciulli Netto,
Relator.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 490.894/SC

Relator: Ministro José Delgado

Agravante: Empresa de Pesquisa Agropecuária e Extensão Rural de Santa Catarina S/C — Epagri

Advogados: Drs. Juliano Fernandes de Oliveira e outros

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Drs. Carolina Delduque Sennes e outros

Agravados: Os Mesmos

Ementa

Processual civil. Agravo regimental. Verba advocatícia. Arbitramento. Matéria não argüida oportunamente. Preclusão.

1. Trazendo a agravante à tona matéria nova, ou seja, a fixação de honorários advocatícios abaixo da porcentagem estipulada pelo art. 20, § 3º, do CPC, que não argüiu anteriormente em sede de recurso especial, inviável a pretensão de fazê-lo em sede de agravo regimental. Preclusão evidenciada.

2. Agravo regimental da Empresa de Pesquisa de Extensão Rural de Santa Catarina S/C – Epagri a que se nega provimento.

Tributário. Prescrição. Decisão agravada mantida.

1. Inocorrente a prescrição no presente caso. Tendo sido publicada em 17 de novembro de 1995 a decisão que declarou a inconstitucionalidade do disposto no artigo 21 da Lei n. 7.787/89, a recorrente teria 5 (cinco) anos para movimentar a ação cabível, ou seja, até 17 de novembro de 2000. Tempestivamente, portanto, a autora ajuizou a ação para pleitear a compensação do tributo em 16 de novembro de 2000.

2. Agravo regimental do INSS desprovido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento aos agravos regimentais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 4 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator.

Relatório

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Trata-se de dois agravos regimentais interpostos simultaneamente (fls. 98 a 100 e 102 a 104) pela Empresa de Pesquisa Agropecuária e Extensão Rural de Santa Catarina — Epagri e pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS contra decisão monocrática de minha lavra (fls. 89 a 92) que conheceu de agravo para dar provimento ao recurso especial da empresa nos termos da ementa que transcrevo (fl. 89):

"Tributário. Compensação. Inconstitucionalidade. Prescrição.

"1. O prazo prescricional para pleitear a restituição ou compensação

de tributos cuja inconstitucionalidade foi declarada, conforme entendimento consolidado neste Superior Tribunal de Justiça, tem como termo inicial tal declaração.

"2. *In casu*, tendo sido publicada, em 17 de novembro de 1995, decisão na qual foi reconhecida a inconstitucionalidade do disposto no artigo 21 da Lei n. 7.787/89, o recorrente teria 5 (cinco) anos a partir desta data para ajuizar a ação cabível, ou seja, até 17 de novembro de 2000. Tempestivamente, portanto, a autora ajuizou a ação para pleitear a compensação do tributo em 16 de novembro de 2000.

"3. Agravo conhecido para provimento do recurso especial".

Em sede de agravo regimental, a primeira agravante alega que a verba honorária estabelecida inicialmente encontra-se em desarmonia com o artigo 20, § 3º, do CPC, que prevê que os honorários deverão ser fixados no mínimo em 10% (dez por cento) e no máximo em 20% (vinte por cento), o que não ocorreu no caso concreto, que foi arbitrada em 0,66%. Por outro lado, o INSS sustenta a necessidade do agravo regimental sob o argumento de que a ação estava prescrita, pois esta foi ajuizada há mais de 10 (dez) anos da ocorrência dos fatos.

É o relatório.

"Processual civil. Agravo regimental. Verba advocatícia. Arbitramento. Matéria não argüida oportunamente. Preclusão.

1. Trazendo a agravante à tona matéria nova, ou seja, a fixação de honorários advocatícios abaixo da porcentagem estipulada pelo art. 20, § 3º, do CPC, que não argüiu anteriormente em sede de recurso especial, inviável a pretensão de fazê-lo em sede de agravo regimental. Preclusão evidenciada.

2. Agravo regimental da Empresa de Pesquisa de Extensão Rural de Santa Catarina — Epagri/SC a que se nega provimento.

Tributário. Prescrição. Decisão agravada mantida.

1. Inocorrente a prescrição no presente caso. Tendo sido publicada em 17 de novembro de 1995 a decisão que declarou a inconstitucionalidade do disposto no artigo 21 da Lei n. 7.787/89, a recorrente teria 5 (cinco) anos para movimentar a ação cabível, ou seja, até 17 de novembro de 2000. Tempestivamente, portanto, a autora ajuizou a ação para pleitear a compensação do tributo em 16 de novembro de 2000.

2. Agravo regimental do INSS desprovido.

Voto

Sr. Ministro José Delgado (Relator): A Empresa agravante trouxe matéria nova, ou seja, a fixação de honorários advocatícios abaixo da porcentagem estipulada pelo art. 20, § 3º, do CPC, que não foi devidamente argüida em sede de recurso espe-

cial. Evidenciada, assim, a preclusão. A parte autora, em nenhum momento, alegou violação ao artigo supramencionado.

Tendo em vista as razões já referidas, *nego* provimento ao presente agravo regimental interposto pela Empresa de Pesquisa Agropecuária e Extensão Rural de Santa Catarina SC — Epagri.

Em relação ao agravo do INSS, verifica-se que a ação não está prescrita como alega. *In casu*, tendo sido publicada em 17 de novembro de 1995 a decisão que declarou a inconstitucionalidade do disposto no artigo 21 da Lei n. 7.787/89, a empresa recorrente teria 5 (cinco) anos a partir dessa data para movimentar a ação cabível, ou seja, até 17 de novembro de 2000. Tempestivamente, portanto, a autora ajuizou a ação para pleitear a compensação do tributo em 16 de novembro de 2000. A decisão agravada merece permanecer intacta por seus próprios e jurídicos fundamentos, os quais seguem transcritos (fls. 90 a 92):

"[...] Trata-se de recurso onde se aponta, apenas, dissídio entre o *decisum* recorrido e julgados desta Corte.

"O prazo prescricional para pleitear a restituição ou compensação de tributos cuja inconstitucionalidade foi declarada, conforme entendimento consolidado neste Superior Tribunal de Justiça, tem como termo inicial tal declaração.

"Neste sentido, os seguintes arestos:

'Processual civil e tributário — Contribuição previdenciária — Administradores, autônomos e avulsos — Leis ns. 7.787 (art. 3º, I) e 8.212/91 (art. 22, I) — Inconstitucionalidade — Compensação — Prescrição — Transferência do encargo — Tema não apreciado na instância *a quo* — Preclusão — CF, art. 105, III — Averiguação da liquidez e certeza dos créditos — Competência da administração — Precedentes.

'— Declarada a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária a cargo da empresa sobre os pagamentos a administradores, autônomos e empregados avulsos, os valores recolhidos a esse título são compensáveis com outras contribuições da mesma espécie.

'— Consolidado o entendimento desta Corte sobre o prazo prescricional para haver a restituição e/ou compensação dos tributos lançados por homologação, o sujeito passivo da obrigação tributária, ao invés de antecipar o pagamento, efetua o registro do seu crédito oponível submetendo suas contas à autoridade fiscal que terá cinco anos, contados do fato gerador, para homologá-las; expirado este prazo sem que tal ocorra, dá-se a homologação tácita, e daí começa a fluir o prazo do contribuinte para pleitear judicialmente a restituição e/ou compensação.

'— Na hipótese de declaração da inconstitucionalidade do tributo, este é o termo inicial do lapso prescricional para o ajuizamento da ação correspondente.

'— A averiguação da liquidez e certeza dos créditos e débitos compensáveis é da competência da administração que fiscalizará o encontro de contas efetuado pelo contribuinte, providenciando a cobrança de eventual saldo devedor.

'— Se o Tribunal sequer se referiu à questão da necessidade da prova da não-transferência dos ônus, inviável a apreciação do tema nesta superior instância, *ex vi* do disposto no art. 105, III, da CF. Ocorre, na hipótese, a preclusão da matéria, já que não discutida na instância *a quo*.

'— Recurso especial não conhecido' (REsp n. 231.967/CE, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, DJ de 5-8-2002, p. 223).

'Contribuição previdenciária. Inconstitucionalidade do art. 21 da Lei n. 7.787/89. Princípio da anterioridade nonagesimal desrespeitado. Termo inicial para pleitear a devolução do indébito a partir do trânsito em julgado do acórdão referente ao RE n. 169.740/PR, em 19-12-1995. Decadência/prescrição, inocorrentes

'— no RE n. 169.740/PR, julgado em 27-9-1995, publicado no DJ de 17-11-1995, o Pleno do STF declarou a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei n. 7.787/89, o qual, desrespeitando o princípio da anterioridade nonagesimal consagrado no § 6º do art. 195 da CF, determinou a entrada em vigor da lei na data de sua publicação, com efeitos, quanto à majoração de alíquota, a partir de 1º-9-1989.

'— *In casu*, autora ingressou com ação em 26-9-2000, estendendo-se, portanto, até 19-12-2000 o prazo para pleitear a devolução do tributo correspondente à competência de setembro/89.

'— Recurso provido para afastar a prescrição/decadência, determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* a fim de que proceda ao exame e julgamento do mérito da demanda' (REsp n. 441342 – SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, DJ de 17-3-2003, p. 187).

'Agravo regimental — Tributário — Contribuição previdenciária sobre o *pro labore* para autônomos e administradores — Prescrição — Declaração de inconstitucionalidade – STF — Precedentes.

'— O prazo prescricional de cinco anos para a compensação ou cobrança de crédito correspondente à contribuição previdenciária, recolhida indevidamente sobre a remuneração dos trabalhadores avulsos, autônomos e administradores, só começa a fluir da data em que transitou em julgado o julgamento do STF, que declarou inconstitucional a referida exação.

'— Jurisprudência consolidada. Precedentes' (AGRESP n. 447571/PR, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, DJ de 26-5-2003, p. 263).

"*In casu*, tendo sido publicada, em 17 de novembro de 1995 a decisão que declarou a inconstitucionalidade do disposto no artigo 21 da Lei n. 7.787/89, a recorrente teria 5 (cinco) anos a partir dessa data para

ajuizar a ação cabível, ou seja, até 17 de novembro de 2000. Tempestivamente, portanto, a autora ajuizou a ação para pleitear a compensação do tributo em 16 de novembro de 2000.

"Posto isso, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial para, afastando a prescrição, reconhecer o direito da recorrente em compensar os valores recolhidos indevidamente, a título de contribuição social sobre folha de salário, corrigidos monetariamente.

"Invertam-se os ônus da sucumbência".

Por tais motivos, *nego* provimento a ambos os agravos regimentais apresentados.

É como voto.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1998.011917-0, DE PORTO BELO

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Alegação de ilegitimidade passiva da Câmara de Vereadores. Natureza objetiva do processo. Prefacial afastada. Lei que concede licença-prêmio aos servidores municipais. Norma de competência legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Projeto de lei apresentado por vereadores. Violação aos artigos 50, § 2º, IV, e 32 da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade evidenciada.

Na ação direta de inconstitucionalidade há partes meramente formais. Embora seja possível falar-se em legitimidade ativa e passiva, é preciso fazer uso dessas categorias processuais com certa dose de reserva. É que a ação direta de inconstitucionalidade jamais será proposta contra alguém ou determinado órgão, mas em face de ato normativo apontado como ilegítimo do ponto de vista constitucional (Clèmerson Merlin Clève).

As leis que dispõem sobre regime jurídico de servidores públicos municipais são de competência legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo. A ofensa a esse preceito acarreta insanável vício de inconstitucionalidade da norma, por usurpação de competência e, conseqüentemente, vulneração do princípio da separação de poderes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1998.011917-0, da comarca de Porto Belo, em que é requerente o Prefeito Municipal de Porto Belo:

ACORDAM, em Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, por votação unânime, afastar a preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, julgar procedente o pedido, para declarar inconstitucional a Lei n. 1.040/98.

Custas de lei.

I — Relatório

O Prefeito Municipal de Porto Belo ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei n. 1.040/98, que "concede licença-prêmio aos servidores municipais".

Disse que o projeto de lei originador da norma municipal atacada teve origem na Câmara de Vereadores de Porto Belo, subscrito que foi pelos vereadores Valdir Manoel da Silva, Fernando Vieira e Amadeu Serafim Raulino. Esse projeto, levado à votação, foi aprovado e remetido ao então Prefeito Municipal (1993-1996), que não se pronunciou a respeito da novel lei. Na legislatura seguinte (1997-2000), o Presidente da Câmara, vereador Onésio Ramos, sancionou a lei. Entretanto, a lei regula direitos dos servidores públicos municipais e onera os cofres do Município, sendo, portanto, de iniciativa exclusiva do Poder Executivo, daí sua flagrante inconstitucionalidade. Ademais, em sua visão, ter-se-ia desrespeitado o procedimento legislativo estabelecido pela Lei Orgânica de Porto Belo. Por essas razões, requereu a suspensão liminar da eficácia da referenciada lei, a notificação da Câmara de Vereadores para prestar informações e, por fim, a procedência da ação, com a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 1.040/98.

Valorou a causa e juntou documentos (fls. 9 a 47).

A medida liminar foi deferida por votação unânime do extinto Órgão Especial do Tribunal Pleno, em aresto da lavra do Des. Sérgio Paladino.

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

Sobreveio petição da Procuradora-Geral do Município, alegando

haver subscrito a exordial e requerendo a nomeação de curador especial para defesa da lei.

O pedido foi deferido pelo relator, que nomeou a Dra. Ana Cristina Ferro Blasi para exercer o *munus*, tendo a digna profissional apresentado a defesa da norma impugnada, manifestando-se, em preliminar, pela extinção do processo sem julgamento do mérito, ante a ilegitimidade passiva da Câmara de Vereadores.

Ressaltou o princípio da presunção de constitucionalidade das normas jurídicas e afirmou que a lei atacada obedeceu a todas as formalidades típicas do processo legislativo.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Gilberto Callado de Oliveira, posicionou-se pela procedência da ação.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade assestada pelo Prefeito Municipal de Porto Belo, atacando a constitucionalidade da Lei n. 1.040/98, que "concede licença-prêmio aos servidores municipais".

No preâmbulo da defesa, a Curadora Especial sustentou a ilegitimidade da Câmara de Vereadores de Porto Belo para figurar no pólo passivo da demanda e, por isso, requereu a extinção do processo sem julgamento do mérito, com respaldo no artigo 267, IV, do CPC. Contudo, não tem por que vingar aludida prefacial, porquanto não tenha a ação sido dirigida contra a Câmara de Vereadores de Porto Belo, como pretende a Dra. Curadora, atacando apenas a lei a que se refere especificamente. Todavia, quando se chama o Poder Legislativo municipal a pronunciar-se na relação jurídico-processual é porque é ele o órgão do qual procede a norma increpada, não se tornando, só por isso, réu da ação.

A respeito do tema em discussão, prestadio será invocar lição do eminente Clèmerson Clève, para a asserção de que, na ação direta de inconstitucionalidade, "há partes meramente formais. Embora seja possível falar-se em legitimidade ativa e passiva, é preciso fazer uso dessas categorias processuais com certa dose de reserva. É que a ação direta de inconstitucionalidade jamais será proposta contra alguém ou determinado órgão, mas sim em face de um ato normativo apontado como ilegítimo do ponto de vista constitucional" (A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 159). Isso dá-se porque no controle concentrado de constitucionalidade, que se serve da ação direta no direito brasileiro, "não ocorre a defesa de interesses próprios, pois os legitimados (ativos) recorrem ao Poder Judiciário para pleitear, exclusivamente, a manutenção da ordem jurídica" (Patrícia Teixeira de Rezende Flores. Aspectos processuais da ação direta

de inconstitucionalidade de lei municipal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 184).

Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela ilustrada Curadora, passa-se à análise do mérito da ação.

A lei objurgada regula a concessão do benefício da licença-prêmio aos servidores públicos do município de Porto Belo. O projeto de lei foi apresentado por três vereadores, Valdir Manoel da Silva, Amadeu Serafim Raulino e Fernando Vieira, e, após votado, foi promulgado por ato do Presidente da Câmara. Todavia, a Constituição Estadual prevê, em seu artigo 50, § 2º, IV, que são de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre "os servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade, aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade", ficando claro que os senhores edis ingressaram em seara que lhes não é própria para onerar os cofres públicos com a criação de encargos que não convém ao Poder Executivo suportar.

Não há dúvida de que, nos termos em que se vem assentando a jurisprudência desta Corte, o preceptivo constitucional estadual supracitado, que se dirige ao Estado de Santa Catarina, é também aplicável ao Município, como asseverado em clássica decisão da lavra do eminente Desembargador Francisco Oliveira Filho, *in verbis*: "Em face do art. 50, parágrafo 2º, inciso II, da Constituição Catarinense, é atribuição do Governador a iniciativa de projetos de lei dispondo sobre a criação de cargos e funções públicas ou aumento de sua remuneração. A inobservância da simetria no Município acarreta inconstitucionalidade" (ADIn n. 86, de Sombrio, j. 4-5-1994). Entretanto, na hipótese dos autos, a legislação municipal de Porto Belo contém disposição simétrica, engastada no artigo 96, § 1º, da Lei Orgânica:

"§ 1º. São de iniciativa privativa do Prefeito as Leis que disponham sobre:

"I – criação de cargos e funções na administração direta, autárquica e fundacional, ou aumento de sua remuneração;

[...]

"III – servidores públicos municipais, seu regime jurídico, provimento de cargos e aposentadoria".

Desse modo, torna-se evidente que as leis que disponham sobre regime jurídico de servidores públicos municipais são de competência privativa do chefe do Poder Executivo.

Não bastasse a clareza das disposições normativas aplicáveis ao caso vertente, tem-se do escólio de Hely Lopes Meirelles que "leis de iniciativa exclusiva do prefeito são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nessa categoria estão as que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entidades da administração pública municipal; a cria-

ção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, fixação e aumento de sua remuneração; o regime jurídico dos servidores municipais; e o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, os orçamentos anuais, créditos suplementares e especiais. [...] Se a Câmara, desatendendo à privatividade do Executivo para esses projetos, votar e aprovar lei sobre tais matérias, caberá ao Prefeito vetá-las, por inconstitucionais. Sancionadas e promulgadas que sejam, nem por isso se nos afigura que convalesçam do vício inicial, porque o Executivo não pode renunciar prerrogativas institucionais, inerentes às suas funções, como não pode delegá-las ou aquiescer em que o Legislativo as exerça" (Direito Municipal Brasileiro. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 563 e 564).

O eminente Nelson Nery Costa, por sua vez, sustenta que o Prefeito, como chefe do Poder Executivo e da Administração Pública local, possui funções de governo e funções administrativas. Dentre as funções de governo está a apresentação de projetos de lei que, em algumas matérias, são de sua privativa iniciativa. Esta competência legislativa privativa deve estar expressa na Lei Orgânica, mas "em geral devem dispor sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos ou aumento de sua remuneração, servidores públicos, seu regime jurídico e aposentadoria; e criação, estruturação e atribuições das Secretarias Municipais e órgãos da administração pública. Se a competência privativa do Chefe do Executivo for desatendida, deve este vetar o projeto, por inconstitucionalidade e, caso seja derrubado o veto, precisa propor ação direta de inconstitucionalidade junto ao Tribunal de Justiça local" (Curso de Direito Municipal Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 126 a 128).

Como se vê, exsurge clara, na hipótese, a ocorrência de usurpação de competência legislativa privativa do Poder Executivo, padecendo a norma atacada do flagrante defeito de inconstitucionalidade, por violação do artigo 50, § 2º, IV, da Constituição Estadual.

Em situações similares esta Corte assentou:

"Ação direta de inconstitucionalidade – Lei dispondo sobre o regime jurídico do município – Emenda ao projeto de lei originário do executivo municipal acarretando aumento de despesa – Veto – Promulgação – Iniciativa exclusiva do chefe do poder executivo – Artigo 50, § 2º, IV, da Constituição Estadual de 1989 – Ação procedente.

'Não cabe ao legislador municipal fixar normas que envolvam vantagens remuneratórias aos servidores públicos municipais acarretando, de forma indireta, aumento de despesa pública, atividade esta da estrita iniciativa e competência do Chefe do Poder Executivo' (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 136, de Joaçaba, rel. Des. Álvaro Wandelli)" (ADIn n. 1998.013001-8, de São Joaquim, rel. Des. Alcides Aguiar, j. 1º-3-2000).

"Ação direta de inconstitucionalidade referente ao artigo 87 da Lei Orgânica do município de Anita Garibaldi — Pedido conhecido e julgado procedente.

"É vedado ao legislador municipal fixar normas relacionadas à remuneração de servidores públicos cuja iniciativa é da exclusiva competência do Chefe do Poder Executivo" (ADIn n. 38, de Anita Garibaldi, rel. Des. Wilson Guarany, j. 15-12-1993).

"Ação direta de inconstitucionalidade – Lei n. 11.620/2000 – Legislação que versa sobre matéria de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo – Norma indigitada originária do legislativo – Vício de inconstitucionalidade formal – Pedido procedente

'O desrespeito à prerrogativa de iniciar o processo de positivação do Direito, gerado pela usurpação do poder sujeito à cláusula de reserva, traduz vício jurídico de gravidade inquestionável, cuja ocorrência reflete típica hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do ato legislativo eventualmente editado' (ADI [MC] n. 1.391/SP, rel. Min. Celso de Mello)" (ADIn n. 2001.014862-5, da Capital, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. 3-9-2003).

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 1.633/95 do município de Imbituba, de origem legislativa, que dispõe sobre plano de carreira dos servidores públicos. Lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo Municipal (art. 52, § 2º, IV, CESC). Vício de Iniciativa. Inconstitucionalidade reconhecida. Provimento" (ADIn n. 2001.010020-7, de Imbituba, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 19-3-2003).

A violação da competência legislativa enunciada fere ainda o princípio da separação de poderes, expressamente previsto pela Carta catarinense, em seu artigo 32, consoante já decidido neste Sodalício, em aresto da relatoria do Des. Anselmo Cerello: "As normas de reserva da iniciativa legislativa compõem as linhas básicas do modelo positivo da separação dos poderes da Constituição Federal e, como tal, integram os princípios de observância compulsória pelos Estados Membros" (ADIn n. 2000.025445-2, da Capital, j. 17-10-2001).

Assim, considerando que as leis disciplinadoras do regime jurídico de servidores públicos municipais são de competência legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo, impõe-se reconhecer que a ofensa a esse preceito acarreta insanável vício de inconstitucionalidade da norma, por usurpação de competência e, conseqüentemente, vulneração do princípio da separação de poderes.

Induvidosa está, à vista do que se disse, a afronta da lei municipal criticada aos artigos 32 e 50, § 2º, IV, da Constituição do Estado.

Em face do exposto, afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva e julga-se procedente o pedido, para

declarar inconstitucional a Lei n. 1.040/98 do município de Porto Belo.

Condena-se o Município ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Dra. Curadora Especial, fixados em R$ 500,00, com base no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, afastaram a preliminar de ilegitimidade passiva e julgaram procedente a ação direta de inconstitucionalidade.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Rui Fortes, Gastaldi Buzzi, Marcus Tulio Sartorato, Cesar Abreu, Ricardo Fontes, Nicanor da Silveira, Salim Schead dos Santos, Francisco Oliveira Filho, Anselmo Cerello, Pedro Manoel Abreu, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos, Silveira Lenzi, Newton Trisotto, Maurício Moreira Leite, Mazoni Ferreira, Volnei Carlin, Irineu João da Silva, Luiz Cézar Medeiros, Vanderlei Romer, Eládio Torret Rocha, Wilson Augusto do Nascimento, Nelson Schaefer Martins, José Volpato, Monteiro Rocha, Fernando Carioni e Torres Marques. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 18 de fevereiro de 2004.

Jorge Mussi,
Presidente, com voto;
Luiz Carlos Freyesleben,
Relator.

SEÇÃO CIVIL

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.000851-9, DE JOINVILLE

Relator designado: Des. Pedro Manoel Abreu

Seção civil. Uniformização de jurisprudência. Divergência entre câmaras. Competência do grupo respectivo. Não conhecimento do incidente.

Consoante dispõe o art. 4º do Ato Regimental n. 57/02–TJ, os incidentes de uniformização de jurisprudência suscitados nas câmaras serão julgados pelos respectivos grupos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 2001.000851-9, da comarca de Joinville, em que é suscitante a colenda Sexta Câmara Civil:

ACORDAM, em Seção Civil, por maioria de votos, não conhecer do incidente e declarar competente o Grupo de Direito Público.

Custas na forma da lei.

1. A colenda Sexta Câmara Civil, por votação unânime, suscita incidente de uniformização de jurisprudência por aresto da lavra do eminente Des. Newton Trisoto, nos autos do Agravo de Instrumento n. 2001.000851-9, de Joinville, em que é agravante o município de Joinville e são agravadas a Associação de Joinville e a Região da Pequena, Micro e Média Empresa – Ajorpeme e outras.

Evidencia o aresto em foco a ocorrência de divergência em julgamentos proferidos pelas então 5ª e 6ª Câmaras de Direito Público – hoje 1ª e 2ª Câmaras de Direito Público –, atinentes à admissibilidade ou não do agravo de instrumento contra decisão que defere ou denega liminar em mandado de segurança.

2. O incidente não merece ser conhecido, em vista da modificação superveniente da competência deste Órgão recursal.

Com efeito, em vista da edição do Ato Regimental n. 57/02–TJ, de 4-12-2002, alterando a estrutura orgânica, a composição e a competência dos diversos órgãos julgadores da Corte no âmbito da jurisdição civil, a Seção Civil passou a ter competência estritamente para conhecer dos conflitos de competência, dos embargos infringentes e das ações rescisórias de decisões dos grupos, a teor do art. 10.

Reservou-se, por outro lado, ao próprio grupo respectivo o julgamento dos incidentes de uniformização de jurisprudência suscitados pelas câmaras, na conformidade do art. 4º do Ato Regimental em apreço.

Nesse contexto, sendo a divergência suscitada por Câmara de Direito Público e sendo a matéria inserida no âmbito exclusivo da competência do Direito Público, compete ao respectivo grupo julgar o incidente, na forma regimental.

3. Em face do exposto, não se conhece do incidente, determinando-se a remessa dos autos para o Grupo de Direito Público.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. João Martins e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz Cézar Medeiros, Vanderlei Romer, Cercato Padilha, Eládio Torret Rocha, Wilson Augusto do Nascimento, José Volpato, Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni, Luiz Carlos Freysleben, Gastaldi Buzzi, Marcus Tulio Sartorato, Cesar Abreu, Jorge Schaefer Martins, Dionízio Jenczac e Cláudio Barreto Dutra. Ven-

cidos os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto e Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 12 de março de 2003.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente para o acórdão;
Pedro Manoel Abreu,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto:

Divergi da douta maioria por duas razões:

a) o incidente de uniformização de jurisprudência foi provocado em abril de 2002 (fl. 112), ou seja, anteriormente à edição do Ato Regimental n. 57, de dezembro de 2002;

b) conquanto no acórdão haja alusão apenas à divergência de julgados existente nas Câmaras de Direito Público, também a Câmara Civil Especial tem julgados contrários ao entendimento firmado pela então Quinta Câmara Civil (AI n. 2002.015252-3, Des. Dionízio Jenczak; AAI n. 2002.005572-2, Des. Silveira Lenzi; AAI n. 2001.025135-3, Des. Silveira Lenzi).

São essas as razões do dissenso.

Florianópolis, 12 de março de 2003.

Newton Trisotto.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira:

As razões de minha divergência são as mesmas do douto relator originário Des. Trisotto – expostas à fl. 126.

Mazoni Ferreira.

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

AGRAVOS EM AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.013674-6/0002.00

Relator: Juiz Victor Ferreira

Agravo inominado em agravo de instrumento – Revelia – Fluência dos prazos independente de intimação – Posterior in-

gresso no processo – Preclusão – Recebimento do processo no estado em que se encontrar – Art. 322 do CPC – Apelação intempestiva.

O posterior ingresso do revel no processo não lhe permite atacar atos processuais sobre os quais já se operou a preclusão.

O prazo para apelação, neste caso, conta-se a partir da data da publicação, em cartório, da sentença.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2003.013674-6/0002.00, em que é agravante Airton Policarpo e agravada B. B. Leasing S.A. Arrendamento Mercantil:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por unanimidade, negar provimento ao reclamo.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Airton Policarpo interpôs agravo de instrumento contra decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da comarca de Blumenau que, na ação de cobrança movida pela B. B. Leasing S.A. Arrendamento Mercantil, não recebeu apelação interposta pela ocorrência da preclusão temporal, pois, sendo revel, o prazo para interposição do recurso se conta a partir da publicação em cartório da sentença.

Em síntese, alegou que o apelo é tempestivo, considerando-se que o prazo começa a fluir a partir da juntada da procuração.

Por manifesta improcedência, foi negado seguimento ao reclamo, ao argumento de que o agravante é revel e os prazos correm independente de sua intimação, e que, comparecendo ao processo a destempo, recebe-o no estado em que se encontrar, não mais dispondo das faculdades a cujo respeito se operou a preclusão.

Insatisfeito, protocolou embargos de declaração, argüindo omissão e contradição. Tais embargos foram rejeitados.

Nova insurgência, desta vez o agravo inominado previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, em que argumenta, em breve síntese, que houve *error in judicando*, já que não seria o caso de manifesto confronto com a jurisprudência dominante do Tribunal ou dos tribunais superiores.

Renova o argumento de que, a despeito de a sentença ter sido publicada em data de 29-8-02, o fato de o procurador constituído ter ingressado nos autos em data de 17-9-02, juntando então o instrumento de mandato, afasta a intempestividade, por-

que deste momento se iniciaria o prazo recursal.

Entende que como o conhecimento do revel acerca dos atos processuais é presumido, apenas a partir de sua efetiva intervenção é que se tem o termo *a quo* do prazo para a apelação.

Requer a reforma da decisão com o prosseguimento do primeiro recurso interposto.

É o relatório.

II – Voto

Em que pese o inesgotável esforço expendido pelo agravante, o reclamo não merece provimento.

Ao argumento de que se extrapolou os limites do artigo 557 do Código de Processo Civil, posto não ser o caso de confronto com a jurisprudência dominante, assevero que a negativa de seguimento contra a qual se insurge foi motivada em manifesta improcedência do reclamo. Transcrevo o referido artigo:

"Art. 557. 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".

Veja-se que os motivos para a negativa de seguimento ao recurso são alternativos e não se confundem. Uma é a improcedência, outra é o confronto com jurisprudência; e o caso é de improcedência.

Sobre a manifesta improcedência, enfatizo que houve revelia da parte, nos termos do art. 319 do Código Processual Civil, já que deixou transcorrer *in albis* o prazo para contestar a petição inicial.

O artigo 322 do mesmo Código é claro no sentido de que os prazos correm para o revel independente de sua intimação, podendo ele, entretanto, intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.

Isso quer dizer que, quando o revel ingressa nos autos, poderá praticar os atos futuros, mas, sob hipótese alguma, poderá modificar os já consumados, e não readquire as faculdades que perdeu por sua inércia, recebendo o processo naquele estado e podendo atuar daquele momento para adiante.

O próprio termo processo, como sempre consagrado em qualquer doutrina, desde as mais básicas, às mais aprofundadas, transmite a idéia de seguir adiante.

Ora, se não ocorresse a contagem dos prazos e a preclusão enquanto a parte não constituísse advogado, ou este não viesse a juntar o mandato aos autos do processo, nenhuma decisão teria eficácia, pois bastaria à parte, diga-se, em qualquer tempo, ingressar no feito e combater um ato processual realizado, concluído, de efeitos incorporados nos direitos processuais das partes, não subsistindo nenhuma segurança jurídica.

Não se diga que o agravante não podia conhecer do processo. Ora, foi validamente citado e não ingressou no feito anteriormente, suportando todos os efeitos da revelia, devido à sua própria inércia, para a qual ninguém contribuiu.

É antiga a lição de que *dormientibus non sucurrit ius* – o direito não socorre a quem dorme.

É da doutrina:

"Assim, contra o revel correrão todos os prazos independentemente de intimação, inclusive os de recurso. A lei não faz qualquer distinção, de sorte que mesmo a sentença contra ele passará em julgado, sem necessidade de intimação, bastando a sua comum publicação" (Theodoro Júnior, Humberto, *in* Curso de Direito Processual Civil, vol. I, Editora Forense, Rio de Janeiro, 38ª ed., 2002, p. 356).

Prossegue o autor:

"O fato, porém, de não ter contestado o pedido, não impede o réu de comparecer posteriormente a juízo e de se fazer representar por advogado nos autos. O Código lhe assegura o direito de 'intervir no processo em qualquer fase'. Mas, quando isto se der, o revel receberá o feito no estado em que se encontrar (art. 322). Daí em diante, respeitados os atos preclusos, participará da marcha processual em par de igualdade com o autor, restabelecendo o império do contraditório, e tornando obrigatórias as intimações a seu advogado" (ob.cit., p. 356).

Da lição, é fácil concluir que os argumentos do agravante pautados no artigo 322 do Código de Processo Civil não se lhe aproveitam, posto decorrerem de uma interpretação equivocada da faculdade concedida pela norma.

Ademais, os paradigmas que o recorrente colaciona também não lhe socorrem, pois, embora haja similitude com o caso presente, com ele não se confundem. Especialmente naquele da lavra do eminente Des. Nelson Shaefer Martins a situação era diferente, pois o procurador interveio nos autos quando o prazo ainda fluía. Neste, houve revelia, publicação da sentença e ingresso da parte no processo *um dia após o esgotamento do prazo recursal*; assim, clara a intempestividade do recurso de apelação.

Não se pode, no caso, ao argumento de se aplicar o princípio da instrumentalidade do processo, atingir a coisa julgada.

E justamente visando à efetividade do processo, é que se deve respeitar, em nome da segurança jurídica, os atos processuais já findos e de efeitos incorporados, o sentido da marcha processual.

A jurisprudência, a respeito, assim tem orientado:

"Apelação cível – Inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito – Julgamento antecipado – Admissibilidade – Condenação à indenização por danos morais – Citação de pessoa jurídica via postal – Argüição de nulidade – Endereço indicado no documento de cobrança emitido pela própria apelante – Citação válida

e eficaz – Revelia caracterizada – Apelo interposto intempestivamente – Recurso não conhecido.

"Se o endereço fornecido para citação é comprovadamente o mesmo indicado pela empresa credora no seu bloqueto para cobrança, não pode exigir que a parte promova sua citação em outro local, que não aquele impresso no seu próprio documento, sendo irrelevante ter a carta citatória sido subscrita por um encarregado de receber as correspondências e não pelo seu representante legal.

'O prazo de recurso para o revel começa a fluir do momento em que a sentença se torna pública, em cartório, independentemente de qualquer intimação (art. 322 do Código de Processo Civil)' (RTJ 83/591)" (Ap. Cív. n. 2001.020796-6, de Balneário Camboriú, rel. Dionízio Jenczak. Grifei)

"Apelação cível – Ação de cobrança – Contrato de abertura de crédito em conta corrente – Citação válida – Revelia decretada – Apelo intempestivo – Não conhecimento.

"É válida a citação efetivada através de carta registrada com aviso de recebimento, mormente quando entregue no endereço da ré e é recebida por seu representante legal.

"Segundo dispõe o art. 322 do CPC, 'contra o revel correrão os prazos independentemente de intimação', portanto, tem-se por intempestivo o reclamo interposto fora do prazo recursal, que *deve ser contado a partir da data da publicação da sentença em Cartório*, assim entendido o dia de seu registro, na falta de certidão sobre o ato anterior" (Ap. Cív. n. 2000.015436-9, de Chapecó, rel. Des. Cercato Padilha. Grifei).

Assim, constatado que o agravante não se manifestou contra a pretensão deduzida na inicial, pesam-lhe os efeitos da revelia, até o momento em que ingressou nos autos. Daí por diante pode praticar, validamente, atos processuais tendentes à defesa do que entende ser direito. Porém, por receber o processo no estado em que se encontrar, não poderá alcançar os atos pretéritos e efeitos consumados, decorrentes de sua própria inércia.

Por essas razões, voto pelo conhecimento do reclamo, mas pelo seu improvimento.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, decidiu a Câmara Civil Especial conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Izidoro Heil. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 28 de agosto de 2003.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Victor Ferreira,
Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.015722-0/0001.00, DE CRICIÚMA

Relator designado: Juiz Sérgio Izidoro Heil

Agravo no agravo de instrumento — Decisão que negou seguimento a agravo de instrumento ante a intempestividade do reclamo — Alegação de que os prazos para recurso suspendem-se nas férias de julho — Não acolhimento — Termo inicial para a contagem do prazo recursal — Ciência inequívoca da decisão — Decisão mantida.

Os prazos para interposição de agravo de instrumento, em segunda instância, durante o período compreendido de 2 a 31 de julho (férias forenses), não se suspendem em face do funcionamento da Câmara de Férias Civil, instituída pelo Ato Regimental n. 39/99, não existindo conflito entre a norma regimental deste egrégio Tribunal de Justiça com os artigos 173 e 179 do CPC.

"Recurso cível — Agravo de instrumento — Seguimento negado — Intempestividade — Ciência inequívoca da decisão — Agravo inominado (CPC, art. 557, § 1º) — Não provimento. O prazo para interposição de recurso conta-se a partir da ciência inequívoca da decisão, mesmo que a regular intimação ainda não tenha sido realizada" (AAI n. 2001.009943-8, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 28-6-2001).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 2003.015722-0/0001.00, da comarca de Criciúma (2ª Vara Cível), em que é agravante Fiat Automóveis S.A., sendo agravada Turim Veículos S.A.:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por maioria de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas legais.

I — Relatório

Fiat Automóveis S.A. interpôs agravo inominado, na forma do art. 557, § 1º-A, do CPC, contra decisão monocrática do relator Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva que negou seguimento a agravo de instrumento, ante a evidente intempestividade do reclamo, condenando a agravante como litigante de má-fé.

Sustenta que, "seja porque o Dr. Fabrício Kava não é procurador da

agravante, seja porque o prazo para interposição do agravo de instrumento estava suspenso pelas férias forenses nesse eg. Tribunal, a r. decisão merece ser reformada".

Assevera que "a data da intimação da agravante só poderia ser considerada como válida, para efeito de contagem de prazo, a partir de elementos concretos constantes dos autos. E esses elementos, como já se viu, indicam que a intimação válida só se deu em 10-7-2003, no momento da apresentação da contestação".

Afirma, ainda, que "[...] não há qualquer justificativa para que se diga que o prazo para interposição do agravo de instrumento não estaria suspenso de 2 a 31 de julho. E, conforme se verá a seguir, nem mesmo a existência de Câmara de Férias nesse eg. Tribunal tem o condão de afastar a referida suspensão".

Dessa forma, pugna pelo recebimento e provimento do agravo inominado para o fim de reformar a decisão de fls. 944 a 949 — TJSC.

É o relatório.

II — Voto

O agravo inominado, interposto na forma do art. 557, § 1º, do CPC, merece ser conhecido, porém não provido.

Examinando o primeiro argumento, qual seja, o de esta Corte encontrar-se em recesso durante o mês de julho, estando os prazos, por isso, suspensos, é fácil concluir que, com a vigência do Ato Regimental n. 39/99, que instituiu a Câmara de Férias, os prazos para interpor agravo de instrumento não se suspendem durante as férias forenses relativas ao mês de julho, muito embora estejam as férias previstas para a segunda instância, conforme dispõe o artigo 213 do Código de Organização Judiciária.

O artigo 2º do Ato Regimental n. 39/99 é muito claro ao definir a competência da Câmara de Férias:

"Art. 2º. Compete à Câmara de Férias:

"I — processar e julgar os *habeas corpus* e recursos de decisões denegatórias de *habeas corpus*;

"II — processar os mandados de segurança, incumbindo ao relator provisório decidir sobre o pedido de liminar;

"III — *processar o agravo de instrumento*, ou outros recursos, em que haja postulação de *efeito suspensivo, podendo, se for o caso, negar desde logo seguimento à irresignação, nos termos do art. 557 do CPC* (grifei);

"IV — determinar a liberdade provisória ou a sustação de ordem de prisão, e demais medidas que reclamem urgência, tais como as medidas cautelares".

Portanto, conforme interpretação gramatical do inciso III do art. 2º do Ato Regimental n. 39/99, pode e deve o relator examinar a questão da tempestividade prevista no artigo 557 do Código de Processo Civil, negan-

do seguimento ao agravo quando este revelar-se intempestivo.

Estabelece o artigo 557 do CPC: "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".

Por outro lado, a Carta Magna autoriza os Tribunais Estaduais a "[...] elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos" (Letra *a,* inciso I, do art. 96 da CF).

No mesmo sentido a regra do art. 83, inciso II, da Constituição do Estado de Santa Catarina e, de igual forma, o inciso XI do art. 24 da Constituição Federal, estabelecendo que compete ao Estado legislar, concorrentemente com a União, sobre:

"XI — procedimentos em matéria processual".

Concluindo: não se justifica a suspensão dos prazos para interposição do competente agravo de instrumento em segunda instância no mês de julho, quando em pleno funcionamento a Câmara Civil de Férias, instituída pelo Ato Regimental n. 39/99, com competência para processar referidos recursos ou outros em que haja postulação de efeito suspensivo, tendo sido convocados para o efetivo funcionamento desta egrégia Câmara três desembargadores e dois juízes de direito substitutos de segundo grau, cuja movimentação atingiu 988 processos, entre mandados de segurança, *habeas corpus*, ações cautelares e agravos de instrumento, estes últimos em número de 320, todos com pedido de efeito suspensivo.

Assim, não havendo prejuízo à agravante, que pode recorrer dentro do decêndio legal, não há conflito entre a norma regimental deste egrégio Tribunal de Justiça com os artigos 173 e 179 do Código de Processo Civil.

Da mesma forma, não merece melhor sorte o segundo argumento, qual seja de que a intimação da agravante não se deu em 3-7-2003, por não ser o advogado Fabrício Kava seu procurador, devendo ser considerado para início da contagem do prazo recursal a data de 10-7-2003, quando apresentou contestação, merecendo destaque parte da decisão monocrática proferida pelo Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, que se transcreve:

"Considerando que o advogado da agravante teve ciência inequívoca da decisão recorrida antes da data do protocolo da contestação, que entre esse dia, 10-7-2003, e o momento da interposição do recurso, 21-7-2003, transcorreram exatos 10 dias, é manifesta a intempestividade do agravo.

[...]

"Convém esclarecer que este Tribunal de Justiça possui Câmara de Férias Civil, o que afasta a alegação de que o prazo para recorrer estaria suspenso em razão das férias coletivas" (fl. 949).

Em caso semelhante já decidiu esta Corte:

"Agravo previsto no artigo 557 do CPC — Extemporaneidade do agravo de instrumento evidenciada no *decisum* objurgado — Razões recursais desacolhidas — Mantença do provimento jurisdicional entregue.

"Interposto após transcorrido o prazo legal, contado da data em que a parte, por intermédio de seu procurador, tomou inequívoco conhecimento do ato impugnado, retirando com carga os autos do Cartório, não se conhece do recurso de agravo de instrumento por intempestivo" (AI n. 1996.006942-9, rel. Des. Alcides Aguiar) (Agravo no Agravo de Instrumento n. 2000.003037-6, da Capital, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 18-5-2000).

No mesmo sentido:

"Agravo de instrumento — Intempestividade — Não conhecimento.

"Interposto após transcorrido o prazo legal, contado da data em que a parte, por intermédio de seu procurador, tomou inequívoco conhecimento do ato impugnado, retirando com carga os autos do Cartório, não se conhece do recurso de agravo de instrumento por intempestivo" (Agravo de Instrumento n. 1996.006942-9, de Balneário Camboriú, rel. Des. Alcides Aguiar, j. em 18-9-97).

"Recurso cível — Agravo de instrumento — Seguimento negado — Intempestividade — Ciência inequívoca da decisão — Agravo inominado (CPC, art. 557, § 1º) — Não provimento.

"O prazo para interposição de recurso conta-se a partir da ciência inequívoca da decisão, mesmo que a regular intimação ainda não tenha sido realizada" (AAI n. 2001.009943-8/0001.00, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo machado, j. em 28-6-2001).

Por fim, caracterizada a litigância de má-fé, forte nos artigos 17, incisos II e V, e 18 do CPC, deve ser mantida hígida a condenação da agravante a pagar à recorrida a multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa (medida cautelar inominada preparatória).

III — Decisão

Ante o exposto, a Câmara Civil Especial, por maioria de votos, conhece do recurso e nega-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Victor Ferreira.

Florianópolis, 21 de agosto de 2003.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Sérgio Izidoro Heil,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Victor Ferreira:

Ementa aditiva

Processual civil — Agravo de instrumento — Prazo — Contagem se-

gundo as peculiaridades do juízo de primeiro grau — Prorrogação, contudo, do termo final, para o primeiro dia útil subseqüente às férias coletivas da segunda instância — Precedentes, inclusive do STJ — Provimento do agravo sucessivo (art. 557, § 1º, do CPC).

O prazo para interposição de agravo de instrumento deve ser contado levando-se em consideração as circunstâncias e peculiaridades do Juízo *a quo*. Assim, terá início no primeiro dia útil após a intimação da parte, suspendendo-se com a superveniência de férias forenses na comarca (salvo quanto aos processos que nelas correm) e prorrogando-se até o próximo dia em que lá houver expediente normal, se o último cair em sábado, domingo ou feriado, ou quando determinado o fechamento do fórum ou o expediente for encerrado antes da hora normal.

Prorroga-se também, todavia, o *dies ad quem*, quando for feriado na sede do Tribunal, não houver expediente ou este for encerrado antes do horário, ou, ainda, estiver a Corte em recesso ou no período de férias coletivas, pois tal recurso deve ser interposto diretamente na segunda instância.

Há, pois, que se fazer distinção entre o curso do prazo recursal, que se dá considerando as peculiaridades da comarca onde corre o processo, e a data final para sua interposição no Tribunal.

Inteligência dos arts. 172, 173, 174, 179, 184, 522 e 524 do Código de Processo Civil.

Precedentes, inclusive do STJ, que até mesmo vão além, considerando suspensos os prazos durante as férias nos tribunais.

Voto

Divergi, em parte, da douta maioria, votando no sentido de prover o Agravo Inominado do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, porque, inclusive revendo posicionamentos que adotei anteriormente, passei a entender que, conquanto o prazo para a interposição do agravo de instrumento tenha normal fluência durante as férias coletivas deste Tribunal — pois, na primeira instância, todos os processos e prazos correm normalmente, já que lá não mais há férias coletivas nesse mês —, o *dies ad quem* se prorroga até o primeiro dia útil após aquele período.

Senão, vejamos.

1. Com efeito, inquestionável, a meu ver, que o prazo para a interposição do recurso corre normalmente durante o mês de julho em nosso Estado, por não haver férias coletivas na primeira instância.

Nota-se que, conquanto a Lei Orgânica da Magistratura Nacional estabeleça que os períodos de 2 a 31 de janeiro e 2 a 31 de julho são para tanto destinados *nos tribunais*, "Os juízes de primeiro grau gozarão de férias coletivas ou individuais, conforme dispuser a lei" (art. 66, § 1º).

O Código de Divisão e Organização Judiciárias de Santa Catarina, por sua vez, em seu art. 213, estabe-

lece que "A segunda instância terá férias coletivas de 2 a 31 de janeiro e de 2 a 31 de julho. A primeira instância terá de 2 a 31 de janeiro".

Durante o mês de julho, portanto, não há falar em férias na instância inferior; e, portanto, em suspensão dos prazos processuais.

Ora, ainda que o agravo de instrumento, com a nova sistemática implantada com as sucessivas reformas pontuais do Código de Processo Civil, seja um recurso que deve ser interposto diretamente no tribunal competente para julgá-lo, é inegável que o prazo para sua interposição conta-se tendo em vista o andamento do processo na primeira instância.

Tanto é assim que o *dies a quo* é o primeiro dia útil subseqüente à intimação da decisão a ser agravada, aplicando-se as regras gerais do art. 184 e seus parágrafos, do Código de Processo Civil.

Assim, se a intimação se deu às vésperas de um final de semana, de um feriado, de recesso *ou das férias coletivas da primeira instância*, o prazo somente fluirá a partir do reínicio das atividades forenses normais naquele grau de jurisdição.

E também o *dies ad quem* será determinado considerando-se a atividade forense *da primeira instância*. Destarte, se cair num feriado, final de semana, período de recesso ou férias coletivas, ou que, por qualquer motivo, o fórum não tenha normal atendimento (caso fortuito ou força maior), há que se prorrogar até o primeiro dia em que os serviços judiciários estejam em pleno funcionamento, aplicando-se, também, conjugadamente, as regras dos arts. 179, *caput*, e 184, § 1º, I e II, do mesmo Código.

Não fosse por essas normas legais, assim também deveria sê-lo porque, para instruir o recurso, o agravante necessita da certidão da decisão agravada e de cópias dos autos (art. 525, incisos I e II, do CPC), o que não poderia obter se, no último dia do prazo, não pudesse ter acesso ao escrivão ou aos autos.

Nessa linha de raciocínio, até aqui, portanto, pouco importa se o tribunal perante o qual será interposto o reclamo está, ou não, em período de recesso ou de férias forenses; se na cidade onde tem sua sede é feriado ou não, se o expediente foi normal ou antecipadamente encerrado.

Até porque o processo, na primeira instância, está correndo normalmente, podendo inclusive, nesse período, ser extinto. Então, *data venia*, não haveria nenhuma razão para que o prazo de recurso ficasse suspenso, tão-somente porque no Tribunal havia férias ou feriado.

Nota-se também que o legislador, na minirreforma do Código de Processo Civil, procurou dar celeridade ao agravo de instrumento, antes um recurso que se eternizava nos escaninhos dos fóruns.

Assim, salvo melhor juízo, a despeito de o Tribunal estar em período de férias, o prazo para a inter-

posição do agravo flui normalmente se os prazos no processo no qual proferida a decisão objurgada também estavam correndo para a parte; principalmente porque é na primeira instância que se vai verificar qual o dia do começo, e se, no dia do término do prazo, houve normal expediente.

2. Entretanto, *como a interposição do recurso, pela nova sistemática, se dá no próprio Tribunal onde será julgado* (art. 524 do Código de Processo Civil), há que se levar em conta se, *no último dia do prazo (considerando-se a comarca onde corre o processo*), a Corte se encontrava, ou não, em normal funcionamento dos serviços judiciários.

Porque senão o prazo há que se prorrogar até o primeiro dia útil após as férias, feriados, recessos, ou no qual não houve expediente normal.

Isso se infere do disposto nos arts. 172, 173 e 184, § 1º, do referido Código.

Com efeito, *a interposição do agravo* (leia-se, a protocolização, no Tribunal, da petição do recurso, acompanhada dos documentos obrigatórios e facultativos, inclusive comprovante do preparo, quando a legislação o exigir), é, sem dúvida, um ato processual.

Assim, deve ele ser praticado em *dia útil* (art. 172), e também *não durante as férias* (salvo quanto aos processos que nela tramitam — arts. 173 e 174), permitindo-se sua prática no primeiro dia útil seguinte quando o término do prazo se der no caso de, por qualquer razão, não haver expediente forense.

Ressalta-se: o agravo de instrumento *é recurso que já se inicia no Tribunal; portanto, as regras atinentes à sua interposição e aos prazos de sua tramitação na Corte devem levar em consideração se nesta há ou não expediente normal e andamento regular dos processos*.

Portanto concluo que se no mês de julho este Tribunal se encontrava em período de férias, não havendo normal tramitação dos processos, sequer a distribuição dos feitos que não exijam urgência, o *dies ad quem* para a interposição do agravo prorroga-se até o primeiro dia útil seguinte ao término daquele período.

Há, pois, que se fazer uma distinção entre o curso do prazo recursal, que se dá considerando as peculiaridades da comarca na qual corre o processo, e a data final para sua interposição no Tribunal.

Nem se argumenta que, se o Tribunal estiver em recesso, férias, ou for feriado no município onde se situa, o agravo pode ser interposto pela via postal, fax ou *e-mail* (ou, como aqui em Santa Catarina, por protocolo unificado). Essas são comodidades que o legislador coloca à disposição da parte; para se aferir a tempestividade, todavia, deve-se levar em consideração se havia regular funcionamento do Tribunal ao qual o recurso é dirigido.

3. Nessa linha de raciocínio, a 3ª conclusão do CETARS:

"O prazo recursal é contado em conformidade com o juízo recorrido, e não com a sede do Tribunal, quanto a feriados. Por exceção, quando o último dia do prazo recursal for feriado na comarca em que sediado o Tribunal, o encerramento do prazo prorrogar-se-á até o primeiro dia útil seguinte" (*in* Negrão, Theotonio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, nota 6ª ao art. 522, p. 577).

Mutatis mutandis, se, nas férias, a regra é a suspensão dos prazos, somente se processando aqueles feitos cuja urgência o exigir (nota-se, não há sequer distribuição daqueles outros), não haveria sentido em se obrigar o agravante a interpor o recurso durante aquele período.

Aliás, nota-se que até naqueles processos que correm durante as férias, *o prazo para resposta do réu só começará a correr no primeiro dia útil seguinte ao feriado ou às férias* (parágrafo único do art. 173 do CPC).

4. Nesse sentido já havia proferido meu voto, como relator originário, na sessão de 14 do corrente — quando houve o pedido de vista do eminente Des. Sérgio Heil —, desconhecendo os argumentos utilizados pelo ínclito Desembargador Boris Kauffmann, da Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo — os quais, a bem da verdade, foram-me trazidos na semana seguinte, em memoriais, pela ora agravante —, que assim proferiu seu voto no Agravo de Instrumento n. 130.204.4/0, da comarca de São Paulo:

"Embora publicado no Diário Oficial do dia 10 de agosto do corrente ano, para efeito de publicação (fl. 41), a agravante teve ciência inequívoca do indeferimento do seu pedido de apreensão de todos os exemplares da revista 'Casais' anteriormente, tanto que, por petição datada e protocolizada no dia 19 de julho, pediu reconsideração daquela decisão (fls. 39 e 40).

"O período compreendido entre os dias 2 e 31 de julho é de férias coletivas nos tribunais (Lei Compl. Federal n. 35, de 14-3-79), mas, em primeira instância é período normal, uma vez que as férias coletivas estão restritas ao período de 2 a 31 de janeiro. Como a decisão foi prolatada em primeira instância, e o recurso contra ela deve ser apresentado no tribunal competente, surge o problema da contagem do prazo recursal: se deve ser contado segundo a situação do juízo recorrido ou se deve levar em consideração a causa de suspensão — férias forenses — do tribunal.

"A adoção do primeiro entendimento conduziria ao reconhecimento da intempestividade do recurso. É que, admitindo-se o conhecimento da decisão atacada no dia 19 de julho, uma segunda-feira de expediente normal no juízo de primeiro grau, o último dia do prazo previsto no art. 522 do Código de Processo Civil seria o dia 29 de julho, uma quinta-feira. Mas, estando o tribunal em gozo de férias forenses, o termo final do prazo ficou prorrogado para o primeiro dia útil imediato — 2 de agosto. No entanto, o recurso

somente foi protocolizado no dia 12 de agosto.

"Já a adoção do segundo entendimento permitiria o conhecimento do recurso dada a sua tempestividade. É que, levando em consideração o fato de que o tribunal se encontrava em férias forenses, não correria o prazo recursal, que somente teria-se iniciado no dia 2 de agosto, tendo sido o recurso protocolizado no décimo dia do prazo.

"Com referência ao tempo no processo, não se pode ignorar que este sujeita-se ao *princípio* da *brevidade,* isto é, deve o processo desenvolver-se no menor prazo possível. Lembra, a respeito, Moacyr Amaral Santos: 'O *interesse público é* o de *que as demandas terminem o mais rapidamente possível, mas que* também *sejam suficientemente instruídas* para *que sejam decididas* com *acerto' (Primeiras linhas* de *direito processual civil,* vol. 1º, Saraiva, 1997, p. 298).

"Por outro lado, a fixação de prazos sujeita-se ao *princípio* da *utilidade,* isto é, os prazos são fixados para que o ato processual possa ser realizado de forma conveniente.

"Assim, atendendo-se o primeiro dos princípios, a interpretação mais ajustada é a de que, situando-se o termo inicial do prazo em ato praticado no juízo de primeiro grau, seu curso deve levar em consideração a situação desse juízo, e não a do tribunal. *A situação deste somente vai interferir no termo final do prazo*.

"Este entendimento também ajusta-se ao *princípio da utilidade.* É que, se este princípio informativo leva em consideração o tempo necessário para a prática do ato processual, nenhuma influência exercerá a situação do tribunal no curso desse espaço de tempo, salvo para a aferição do termo final do prazo. Também se atende outro princípio informativo, que é o da *continuidade*.

"Seguindo tais critérios, o Centro de Estudos do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul já teve oportunidade de examinar a situação com relação a feriados diversos, no juízo recorrido e no tribunal, adotando a seguinte conclusão: *'O prazo recursal é contado em conformidade* com o *juízo recorrido,* e *não com a sede do tribunal, quanto* a *feriados. Por exemplo, quando o último dia do prazo recursal for feriado na comarca em que sediado o Tribunal, o encerramento do prazo prorrogar-se-á até o primeiro dia útil seguinte (art. 184, § 1º, do CPC)'.*

"Este relator adota o entendimento de que o prazo para o agravo de instrumento inicia-se e corre segundo a situação do juízo prolator de decisão, apenas interferindo na fixação do seu termo final a situação do tribunal ao qual se recorre. Assim, não conhecia do recurso, por extemporâneo.

"Todavia, ficou vencido nessa parte. A maioria da turma julgadora considerou que as férias forenses do tribunal impediam que o prazo recursal tivesse início. Entendeu que na verificação do prazo do agravo de instrumento deve ser considerada a situação do tribunal, tanto para a fixação do seu termo inicial, como para exa-

me de sua eventual suspensão. Assim concluiu pelo fato de que o ato de interposição do recurso é realizado no tribunal, e não no juízo recorrido.

"Superada, assim, a questão relativa à tempestividade do recurso, passa-se ao seu exame" (o grifo é meu).

Como se pode observar, nesse caso, inclusive, aquele Relator ficou vencido porque a maioria entendeu que, na realidade, havia *suspensão* do prazo recursal durante as férias do Tribunal.

Entendimento que, aliás, vem-se consolidando na jurisprudência pátria (*vide*, especialmente: STJ, REsp n. 422.405/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 19-12-02, p. 00368, julgado em 21-11-2002; REsp n. 364.236/RS, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 25-3-2002, p. 00199, julgado em 21-2-2002; e REsp n. 240.722/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 4-3-2002, p. 00259, julgado em 20-11-2001).

5. A meu ver, também, não se pode argumentar que, como nos períodos de férias desta Corte funcionam as Câmaras de Férias Civil e Criminal, o prazo teria fluência ou não se prorrogaria até o reinício das atividades normais.

Com efeito, a instituição desses Órgãos, destinados a apreciar as questões de urgência, não podem afetar o direito da parte se na legislação processual não está prevista exceção que o restrinja.

Ademais, o art. 2º do Ato Regimental n. 39/99, que define a competência das Câmaras de Férias, somente se refere a casos que requerem urgência na apreciação. Especificamente no que toca ao Agravo de Instrumento, dispõe:

"Art. 2º. Compete à Câmara de Férias:

[...]

"III — processar o agravo de instrumento, ou outros recursos, *em que haja postulação de efeito suspensivo*, podendo, se for o caso, negar desde logo seguimento à irresignação, nos termos do art. 557 do CPC" (grifei).

Então, não é porque a parte postula o efeito suspensivo, ou a antecipação da tutela recursal — o que é direito seu, se houver perigo de lesão grave e de difícil reparação, decorrente da decisão agravada (arts. 527, III, e 558 do CPC) —, que se irá alterar o prazo ou o momento em que deve ser interposto o recurso.

Se assim fosse, chegaríamos à ilógica conclusão de que, pleiteada a antecipação da tutela recursal ou a atribuição de efeito suspensivo, o recurso poderia ser intempestivo; não pleiteada nenhuma das benesses, seria tempestivo.

E, voltando ao princípio da utilidade, referido no acórdão acima: qual o sentido de se obrigar a parte a interpor o recurso durante o período de férias nesta Corte, se, não havendo nenhum pedido dessa natureza que reclame urgência na apreciação, a

irresignação sequer será distribuída? Sim, porque o agravo não seria encaminhado à Câmara de Férias, porquanto esta não teria competência para examiná-lo. Aguardaria, na Diretoria Judiciária, sua distribuição para a Câmara Civil Especial, após o reinício dos trabalhos desta, em fevereiro ou agosto, para a análise da admissibilidade, sendo depois redistribuído a uma das Câmaras Civis, Comerciais ou de Direito Público, conforme a matéria. Ressalta-se que nem a Câmara Civil Especial nem as demais estão em atividade durante as férias.

6. Por essas razões, e considerando que o recurso foi interposto nesta Corte em 21-7 e portanto, sob essa ótica, seria tempestivo, independentemente da data em que houve ciência, pela agravante, da decisão agravada, posto que proferida em 1º-7, é que votei no sentido de prover o agravo inominado (art. 557 do Código de Processo Civil).

Ficando, no entanto, vencido nesse aspecto acompanhei a douta maioria no sentido de lhe negar provimento quanto à outra tese recursal. E isso porque, sem dúvida, os procuradores da agravante tiveram ciência do *decisum* vergastado em data anterior à da apresentação da contestação, pois, embora o advogado que retirou em carga os autos não tenha recebido poderes para atuar em nome daquela, pertence ao mesmo escritório dos seus ilustres procuradores, localizado, inclusive, na Capital do Paraná, distante quase 600km do foro da causa. Tanto que a contestação foi apresentada na semana seguinte, sem que se tenha notícias de que outro advogado obteve cópia dos autos.

Isso é um fato, que não pode ser ignorado.

Essas as razões do meu voto.

Victor Ferreira.

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.015124-9, DA CAPITAL

Relator: Juiz Ronaldo Moritz Martins da Silva

Agravo regimental – Decisão do relator que nega seguimento ao recurso de agravo de instrumento – Não cabimento – Exegese do art. 557, § 1º, do CPC – Erro grosseiro – Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal – Não conhecimento.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no art. 195, prevê a possibilidade de a parte interpor agravo regimental das decisões do relator que lhe causarem prejuízos. O Código de Processo Civil, entretanto, com relação às decisões monocráticas do relator que negam seguimento ao agravo de instrumento, admite, tão-somente, a interposição do agravo inominado ou sucessivo, disciplinado no seu art. 557, § 1º.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 2003.015124-9, da comarca da Capital, em que é agravante Ocidental Distribuidora de Petróleo Ltda., sendo agravado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, não conhecer do agravo regimental.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Trata-se de agravo regimental interposto com fundamento no art. 195 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça por Ocidental Distribuidora de Petróleo Ltda., em face da decisão do relator que negou seguimento ao recurso de agravo de instrumento (fls. 296 a 298).

Sustenta a ora recorrente que: 1) indicou um imóvel para a garantia da execução fiscal contra si ajuizada; 2) o credor recusou a oferta e postulou a penhora do seu faturamento mensal; 3) o MM. Juiz *a quo* nada decidiu sobre esse pedido; 4) foi intimada a proceder aos depósitos mensais, independentemente de qualquer decisão nesse sentido; 5) o despacho agravado "não é o mesmo da decisão pretérita"; 6) não se operou a preclusão; 7) inexistem dúvidas de que o "juízo deprecado" não proferiu despacho determinando a penhora.

Requer a reforma da decisão e, via de conseqüência, o conhecimento do agravo de instrumento.

II – Voto

O presente agravo, embasado no art. 195 do Regimento Interno desta Corte de Justiça, não merece ser conhecido.

É que o Código de Processo Civil, com relação às decisões monocráticas do relator que negam seguimento ao agravo de instrumento, admite, tão-somente, a interposição do agravo inominado ou sucessivo, disciplinado no seu art. 557, § 1º.

Em entendimento já esposado nesta Corte, ficou assentado que constitui erro grosseiro a interposição do agravo regimental, previsto no art. 195 do RITJSC, em vez do agravo suces-

sivo, previsto no art. 557, § 1º, do CPC, contra a decisão que nega seguimento ao recurso de agravo de instrumento, não se admitindo, por isto, a aplicação do princípio da fungibilidade.

Nesse sentido:

1) Agravo no Agravo de Instrumento n. 2003.003461-7, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, Câmara Civil Especial, j. 20-3-2003:

"Recurso cível — Agravo de instrumento — Interposição contra decisão monocrática do relator que negou seguimento a agravo de instrumento, por ser manifestamente intempestivo – Recurso inadmissível diante da sistemática implantada com a Lei n. 9.139/1995 – Erro grosseiro – Não conhecimento.

"Com o advento do novo sistema recursal civil (Lei n. 9.139/1995), contra a decisão que nega seguimento a recurso, cabe o agravo inominado previsto no § 1º do art. 557 do CPC, não se admitindo a interposição de outro agravo de instrumento, por se tratar de erro grosseiro ('interposição do recurso errado, quando o correto se encontra indicado expressamente no texto da lei') que inviabiliza a aplicação do princípio da fungibilidade".

2) Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 1998.007680-3, de Blumenau, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra:

"Agravo de instrumento – Seguimento negado – Interposição de agravo regimental – Inadmissibilidade – Recurso previsto no ordenamento jurídico (art. 557, parágrafo único, do CPC) – Erro grosseiro – Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal – Não conhecimento".

Logo, não há conhecer do agravo regimental.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, não conhecer do agravo regimental.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 18 de setembro de 2003.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Ronaldo Moritz Martins da Silva,
Relator.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2002.028029-7, DE JOAÇABA

Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva

Embargos infringentes – Ação de indenização – Atropelamento em via movimentada – Morte da vítima – Dúvida quanto à causa do acidente – Ônus da prova no processo civil – Incumbência de quem alega – Responsabilidade civil subjetiva – Ausência de comprovação da culpa e do nexo de causalidade – Improcedência do pedido – Prevalência do voto vencido e restabelecimento da sentença – Recurso provido.

Em se tratando de responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, para que seja reconhecido o direito à indenização, é necessária a efetiva demonstração do dano, do comportamento ilícito (dolo ou culpa) do agente e do nexo de causalidade entre ambos, ou seja, é imprescindível a comprovação de que o postulante da indenização sofreu prejuízo diretamente ocasionado pela conduta indevida da outra parte.

A teor do Código de Processo Civil, constitui ônus do acionante a prova do fato constitutivo do direito pretendido na demanda.

Estando-se diante de responsabilidade civil subjetiva, cabe ao demandante a comprovação, além do dano em si, da culpa, que não pode ser presumida, e do nexo causal.

No caso dos autos, ilações não podem ser construídas. Imprescindível se mostra a prova exata dos fatos para que se possa

imputar ao embargante a responsabilidade pela morte da vítima. Existindo dúvida – o que competia às embargadas afastar – não se pode reconhecer o dever de indenizar, sob pena de se estar presumindo a culpa (responsabilidade objetiva) em situação em que ela deveria ter sido comprovada (responsabilidade subjetiva).

Por outro norte, cuidando-se de via movimentada, o dever de diligência cabia à vítima.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2002.028029-7, da comarca de Joaçaba, em que é embargante Dario Antonio Dal Cortivo, sendo embargados Olga Soldi Pintro e outros:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Civil, por maioria de votos, dar provimento aos embargos infringentes.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuida-se de ação de indenização por acidente de trânsito aforada por Olga Soldi Pintro, por si, representando sua filha Silvia Pintro e assistindo suas filhas Silvania Pintro e Sirlene Pintro contra Dario Antonio Dal Cortivo, em virtude do falecimento do esposo e pai das autoras.

Após seu trâmite regular, o feito culminou com a sentença de fls. 91 a 94, que julgou improcedente o pedido contido na exordial, sob o argumento de ausência de prova da culpa do réu no evento e do nexo de causalidade.

Irresignadas, as autoras interpuseram apelação, alegando, em síntese, estar devidamente comprovado nos autos o fato, sua autoria, o dano e o nexo causal, postulando pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 96 a 102).

O apelado apresentou contrarazões, aduzindo estar correta a sentença objurgada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos (fls. 103 a 107).

O representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 129 a 133).

Em julgamento nesta Corte de Justiça, por maioria de votos, foi dado provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar procedentes os pedidos formulados na inicial, reconhecendo a culpa do apelado pelo acidente que levou à morte da vítima, condenando-o ao pagamento de meio salário mínimo por mês para a apelante viúva, até quando completar 65 (sessenta e cinco) anos; meio salário mínimo para as filhas, até que a mais

nova vier a completar 21 (vinte e um) anos de idade; dano moral em 100 (cem) salários mínimos, sendo que a correção monetária e os juros de mora, relativos a todos os valores, serão contados a partir do evento danoso; além das custas processuais e dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor resultante da soma das prestações vencidas com o *quantum* referente aos danos morais (fls. 142 a 150).

Em declaração de voto vencido, o eminente Des. Orli Rodrigues afirmou que as apelantes não lograram êxito em provar o que alegaram na peça inaugural, incumbindo a elas o ônus da prova, não restando claro nos autos, mormente pelo fato de se tratar de uma via movimentada, se a vítima deu causa, concorreu ou suportou o evento danoso (fls. 151 a 153).

Insatisfeito com a decisão de segundo grau e ante a divergência no tocante à prova relativa à culpa, o apelado opôs embargos infringentes, apontando como perfeita a análise dos fatos e das provas efetuada pelo voto vencido, tomando como suas as razões nele contidas (fls. 163 a 166).

Em manifestação, o representante do Ministério Público opinou pelo conhecimento e provimento dos embargos infringentes (fls. 172 a 176).

II — Voto

Os presentes autos agasalham embargos infringentes opostos por Dario Antonio Dal Cortivo contra Olga Soldi Pintro e outros com o fim de fazer prevalecer o voto vencido existente quando do julgamento do apelo interposto pelas ora embargadas.

Em se tratando de responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana (art. 159, CC/1916, e art. 186, CC/2002), para que seja reconhecido o direito à indenização, é necessária a efetiva demonstração do dano, do comportamento ilícito (dolo ou culpa) do agente e do nexo de causalidade entre ambos, ou seja, é imprescindível a comprovação de que o postulante da indenização sofreu prejuízo diretamente ocasionado pela conduta indevida da outra parte.

In hypothesis, o dano restou configurado pela morte do esposo e pai das recorridas, limitando-se, pois, ao objeto dos embargos infringentes, que se apresentam para análise à configuração, ou não, da conduta culposa do motorista do veículo bem como do nexo de causalidade entre o ato imputado ao embargante e o dano.

A teor do art. 333, I, do Código de Processo Civil, constitui ônus do acionante a prova do fato constitutivo do direito pretendido na demanda.

A esse respeito, colhe-se o seguinte do escólio doutrinário:

"Nesse contexto, deve ser lembrado que o fato constitutivo a que alude a disposição legal diz respeito à pretensão do autor, ou seja, corresponde à *causa petendi* em seu componente fático, incluindo o fato caracterizador do interesse de agir.

"O ônus da prova da afirmação feita no processo recai, de acordo com

o critério adotado pela lei, sobre a parte que tem interesse nessa afirmação. Por isso cabe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito, pois o autor tem interesse em afirmá-lo e deve fazê-lo na inicial (*actore non probante, reus absolvitur*). E pela mesma razão cabe ao réu o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, em cuja afirmação o réu tem interesse (*reus in excipiendi fit actor*)" (Cintra, Antonio Carlos de Araujo. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 21 e 22).

No mesmo diapasão, é da jurisprudência:

"Apelação cível – Acidente de trânsito – Boletim de ocorrência meramente descritivo – Prova oral contraditória – Entrechoque dos depoimentos coligidos – *Culpa do agente não configurada – Improcedência do pedido formulado – Sentença confirmada – Reclamo desprovido*.

"Se mesmo com o exame criterioso das provas e com o confronto dos elementos de convicção produzidos pelos litigantes, não for possível ao julgador proferir um veredicto conclusivo, há entrechoque absoluto de provas, que enseja a improcedência do pedido formulado, mesmo porque incumbiria ao autor a prova dos fatos constitutivos.

[...]

"Em hipóteses tais, incumbe ao juiz, à luz do princípio da persuasão racional, inscrito no art. 131 do CPC, aferir e sopesar a credibilidade dos testemunhos, bem como a respectiva força probatória e verter seu convencimento em favor de uma das teses apresentadas.

"Há casos, porém, em que as provas produzidas se revelam contraditórias ou opostas, mas igualmente críveis, como na feliz imagem utilizada pelo digno togado singular, 'como duas forças opostas, de igual intensidade, que se anulam' (fl. 124).

"Embora as versões apresentadas pelas partes tenham a mesma força probatória porque ambas são críveis e coerentes, podendo o magistrado chegar a qualquer um dos desideratos, indispensável nesses casos – e somente nesses casos – é a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

"Traz-se aos autos entendimentos jurisprudenciais que solucionam o caso *sub judice*:

— 'Se o fato ou ato causador do acidente não se encontra provado de forma segura nos autos, sendo objeto de provas colidentes, e, ainda, encontrando-se as circunstâncias necessárias a construção do raciocínio do julgador comprometidas por declarações contraditórias, inviável torna-se a aferição da responsabilidade do agente. O entrechoque de elementos probatórios leva à insuficiência de provas, e esta à improcedência da ação' (Apelação Cível n. 1998.011393-8, de Gaspar, rel. Des. Vanderlei Romer).

— 'Em ação de reparação por danos decorrentes de acidente de trân-

sito, se os elementos probatórios colhidos se antagonizam entre si, uns favorecendo o autor da demanda e outros favorecendo o acionado, o equacionamento do litígio há que propender, de regra, em favor do encampamento da versão do demandado' (Embargos Infringentes n. 231 — 1988.054517-1, de Itajaí, rel. Des. Trindade dos Santos).

"Destarte, procedeu com acerto o Magistrado *a quo* ao julgar improcedente o pedido inicial, à míngua de prova da culpa do agente, que é requisito elementar da responsabilidade civil" (Ap. Cív. n. 2001.023116-6, de Brusque, rel. Des. Monteiro Rocha) (original sem grifos).

No caso dos autos, estando-se diante de responsabilidade civil subjetiva, caberia às demandantes a comprovação, além do dano em si, da culpa, que não pode ser presumida, e do nexo causal. No entanto, tal demonstração não restou configurada nos autos.

A prova testemunhal não resolveu a dúvida acerca da autoria do atropelamento, não se podendo atribuir veracidade aos fatos alegados pelas autoras sem a necessária comprovação, devendo a decisão pender para a improcedência dos pedidos indenizatórios.

Vejam-se alguns trechos dos depoimentos constantes dos autos:

"[...] que em dado momento o Sr. Egídio Pintro saiu para fora e rumava em direção a linha São Miguel onde o mesmo residia, que o declarante saiu logo em seguida, quando já havia andado uns 200 metros passou por ele o veículo VW/Fusca de propriedade de Dario Dal Curtivo, *que logo em seguida o declarante ouviu um barulho, como se fosse uma batida de um veículo em alguma coisa*, que notou também que o referido veículo diminuiu a velocidade como se fosse parar e posteriormente continuou andando, retomando pelo barulho sua velocidade normal; que o declarante continuou andando e de repente notou que havia uma pessoa caída no chão, que não subiu outro carro naquele momento" (Antonio da Silva, fl. 25) (original sem grifos).

"[...] *que Antonio estava assustado pois havia encontrado o Sr. Egídio Antonio Pintro, que Antonio ao chegar na casa do Declarante bateu e pediu para que o mesmo viesse para socorrer o Sr. Egídio que teria sido atropelado pelo Sr. Dario Dal Cortivo*, que Antonio disse ainda que achava que Egídio estava morto, que dirigiu-se até o local do acidente e constatou que Egídio Antonio Pintro estava vivo, que colocou-o em seu veículo e transportou até o hospital de Jaborá-SC" (Gomercindo Antonio Nora, fl. 27) (original sem grifos).

"[...] que Alfonso Wille disse ainda que em certa altura da estrada os mesmos passaram em cima de um cachorro" (Luiz Squerzzato, fl. 33).

"[...] que o declarante alega que passou em cima de uma pedra tanto alta" (Dario Antonio Dal Cortivo, fl. 34v.).

"[...] *que não presenciou os fatos narrados na inicial*, podendo informar apenas que depois de comunicado sobre o acidente, dirigiu-se ao local, acompanhado por policiais militares, sendo que a vítima já havia sido socorrida; que no local informado pelas pessoas que ainda estavam esperando, *fizeram uma busca, não tendo encontrado nenhum vestígio e apenas encontraram sangue da vítima; que foi informado no local que o causador do atropelamento teria sido o requerido, porém foram até a sua residência, onde vistoriaram o veículo, não encontrando nenhum vestígio; que no dia seguinte fizeram nova vistoria mais detalhada, não encontrando qualquer sinal no veículo do requerido, tais como amassamento, ou risco"* (Valmari Coradi, fl. 72) (original sem grifos).

Com base nas provas produzidas no caderno processual, impossível se ter certeza se a vítima causou, concorreu ou tão-somente suportou o dano, não se podendo afirmar o autor do atropelamento nem o local em que se deu o sinistro, podendo ter sido na pista ou fora dela.

Especificamente quanto ao lugar de ocorrência do acidente, os testigos são divergentes: Gomercindo Antonio Nora afirma que o corpo do *de cujus* estava em uma valeta à margem da rodovia (fl. 69) e Antonio da Silva assevera que encontrou a vítima caída na pista de rolamento, tendo, inclusive, o cuidado de retirá-la de tal local para que não fosse novamente atropelada (fl. 25).

Se alguma conclusão se pode tirar dessas alegações é apenas a de que o marido e pai das autoras foi atropelado. Onde e por quem, não se pode saber ao certo. Poder-se-ia afirmar que Antonio o colocou em uma valeta, justamente para não ser novamente atingido, tendo, posteriormente, Gomercindo o visto fora da pista. Mas como se precisar os fatos sem comprovação efetiva?

No caso dos autos, ilações não podem ser construídas. Imprescindível se mostra a prova exata dos fatos para que se possa imputar ao embargante a responsabilidade pela morte da vítima. Existindo dúvida – o que competia às embargadas afastar – não se pode reconhecer o dever de indenizar, sob pena de se estar presumindo a culpa (responsabilidade objetiva) em situação em que ela deveria ter sido comprovada (responsabilidade subjetiva).

Outro fundamento usado pelas autoras é o fato de estar o embargante embriagado. Contudo, do mesmo modo, a prova dessa assertiva não foi feita.

Por outro norte, cuidando-se de via movimentada, o dever de diligência cabia à vítima. É o que se extrai da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

"Ação de indenização por ato ilícito em acidente de veículos — Atropelamento — Rodovia Federal — Ocorrência à noite — Chuva e neblina — Ausência de prova de culpa do motorista — Ação improcedente — Recurso conhecido e improvido.

[...]

"Na verdade, os autores não comprovaram, inequivocamente, como lhes competia (art. 333, I, do CPC) que o réu deu causa ao evento danoso.

"Washington de Barros Monteiro leciona que *'Em princípio, para que haja responsabilidade, é preciso que haja culpa; sem prova desta, inexiste obrigação de reparar o dano* [...].

[...]

'As testemunhas inquiridas não presenciaram o acidente, nada esclarecendo em relação à culpabilidade pelo sinistro.

'Ora, tratando-se de via de tráfego rápido, a obligatio ad diligentiam*, ao contrário do que acontece nas vias urbanas, transfere-se do motorista para o pedestre'.*

"Nesse sentido firmou-se a jurisprudência:

'Responsabilidade civil. Atropelamento. Culpa do guiante improvada. Obligatio ad diligentiam *exclusiva da vítima. Demanda improcedente*. Recurso desprovido.

'Em se tratando de atropelamento em rodovia de trânsito rápido, a presunção de falta de cuidado na sua travessia deve ser atribuída ao pedestre' (Ap. Cív. n. 31.066, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Volnei Carlin, DJE de 31-5-89).

"No mesmo diapasão JC 39/202; Ap. Cív. n. 31.520, da Capital, rel. Des. Nestor Silveira, DJE de 29-6-90, RT 539/345, 597/211" (Ap. Cív. n. 38.135, de Curitibanos, rel. Des. João Martins) (original sem grifos).

Por derradeiro, oportuna se mostra a transcrição das bem-lançadas considerações do Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues, quando da exposição dos motivos pelos quais divergiu da maioria no julgamento do apelo:

"Neste norte, não ficou claro se a vítima deu causa, concorreu ou suportou o evento danoso, porquanto se tratava de uma via movimentada.

"Na mesma linha de raciocínio, apesar de todos concordarem que o réu estava embriagado, não se conclui que foi ele quem atropelou a vítima, porque a prova produzida em juízo não dá azo à formação da culpabilidade do demandado pela produção do acidente, conforme concluiu a acertada sentença monocrática.

"Se não há prova técnica constante no processo, o juiz forma seu convencimento com base na prova testemunhal, e sendo ela malograda não se pode levar a cabo a culpa do réu, porque esta não se presume.

[...]

"Portanto, as autoras não lograram êxito em provar aquilo que alegaram na prefacial, incumbindo a elas o ônus da prova, como dispõe o artigo 333 do CPC [...].

"Além disso, os policiais que se dirigiram após o acidente à casa do réu constataram que seu veículo Fusca não possuía nenhum dano [...].

"Sendo a prova testemunhal malograda e dentro do princípio do livre convencimento, não se pode dar provimento ao recurso para condenar o apelado a indenizar a família da vítima.

"Não obstante, ainda que fosse o réu quem tivesse atropelado a vítima, subsistiria a discussão sobre a culpa, eis que o acidente ocorreu numa via movimentada (fls. 69 – depoimento da testemunha Luiz Squerzato) e ainda a vítima se encontrava embriagada" (fl. 151 a 153).

Por tudo, há de prevalecer o voto vencido, revigorando-se a sentença e invertendo-se os ônus da sucumbência.

III — Decisão

Nos termos do voto da Relatora, decide a Câmara, por maioria de votos, dar provimento aos embargos infringentes.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira, Monteiro Rocha, Luiz Carlos Freyesleben e Marcus Túlio Sartorato e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Wilson Augusto do Nascimento e José Volpato. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Aurino Alves de Souza.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2003.

Orli Rodrigues,
Presidente, com voto;
Salete Silva Sommariva,
Relatora.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Wilson Augusto do Nascimento:

Ousei divergir da douta maioria pelos motivos a seguir explicitados.

Trata-se de embargos infringentes opostos com o desiderato de ver acolhida a tese apresentada pelo Desembargador Orli Rodrigues no voto vencido, para que seja mantida a sentença (fls. 91 a 95), não reconhecendo a culpa do embargante pelo atropelamento de Egídio Antônio Pintro, marido e pai das embargadas.

O acórdão embargado não reconheceu a responsabilidade civil do embargante pelo atropelamento, pois ocorreu em via de grande movimento, inexistindo provas robustas nos autos capazes de demonstrar se o acidente ocorreu por imprudência do motorista ou da vítima que estava embriagada (fls. 187 a 197).

Trata a espécie de pleito indenizatório em decorrência de acidente de trânsito com vítima fatal.

Conforme relato da petição inicial, Egídio Antônio Pintro, marido e pai das embargadas, faleceu em 11-12-94, por volta das 23h40min, após ter sido vítima de atropelamento quando transitava pela Rodovia SC 463, em direção à sua residência, após ter saído de um bar.

Quando transitava na citada rodovia, o *de cujus* foi atingido pelo veículo conduzido pelo embargante, o qual também havia saído do mesmo bar, minutos após.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a responsabilidade civil decorrente de acidentes de trânsito é extracontratual, regendo-se pela norma insculpida no art. 159 do Código Civil de 1916: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízos a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Segundo Rui Stoco, esta obrigação de reparar os danos consiste em:

"Princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabilidade, encontradiça no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida social é inconcebível [...]" (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 2ª ed., São Paulo: RT, 1995, p. 49).

Sobre seus elementos, leciona o doutrinador: "[...] para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjunção dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração da esfera de outrem" (*op. cit.*, p. 49). Simplificando: o dano, o ato culposo e o liame causal entre dano e conduta culposa.

Portanto, os pressupostos da responsabilidade civil são: o ato ilícito, o dano, o nexo causal e a culpa.

O ato ilícito é toda ação ou omissão que viole direito ou cause prejuízo a outrem.

Para Rui Stoco, o dano consiste no prejuízo decorrente da conduta ilícita praticada pelo agente, o qual pode atingir tanto a esfera patrimonial de outrem quanto a moral. Sem prejuízo, não há responsabilidade.

O nexo causal consiste no liame que vincula a conduta ilícita ao dano causado.

A culpa, que em sentido amplo envolve o dolo, é a violação de um dever jurídico, possibilitando-se a imputação do ilícito a alguém, em decorrência da reprovação social contra qualquer ilícito, por imprudência, negligência ou imperícia.

Compulsando os autos, inexiste dúvida quanto à ocorrência do atropelamento. O Sr. Egídio foi encontrado prostrado ao solo, na rodovia, com várias lesões, as quais, especificadas no laudo de exame cadavérico (fl. 22), foram causa de sua morte. Devidamente comprovados, portanto, o fato antijurídico e o dano bem como o nexo de causalidade entre ambos.

Relativamente à culpa pelo evento danoso, os depoimentos das testemunhas, mormente o Sr. Antonio da Silva e o Sr. Gomercindo Antonio Nora, não deixam dúvidas da responsabilidade do embargante pelo atropelamento da vítima, isto é, o causador do dano.

Relatou o Sr. Antonio da Silva nas declarações prestadas no inquérito policial:

"Que em data de 11-12-94 para 12-12-94 o declarante se encontrava no Bar de Colan Pretto em Linha Castelhano, que no mesmo Bar esta-

vam os Srs. Egidio Pintro, Dario Dal Cortivo, Ivo Dal Cortivo, Afonso Wille e outros, que em dado momento o Sr Egídio Pintro saiu para fora e rumava em direção à Linha São Miguel onde o mesmo residia, que o declarante saiu logo em seguida, quando já havia andado uns 200 metros passou por ele o veículo VW/fusca de propriedade de Dario Dal Cortivo, que logo em seguida o declarante ouviu um barulho, como se fosse uma batida de um veículo em alguma coisa, que notou também que o referido veículo diminuiu a velocidade como se fosse parar e posteriormente continuou andando, retomando pelo barulho sua velocidade normal; que o declarante continuou andando e de repente notou que havia uma pessoa caída ao chão, que não subiu outro carro naquele momento, que passou uma camioneta em sentido contrário camioneta esta de propriedade do Sr. Vicente Gavazzoni [...]" (*sic*) (fl. 25).

Colhe-se das informações prestadas por Gomercindo Antonio Nora:

"Que em data de 11 para 12-12-94 o declarante foi procurado pelo Sr. Antonio da Silva, era aproximadamente 0h, que Antonio estava assustado pois havia encontrado o Sr. Egidio Antonio Pintro, que Antonio ao chegar na casa do declarante bateu e pediu para que o mesmo viesse para socorrer o Sr. Egidio que teria sido atropelado pelo Sr. Dario Dalcortivo, que Antonio disse ainda que achava que Egidio estava morto, que dirigiu-se até o local do acidente e constatou que Egidio Antonio Pintro estava vivo, que colocou-o em seu veículo e transportou até o hospital de Jaborá-SC, que ao chegar no Hospital Egidio já estava morto [...]" (*sic*) (fl. 27).

Em Juízo, a principal testemunha, Antonio da Silva, não pôde ser ouvida, porque já havia falecido (fls. 61 e 62). No entanto, depreende-se do depoimento de Gomercindo Antonio Nora:

"[...] que o depoente é taxista em Jaborá, não tendo presenciado o acidente descrito na inicial, podendo apenas informar que foi despertado pelo falecido Antônio da Silva, em sua residência, o qual disse que a vítima tinha que ser socorrida, dizendo que o requerido 'tinha passado por cima' do falecido; que foi até o local onde a vítima se encontrava e com a ajuda de outras pessoas foi colocada em seu veículo, porém naquele momento, a vítima deu o último suspiro e mesmo assim conduziu-a até o hospital, onde foi constatada a morte [...]" (fl. 68).

Como se nota, esse depoimento é condizente com as declarações prestadas no inquérito policial, confirmando, outrossim, os fatos que haviam sido narrados pelo Sr. Antonio da Silva.

Exsurgindo dos autos prova do atropelamento, de sua autoria e da conseqüente morte da vítima, bem como da culpa do causador do dano, mostra-se inarredável o dever de indenizar os danos materiais e morais decorrentes do infortúnio.

A culpa resulta do fato, evidenciado nos autos, do requerido/

embargante, na condução do seu Fusca, em estado de completa embriaguez, ter passado com o seu carro sobre o corpo da vítima, causando-lhe ferimentos no tórax (auto de exame de fl. 22), causa eficiente de sua morte prematura.

Considerando que o *de cujus* era responsável pela mantença das embargadas, é inegável o direito destas receber pensão mensal, a título de indenização por danos materiais, na modalidade lucros cessantes.

Por outro lado, é manifesto o dano moral sofrido pelas embargadas. As filhas do *de cujus* perderam, em tenra idade, a figura paterna, cuja ausência, indubitavelmente, trará repercussão anímica negativa. De outro norte, a esposa subitamente viu-se privada do cônjuge, que a acompanhava há mais de vinte anos. Em ambos os casos, é evidente o profundo e constante sofrimento causado pela ausência do ente querido, sentimento este que agride dolorosamente a alma dos integrantes da família.

Finalmente, votei pelo não acolhimento dos embargos infringentes para manter o acórdão embargado, no sentido de, reconhecendo a culpa do embargante pelo evento danoso, condená-lo ao pagamento de indenização por danos morais e materiais às embargadas.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2003.

Wilson Augusto do Nascimento.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. José Volpato:

Diante da obviedade da certidão de julgamento de fl. 186 e da declaração de voto vencido do Des. Wilson Augusto do Nascimento (fls. 199 a 203), não farei declaração de voto vencido.

Florianópolis, 9 de dezembro de 2004.

José Volpato.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.016379-7, DE BLUMENAU

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Apelação cível. Indenização. Transporte aéreo. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Inversão do ônus da prova. Exegese do art. 6º, VIII, do CDC. Recurso provido.

'"A Convenção de Varsóvia, como todas as outras normas que fazem parte do ordenamento nacional, sofre o controle de constitucionalidade. O CDC, quando em conflito com a Convenção, sobre ela tem prevalência, tendo em vista ser lei hierarquicamente superior (editada nos termos do art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal), especial (regulando toda relação de consumo) e posterior (editada em 11-9-1990 e com vigência em 13-3-1991, enquanto que a Convenção ingressou no ordenamento nacional em 24-11-1931)' (Ap. Cív. n. 1998.008188-2, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu)" (Ap. Cív. n. 1999.011702-2, de Brusque, rel. Des. Orli Rodrigues).

Tratando-se de direito do consumidor, e verossímil a alegação deduzida, há a possibilidade de inverter-se o ônus da prova, de ofício, consoante o art. 6º, inciso VIII, do CDC, em virtude do caráter público de suas normas.

Impossibilidade de embarcar na data prevista em razão de doença. Recusa ilícita em ressarcir o valor da passagem ou remarcar a data. Danos material e moral comprovados. Dever de indenizar.

Se o autor adquiriu passagem de ida e volta, pagando o seu preço, tem o direito de ser ressarcido dos valores referentes ao percurso de volta, já que não se utilizou dos serviços da empresa transportadora por motivo escusável. Pensar diferente seria chancelar o enriquecimento ilícito por parte desta.

Da mesma forma, não se pode legitimar cláusula que suprime direito da parte, em evidente confronto à proteção jurídica do consumidor.

Dano moral. Quantum *a indenizar. Aferição por arbitramento e valoração do juiz no equivalente a 200 salários mínimos. Valor que condiz com a gravidade da lesão, suas conseqüências e as partes envolvidas.*

A condenação por danos morais tem por escopo oportunizar à vítima amenização da dor experimentada, em um misto de compensação e satisfação, punindo o causador do dano e inibindo novos episódios lesivos, nefastos ao convívio social.

Na fixação dos danos morais, compete ao magistrado arbitrar a indenização considerando as circunstâncias de cada caso, mostrando-se razoável, in casu, *sua valoração no equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.016379-7, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que é apelante Matias Correia, sendo apelada Varig S.A. Viação Aérea Rio-Grandense:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso de apelação para, julgando procedente a ação, condenar a ré apelada Varig S.A. Viação Aérea Rio-Grandense ao pagamento de indenização dos danos materiais para o autor Matias Correia na importância de R$ 891,66 (oitocentos e noventa e um reais e sessenta e seis centavos) e danos morais no valor equivalente a R$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais), corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora desde a citação. Honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação a serem suportados pela ré Varig S.A.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Adoto o relatório de fls. 67 e 68, acrescentando que o Meritíssimo Juiz de Direito, Dr. Rubens Schulz, julgou improcedente o pedido indenizatório aforado por Matias Correia.

Irresignado, apela o autor Matias Correia, alegando, em síntese, que, diversamente do entendimento do Juiz sentenciante, restou completamente comprovado nos autos que estava impossibilitado de embarcar no prazo previsto pelo bilhete aéreo por motivo de doença, tendo a ré negado qualquer negociação sob o argumento de que se tratava de passagem promocional, opondo-se a transferir a data da viagem.

Pugna pela reforma da sentença para condenar a empresa ré apelada ao pagamento dos danos materiais e morais ocasionados.

Contra-razões pela manutenção do *decisum.*

II – Voto

Busca o autor apelante Matias Correia a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por ele aforado, em razão dos alegados danos causados pela empresa ré apelada Varig, ao negar o ressarcimento ou a prorrogação do prazo para embarque, já que não o fez na data prevista na passagem por problemas de saúde.

O Togado monocrático negou a pretensão do autor sob o argumento de não estarem provados os fatos constitutivos de seu direito.

Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Cumpre salientar, primeiramente, que o caso é regido sob o ordenamento da Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – já que se trata de prestação de serviços.

Nesse sentido, esta Primeira Câmara Civil decidiu, por ocasião do julgamento da Apelação Cível n. 1999.011702-2, de Brusque, publicada no DJE de 28-11-01, que:

'"A Convenção de Varsóvia, como todas as outras normas que fazem parte do ordenamento nacional, sofre o controle de constitucionalidade. O CDC, quando em conflito com a Convenção, sobre ela tem prevalência, tendo em vista ser lei hierarquicamente superior (editada nos termos do art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal), especial (regulando toda relação de consumo) e posterior (editada em 11-9-1990 e com vigência em 13-3-1991, enquanto que a Convenção ingressou no ordenamento nacional em 24-11-1931)' (Ap. Cív. n. 1998.008188-2, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu)" (Ap. Cív. n. 1999.011702-2, de Brusque, rel. Des. Orli Rodrigues).

Passada essa análise, compete o exame do dano alegado e suas implicações sob a égide do ordenamento aludido.

Do dano e sua responsabilização

Colhe-se dos autos que o autor apelante Matias Correia adquiriu da empresa ré apelada Varig um bilhete aéreo ida e volta, partindo de Frankfurt – Alemanha, com retorno previsto para o dia 29 de janeiro de 1998. Ocorre que, por alegados motivos de saúde, não embarcou na data prevista na passagem, restando infrutíferas as tentativas de reembolso dos valores despendidos ou remarcação da viagem, como adiante será visto.

Consta que no dia 14 de janeiro de 1998 foi o autor apelante Matias internado no Hospital Santa Catarina na cidade de Blumenau para tratamento psiquiátrico, obtendo alta no dia 22 de janeiro de 1998 em condições de melhora (fl. 29).

Conforme declarou a Dra. Vera Maria de Lima Unpierre (fl. 65), médica psiquiatra: "depois da alta da internação, fl. 39, o autor continuou tratamento em regime ambulatorial, no CAPS", e que "até em vista do atestado que forneceu, fl. 21, na ocasião o autor estava sendo medicado e não era indicado que viajasse".

Assim, constatava-se pelo atestado de fl. 11, datado de 12 de fevereiro de 1998, que o autor apelante Matias encontrava-se em tratamento médico-psiquiátrico, ficando impossibilitado de viajar temporariamente. É claro que no interregno entre a data de internação e a data do atestado vigorava essa impossibilidade.

Ademais, consta do parecer jurídico emitido pelo Procon (fl. 14) que "Na audiência a reclamada negou-se a fazer acordo, alegando que o bilhete seria promocional e que a doença não seria uma justa causa para prorrogar o bilhete".

Destarte, resta claro o impedimento do autor apelado Matias Correia que lhe impossibilitou de embarcar na data prevista no bilhete aéreo.

Sabe-se que, tratando-se de direito do consumidor, e verossímil a alegação deduzida, há a possibilidade de inverter-se o ônus da prova de ofício, consoante o art. 6º, inciso VIII, do CDC, em virtude do caráter público de suas normas. Vejamos:

"Artigo 6º, inciso VIII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, com o flagrante intuito de facilitar o ajuizamento da ação, reserva ao Juiz o poder de dispensar o autor do encargo de provar o fato constitutivo de seu direito, quando, a critério exclusivo do Magistrado, reputar verossímil a alegação deduzida" (JTJ/LEX 152/128).

A empresa ré Varig, por sua vez, não desconstituiu o direito do autor apelante, muito pelo contrário, confirma que este esteve na empresa antes de expirar o prazo de utilização da passagem (fl. 64), negando-se, ainda, a realizar qualquer acordo com o consumidor por ocasião da audiência no Procon.

Extrai-se do depoimento do preposto da ré apelada Varig (fl. 64), ainda, o desconhecimento em relação às informações prestadas quanto às regras da passagem adquirida pelo autor apelante Matias, afirmando que "tais regras constam do bilhete de passagem, pelo menos no Brasil; que tais passagens foram adquiridas na Alemanha; que se o cliente solicita tal informação por escrito lhe é dada, caso contrário a informação é dada verbalmente; que no caso do autor *acredita* que a informação tenha sido dada apenas verbalmente" (grifo meu).

De acordo com o art. 14 do CDC:

"O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

O art. 51 do mesmo diploma legal prescreve, por sua vez, a nulidade de cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de serviços que impliquem renúncia ou disposição de direitos.

Ora, se o autor apelante Matias adquiriu passagem de ida e volta, pagando o seu preço, tem o direito de, no mínimo, ser ressarcido dos valores referentes ao percurso de volta, já que não se utilizou dos serviços da empresa ré apelada. Pensar diferente seria chancelar o enriquecimento ilícito por parte desta.

Da mesma forma, não se pode legitimar cláusula que suprime direito do autor apelante, em evidente confronto à proteção jurídica do consumidor.

Esclarece Nelson Nery Junior, em comentário ao art. 51 do CDC, *in* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do

anteprojeto, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 496:

"No regime do CDC, toda e qualquer cláusula que contenha óbice ao dever legal de o fornecedor indenizar é considerada abusiva e, portanto, nula de pleno direito, sendo ilegítima sua inclusão no contrato de consumo".

E completa mais adiante:

"Em vários dispositivos o Código confere ao consumidor o direito de ser reembolsado das quantias pagas, total ou parcialmente, dependendo do caso. As cláusulas contratuais que subtraírem do consumidor esse direito são inválidas, conforme estabelece a norma ora comentada" (p. 499).

Ante o exposto, cumpre à empresa ré apelada, Varig S.A. Viação Aérea Rio-Grandense, o pagamento dos danos materiais e morais causados ao autor apelante Matias Correia, em razão do ocorrido, calculados os primeiros em R$ 891,66 (oitocentos e noventa e um reais e sessenta e seis centavos), correspondente à meia parte do valor da passagem aérea, quantia esta alegada pelo autor e confirmada pela ré.

Dos danos morais

Como visto acima, a atitude da empresa ré apelada Varig, além do dano material, causou transtornos e dissabores ao autor apelante Matias Correia, cabendo à primeira indenizar os danos morais.

Yussef Said Cahali, na lição de José de Aguiar Dias, ensina, *in* O Dano Moral no Direito Brasileiro, RT, SP, 1980, p. 93:

"'Sem dúvida é possível existir, ao lado do abalo de crédito, traduzido na diminuição ou supressão dos proveitos patrimoniais que trazem a boa reputação e a consideração dos que com ele estão em contato, o dano moral, traduzido na reação psíquica, no desgosto experimentado pelo profissional, mais freqüentemente o comerciante, a menos que se trate de pessoa absolutamente insensível aos rumores que resultam no abalo de crédito e às medidas que importam vexame, tomados pelos interessados'".

E conclui:

"Em realidade, no abalo de crédito, conquanto única a sua causa geradora, produzem-se lesões indiscriminadas ao patrimônio pessoal e material do ofendido, de modo a ensejar, se ilícita aquela causa, uma indenização compreensiva de todo o prejuízo.

"E considerando o prejuízo como um todo, nada obsta a que se dê preferência à reparação do dano moral, estimada pelo arbítrio judicial, se de difícil comprovação os danos patrimoniais" (ob. cit., p. 94).

A respeito da valoração do dano sofrido, sabe-se da impossibilidade de transposição aos princípios que regem a indenização dos danos patrimoniais. Não existe na indenização dos danos morais um critério rígido para sua fixação, assim como não se pode quantificar ou estimar a dor realmente sentida.

Aparecida Amarante, em sua obra Responsabilidade civil por dano à honra. Ed. Del Rey, 2ª ed., 1994, p. 259, ensina com proficiência:

"O papel do juiz é de relevância fundamental na apreciação das ofensas à honra, tanto na comprovação da existência do prejuízo, ou seja, se se trata efetivamente da existência do ilícito, quanto na estimação do seu *quantum*. A ele cabe, com ponderação e sentimento de justiça, colocar-se como homem comum e determinar se o fato contém os pressupostos do ilícito e, conseqüentemente, o dano e o valor da reparação". E adiante prossegue: "Com mais razão, entendemos, deve ser colocado nas mãos do julgador o poder de decidir sobre a existência do dano, na verificação do nexo causal, como também a sua quantificação, nas matérias que envolvem a dor moral da vítima. É mais humano, de maior bom senso e oferece maior alcance na visualização e aceitação de todos os elementos trazidos ao processo, do que o congelamento da matéria (como estipulação de multas) no texto legal" (p. 261 e 262).

Contudo, linear na doutrina que a reparação dos danos morais tem duas finalidades: indenizar pecuniariamente o ofendido, alcançando-lhe a oportunidade de obter meios de amenizar a dor experimentada em um misto de compensação e satisfação e punir o causador do dano moral, inibindo novos episódios lesivos, nefastos ao convívio social.

Destarte, levando-se em consideração tais elementos, bem como as partes envolvidas e a gravidade da lesão, mister arbitrar a indenização no valor equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, dá-se provimento ao recurso de apelação para condenar a ré apelada Varig S.A. Viação Aérea Rio-Grandense ao pagamento de indenização dos danos materiais na importância de R$ 891,66 (oitocentos e noventa e um reais e sessenta e seis centavos) e danos morais no valor de R$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais), corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora desde a citação. Honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação a serem suportados pela Varig S.A.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Dionizio Jenczak.

Florianópolis, 1º de abril de 2003.

Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.009390-7, DA CAPITAL

Relatora originária: Desa. Salete Silva Sommariva

Relator designado: Des. Orli Rodrigues

Direito civil – Ação ordinária de reconhecimento de direitos c/c perdas e danos – Permuta de bens imóveis com obrigações acessórias não cumpridas por um dos permutantes – Reconvenção – Busca de ressarcimento de valores despendidos pelo reconvinte para atender exigências do reconvindo ao arrepio do contrato – Decisão da instância inicial: "Improcedência da ação principal e da reconvencional e extinção do processo com espeque no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, estabelecidos os ônus de sucumbimento" – Interposição de recurso pelo pretensor, colimando a reforma do julgado monocrático, para atendimento da postulação formulada na peça preludial – Decisão colegiada: "por maioria de votos, vencida a eminente relatora, dar provimento parcial ao recurso".

1 — A relação bilateral estabelecida em contrato deve ser integralmente cumprida para evitar desavenças entre as partes.

2 — Conseguindo demonstrar satisfatoriamente a inadimplência alegada em juízo, o permutante prejudicado deve obter do outro o ressarcimento daquilo que reclama.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.009390-7, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é apelante Francisco de Sales Bianchini, sendo apelado Chang Te An:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, vencida a eminente relatora, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca da Capital, Francisco de Sales Bianchini ajuizou ação ordinária de reconhecimento de direito c/c perdas e danos contra Chang Te An, objetivando o ressarcimento dos valores investidos na construção de uma casa com 280,00m² (duzentos e oitenta metros quadrados), cuja edificação teria ficado a cargo do réu que, por sua vez, não adimpliu o compromisso.

Citado (fl. 24), o réu apresentou contestação às fls. 26 a 31, rebatendo os argumentos trazidos pelo autor e pugnando pela improcedência do pedido indenizatório. No mesmo prazo, ofereceu a reconvenção de fls. 48 a 50, pleiteando o ressarcimento dos gastos decorrentes das modificações impostas pelo reconvido ao arrepio do contrato.

Da reconvenção, Francisco de Sales Bianchini apresentou resposta, na forma de contestação (fls. 60 a 63), alegando que as modificações introduzidas eram imprescindíveis aos fins para os quais se destinava a obra, bem como não haver comprovação de que os serviços listados pelo reconvinte tenham, efetivamente, sido prestados por ele.

Após seu trâmite regular, inclusive com a oitiva de testemunhas e a realização de perícia, o feito culminou com a sentença de fls. 188 a 197, por intermédio da qual a ação ordinária e a reconvenção teriam seus pedidos julgados improcedentes e, em conseqüência, Francisco de Sales Bianchini foi condenado ao pagamento das despesas processuais da ação ordinária e honorários advocatícios fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais) e Chang Te An ao pagamento das despesas processuais da reconvenção e honorários advocatícios fixados em R$ 300,00 (trezentos reais), a teor do art. 20, § 4º, do Digesto Processual Civil.

Irresignado, Francisco de Sales Bianchini interpôs apelação (fls. 199 a 206), alegando, em síntese, ser inconteste o fato de que as despesas com a construção ficariam a cargo do apelado; que tal obra não foi edificada a contento, sendo essa a razão do inadimplemento contratual do recorrido; não ser legítima a exigência de cláusula contratual expressa para a colocação de calha, pintura, reboco e portas na casa que seria edificada; e que a convenção sobre os armários e a cozinha dispensa forma solene, podendo ser oral.

Requereu, ao final, o provimento do recurso para julgar procedente a reparação de danos, condenando o apelado ao pagamento do montante representado pelos recibos que acompanham a inicial.

O apelado apresentou contrarazões (fls. 215 a 224), aduzindo estar correta a sentença objurgada, já que o pedido foi corretamente delimitado, e as provas entranhadas aos autos foram corretamente avaliadas pela Magistrada *a quo*, estando ausente a comprovação de que a casa deveria ser edificada nos mesmos moldes daquela construída em Ponta das Canas.

II — Voto

A discórdia surgida entre o recorrente e o recorrido tem origem no contrato que está reproduzido às fls. 33 a 35 dos autos (compromisso de compra e venda de terreno), prevendo a realização de permuta após a satisfação de pagamentos ali previstos.

Resumindo: o pacto celebrado determinava que o apelante entrega-

ria ao apelado o imóvel em que residia, localizado na praia de Ponta das Canas, nesta Capital, com área de 314,80m², e em troca receberia uma quantia em dinheiro, mais quatro lotes de terra (ns. 16, 17, 18 e 20, na quadra "C" do Loteamento Jardim Germânia, no bairro Córrego Grande, nesta cidade de Florianópolis, onde seria construída, por conta do recorrido, uma residência unifamiliar com 280,495m² de área, do mesmo padrão que seria entregue pelo irresignado, ou seja, de alvenaria, totalmente murada, com portões de ferro, com calhas, etc.

Havia prazo certo para o cumprimento integral do avençado.

Quando foi lavrada a escritura pública de permuta prevista no contrato, o apelante se recusou a assiná-la, em face de alegada inadimplência atribuída ao apelado.

Daí o aforamento de ação com apresentação de prestação jurisdicional desfavorável ao postulante ora recorrente.

Análise da pretensão recursal

A casa construída pelo recorrido tem área de 280,495m², conforme prevê a planta anexada ao caderno processual (fl. 40).

Essa edificação teve acompanhamento diário do apelante, *ut* declaração da testemunha Selmo Tosin (fl. 36).

O perito que elaborou o laudo de fls. 89 e seguintes informa que o memorial descritivo não se encontra nos autos e tampouco com o requerido – no caso o apelado – sendo que o autor, agora apelante, apresentou uma cópia parcial, rasurada e rasgada, sem condições para ser anexada ao laudo (item 3.10, fl. 94, nos autos).

A edícula com área de 49,66m², que aparece na fotografia de fl. 152, e que custou R$ 11.855,35 (onze mil, oitocentos e cinqüenta e cinco reais e trinta a cinco centavos) não constou do projeto original.

O autor/recorrente passou a ocupar a casa nova em dezembro de 1994, circunstância que desautoriza pretender receber do requerido/recorrido os valores consignados nos documentos de ns. 3, 4 e 5, de fl. 13; os de fl. 14; o n. 7, à fl. 16; o n. 8 de fl. 17 e os de fl. 18 *usque* 22*, todos emitidos em data posterior* à do início da ocupação da residência construída.

O recorrido alegou e não sofreu desmentido que:

"As calhas que o autor se refere não constam do projeto e foram colocadas sem quaisquer tipo de ciência do demandado. Todo tipo de reparo que a casa tenha necessitado, como rebocos e pintura, também não tivera a ciência do demandado. A casa foi entregue com porta de entrada e com portão da garagem, os quais devem ter sido trocados posteriormente pelo autor, tanto que o documento apresentado para comprovar estas despesas tem data posterior à entrega de imóvel, sendo que os armários embutidos e a cozinha também não faziam parte do negócio" (item 13, fls. 28 e 29).

Os únicos comprovantes que demonstram dispêndio de numerário por parte do recorrente, e que deve ser reposto pelo recorrido, são os de números 1 e 2, à fl. 13 dos autos, emitidos em 11 de novembro de 1994 e 15 de outubro de 1994 (antes de dezembro de 1994, mês em que o inconformado passou a residir na obra edificada), totalizando R$ 21.500,00 (vinte e um mil e quinhentos reais).

Os demais documentos, demonstrando desembolso de dinheiro, dizem respeito às modificações feitas por iniciativa do insurgente e não previstas no pacto celebrado e no projeto da construção.

Daí que a prova aninhada no caderno processual não é totalmente desfavorável ao postulante Francisco de Sales Bianchini, como entendeu a ínclita Relatora.

A prova do desembolso de R$ 21.500,00 (vinte e um mil e quinhentos reais) por parte do recorrente, para agilizar a obra que deveria ser custeada integralmente pelo recorrido, está nos autos, caracterizando o descumprimento do compromisso voluntariamente assumido e, conseqüentemente, o dano ao ora inconformado.

Por tais razões, impõe-se a reforma da sentença, que descansa às fls. 188 a 197, para assegurar ao requerente/apelante Francisco de Sales Bianchini o direito de receber do demandado/apelado Chang Te An a quantia de R$ 21.500,00 (vinte e um mil e quinhentos reais), com correção monetária desde as datas de 11-11-94 (doc. 1) e 15-10-94 (doc.2), às fl. 13 dos autos, incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados da citação ocorrida em 10-2-1998, fl. 24 dos autos, com acréscimo de custas e despesas processuais, e remuneração advocatícia em favor dos procuradores constituídos pelo mandato de fl. 8, nos autos, no equivalente a 20% (vinte por cento) sobre o valor a ser reembolsado ao pretensor, devidamente atualizado.

III — Decisão

Em conclusão, a Câmara, após debates entre seus componentes, decidiu, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso, ficando vencida a eminente Relatora, que pediu que constasse da certidão de julgamento, que faria, após, a inserção do acórdão no processo, declaração de voto.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Dionízio Jenczak, e, com voto vencido, a Exma. Sra. Desa. Salete Silva Sommariva.

Florianópolis, 14 de outubro de 2003.

Orli Rodrigues,
Presidente e Relator designado.

Declaração de voto vencido da Exma. Sra. Desa. Salete Silva Sommariva:

Na comarca da Capital, Francisco de Sales Bianchini ajuizou ação ordinária de reconhecimento de direi-

to c/c perdas e danos contra Chang Te An, objetivando o ressarcimento dos valores investidos na construção de uma casa com 280,00m² (duzentos e oitenta metros quadrados), cuja edificação teria ficado a cargo do réu que, por sua vez, não adimpliu o compromisso.

Citado (fl. 24), o réu apresentou contestação às fls. 26 a 31, rebatendo os argumentos trazidos pelo autor e pugnando pela improcedência do pedido indenizatório. No mesmo prazo, ofereceu a reconvenção de fls. 48 a 50, pleiteando o ressarcimento dos gastos decorrentes das modificações impostas pelo reconvindo ao arrepio do contrato.

Da reconvenção, Francisco de Sales Bianchini apresentou resposta, na forma de contestação (fls. 60 a 63), alegando que as modificações introduzidas eram imprescindíveis aos fins para os quais se destinava a obra, bem como não haver comprovação de que os serviços listados pelo reconvinte tenham, efetivamente, sido prestados por ele.

Após seu trâmite regular, inclusive com a oitiva de testemunhas e a realização de perícia, o feito culminou com a sentença de fls. 188 a 197, por intermédio da qual a ação ordinária e a reconvenção teriam seus pedidos julgados improcedentes e, em conseqüência, Francisco de Sales Bianchini foi condenado ao pagamento das despesas processuais da ação ordinária e honorários advocatícios fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais) e Chang Te An ao pagamento das despesas processuais da reconvenção e honorários advocatícios fixados em R$ 300,00 (trezentos reais), a teor do art. 20, § 4º, do Digesto Processual Civil.

Irresignado, Francisco de Sales Bianchini interpôs apelação (fls. 199 a 206), alegando, em síntese, ser inconteste o fato de que as despesas com a construção ficariam a cargo do apelado; que tal obra não foi edificada a contento, sendo essa a razão do inadimplemento contratual do recorrido; não ser legítima a exigência de cláusula contratual expressa para a colocação de calha, pintura, reboco e portas na casa que seria edificada; e que a convenção sobre os armários e a cozinha dispensa forma solene, podendo ser oral.

Requereu, ao final, o provimento do recurso para julgar procedente a reparação de danos, condenando o apelado ao pagamento do montante representado pelos recibos que acompanham a inicial.

O apelado apresentou contrarazões (fls. 215 a 224), aduzindo estar correta a sentença objurgada, já que o pedido foi corretamente delimitado e as provas entranhadas aos autos foram corretamente avaliadas pela Magistrada *a quo*, estando ausente a comprovação de que a casa deveria ser edificada nos mesmos moldes daquela construída em Ponta das Canas.

É o relatório.

A insurreição recursal cinge-se no não-reconhecimento da inadimplência do contrato por parte do apelado, que entregou a edificação per-

mutada sem o reboco, pintura, portas, calhas, que, por se tratarem de obrigação *ex contractus*, desnecessitam de cláusula contratual expressa a seu respeito, da mesma forma como não houve cumprimento da avença verbal firmada sobre os armários e a cozinha.

Dissenti da douta maioria por entender que a análise do conjunto probatório entranhado aos autos permite concluir que, em 30-8-1993, as parte firmaram compromisso de compra e venda (fls. 32 a 35), por intermédio do qual o apelante se obrigou a vender um imóvel de sua propriedade, localizado na praia de Ponta das Canas, matriculado no 2º Ofício de Registro de Imóveis, sob o n. 16.552, mediante o pagamento de CR$ 38.000.000,00 (trinta e oito milhões de cruzeiros reais), equivalentes, na época da avença, a U$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil dólares americanos). Referida importância seria representada pelo pagamento de CR$ 5.000.000,00 (cinco milhões de cruzeiros reais) no ato da assinatura do contrato, mais CR$ 16.500.000,00 (dezesseis milhões e quinhentos mil de cruzeiros reais), representados por 3 (três) notas promissórias, no valor de CR$ 5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil cruzeiros reais) cada, com respectivos vencimentos em 30-9-93, 30-10-93 e 30-11-93, além de CR$ 15.000.000,00 (quinze milhões de cruzeiros reais), representados pelos terrenos ns. 16, 17, 18 e 20, da quadra "C", do Jardim Germânia, localizado no Córrego Grande, em Florianópolis e a construção de uma casa de alvenaria, contendo 280,00m² (duzentos e oitenta metros quadrados), conforme anteprojeto e memorial descritivo.

Em 13-2-1997, a supracitada promessa foi tornada efetiva pela escritura pública de permuta de fls. 9 e 10, na qual ficou ajustado que o imóvel pertencente ao apelante, matriculado no 2º Ofício do Registro de Imóveis de Florianópolis, sob o n. 16.552, seria transferido para o apelado em troca do imóvel registrado no 2º Ofício do Registro de Imóveis de Florianópolis, com uma residência de alvenaria com 1 (um) pavimento, com área de 280,495m² (duzentos e oitenta vírgula quatrocentos e noventa e cinco metros quadrados), situada na Rua Berlin, n. 210.

Com efeito, consoante bem salientado pelo Julgador monocrático, a única especificação para a residência constante da escritura de permuta se refere à área (280,495m²), não havendo qualquer menção à quantidade de portões de ferro, aterro, muro, calha no telhado, armários embutidos e cozinha, capaz de justificar a pretensão ressarcitória do recorrente.

A despeito das alegações do apelante, as declarações de fls. 11 e 12 visam a comprovar a realização de um ajuste aditivo, por intermédio do qual o apelado teria-se comprometido a providenciar o aterro de 1 (um) metro de altura, além de calhas para o telhado, muro com portões, guarda-roupas e cozinha nos mesmos padrões daqueles existentes na casa de Ponta das Canas, e a construção de uma

edícula. Entretanto, por tratar-se de prova testemunhal, aludidas declarações devem ser interpretadas à luz do contido no art. 401 do Código de Processo Civil que assim dispõe:

"Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, no tempo em que foram celebrados".

Em comentário ao dispositivo legal supramencionado, Antônio Carlos Araújo Cintra assevera o seguinte:

"Tratando-se de contrato cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foi celebrado, admite-se a prova exclusivamente testemunhal do seu fato constitutivo, desde que a forma escrita não tenha sido estabelecida como requisito de sua validade (cf. artigo 400, II). *Mas se o contrato tiver valor excedente àquele limite, não se admite a sua existência seja provada exclusivamente por testemunhas, salvo o disposto no artigo 402 do Código de Processo Civil. Neste caso, nas palavras do parágrafo único do artigo 141 do Código Civil, 'a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito'. Vislumbra-se aí uma ordem hierárquica consagrada pela lei para atribuir à prova documental valor superior ao da prova testemunhal"* (Comentários ao código de processo civil. vol. IV, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 153) (sem grifo no original).

Ao contrário do que afirma o apelante, a ampliação contratual citada nas declarações de fls. 11 e 12 possui sim forma prescrita em lei. É que o art. 401 do Digesto Processual Civil consubstancia-se numa norma indireta sobre a forma dos atos jurídicos, justamente pelo fato de impor às partes a realização por escrito de contratos com valor superior ao décuplo do salário mínimo.

Nesse aspecto, não destoa o ensinamento de Antônio Carlos Araújo Cintra:

"Embora, segundo ensinamento de Chiovenda, a origem histórica remota desse tipo de restrição à prova testemunhal decorrente de complicações procedimentais relativas a essa espécie de prova, ela se mantém na atualidade para favorecer a formação da prova escrita, mais segura e precisa. Neste sentido, Clóvis de Couto e Silva escreve que a disposição em exame 'é indiretamente norma sobre a forma dos atos jurídicos, uma vez que as partes são assim constrangidas, para a eficácia do ato jurídico, a realizá-lo por escrito'" (*op. cit.*, p. 153).

Outrossim, cumpre salientar que o próprio recorrente admite ter efetuado alterações no projeto inicial aprovado pela Municipalidade, ressaltando tê-las feito por tratarem-se de obras necessárias à utilização do imóvel. Tal fato justifica a existência dos gastos constantes dos recibos de fl. 13 e notas fiscais de fl. 14.

Aliado a isso, o recibo de fl. 13 (doc. 7) comprova que houve por par-

te do recorrido a colocação de reboco, pois consta daquele documento que o serviço contratado pelo apelante foi para retirar o reboco existente e recolocar um novo, não havendo motivos para o ressarcimento pleiteado.

De igual modo, consoante mencionado na sentença vergastada, o laudo pericial de fls. 89 a 153 atesta que a edificação foi realizada nos termos do contrato, considerando que o memorial descritivo não pode ser analisado por estar ininteligível.

Se assim o foi, não estando devidamente comprovada a obrigação do recorrido em edificar uma casa nos mesmos moldes daquela existente em Ponta das Canas, não pode ser compelido ao pagamento dos valores pretendidos pelo apelante, porquanto trata-se de verba utilizada para aproximar os padrões entre as duas residências. Não se discute que o ônus de provar a inadimplência contratual do recorrido seja do apelante, tal qual o de não ter produzido ele as provas necessárias à comprovação dos fatos constitutivos de seu direito.

Nesse aspecto, em particular, de acordo com o sistema de distribuição do ônus da prova adotado pelo nosso *Codex Instrumentalis*, em seu artigo 333, ao autor incumbe fazer prova dos fatos constitutivos de seu direito. Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra:

"O ônus da prova da afirmação feita no processo recai, de acordo com o critério adotado pela lei, sobre a parte que tem interesse nessa afirmação. Por isso cabe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito, pois o autor tem interesse em afirmá-lo e deve fazê-lo na inicial (*actore non probante, reus absolvitur*). E pela mesma razão cabe ao réu ônus da prova quanto à existência de fato modificativo ou extintivo do direito do autor, em cuja a afirmação o réu tem interesse (*reus in excipiendi fit actor*). Bem se vê que nestes casos o réu não nega o fato constitutivo do direito do autor, mas o admite, opondo-lhe outros fatos, de modo que exerce o que se denomina exceção substancial indireta" (*op. cit.*, p. 21 e 22).

Nesse sentido, já se posicionou esta egrégia Corte de Justiça. Veja-se:

"Apelação cível – Usucapião – Ônus da prova – Apelo inacolhido.

"O *onus probandi* incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, nos termos do inciso I do art. 333 do CPC.

"A simples alegação não é suficiente para formar a convicção do magistrado; é imprescindível a comprovação da existência do fato alegado (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*)" (Ap. Cív. n. 2000.001732-9, de Pinhalzinho, rel. Des. Francisco de Oliveira Filho).

A aplicação das regras, em relação ao ônus da prova, reveste-se de peculiar importância em situações como a dos autos, na qual não se vislumbra a comprovação dos fatos relativos aos prejuízos suportados pelo apelante. Acerca do tema, importante lição a de Nelson Nery Júnior:

"O Juiz, na sentença, somente vai socorrer-se das regras relativas ao ônus da prova se houver o *non liquet* quanto à prova, isto é, se o fato não se encontrar provado. Estando provado o fato, pelo princípio da aquisição processual, esta prova se incorpora ao processo sendo irrelevante indagar-se sobre quem a produziu. Somente quando não houver prova é que o juiz deve perquirir quem tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu" (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 836).

Destarte, considerando a inexistência de prova da inadimplência contratual por parte do recorrido, com a *venia* da douta maioria, voto pelo desprovimento do recurso e conseqüente mantença do *decisum* vergastado.

Salete Silva Sommariva.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 1997.006011-4, DE TURVO

Relator: Des. Monteiro Rocha

Indenização por ato ilícito – Transporte de passageiros – Ação ajuizada por concessionária de linhas intermunicipais – Direito de preferência para o fretamento – Direito extinto pela Lei Estadual n. 9.831/95 – Diferença entre serviço de transporte intermunicipal e o de fretamento – Ingerência estatal no primeiro e fiscalização no último – Licença estatal para o serviço de fretamento de particulares – Ausência de prova – Insurgência – Apelo da requerente improvido – Pleito recursal da requerida – Julgamento ultra petita *– Inocorrência – Prejuízo da autora – Ausência de prova – Apelo provido – Sentença reformada.*

Enquanto a atividade de transporte intermunicipal recebe ingerência estatal, os serviços de fretagem de particulares são fiscalizados exclusivamente na segurança de seus veículos.

Empresa sem autorização estatal para transporte de passageiros intermunicipais e sem contrato para frete de particulares, mesmo que detenha preferência para o transporte, não pode reclamar prejuízos de quem executa serviços de fretagem de particulares.

Não ocorre julgamento ultra petita *quando a sentença se atém ao objeto do pedido exordial.*

Improcede a indenizatória que não possua concomitantemente os requisitos de ação ou omissão culposa, prova do dano e nexo de causalidade

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1997.006011-4, da comarca de Turvo (Vara Única), em que são apelantes e apeladas Empresa União de Transportes Ltda. e Bigotur Transportes de Turismo Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, negar provimento ao recurso da autora e prover o da ré.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Empresa União de Transporte Ltda., qualificada nos autos, por intermédio de advogada (procuração inclusa), ajuizou ação de indenização pela prática de ato ilícito cumulada com perdas e danos contra Bigotur Transportes e Turismo Ltda., também qualificada nos autos, alegando, em síntese, o seguinte:

"Que a requerente aforou ação cautelar vedatória de prática de ato cumulada com pena pecuniária contra a requerida, onde foi indeferido o pedido de liminar pelo r. juízo monocrático;

"Que a requerente busca a concessão da cautela para que a requerida pare de realizar serviço de fretamento escolar nas localidades em que atua como concessionária de serviço de transportes de passageiros;

"Que a requerente é a legítima concessionária das linhas intermunicipais de Rocinha — Timbé do Sul/Araranguá, Jacinto Machado/Criciúma (Via Turvo), Turvo/Criciúma, Turvo/Araranguá, entre outras —, linhas estas que lhe foram concedidas pelo Estado de Santa Catarina;

"Que a requerida vem exercendo procedimento manifestamente ilegal, insistindo em executar serviços de transporte de passageiros, sem observar a legislação estadual competente;

"Que a requerida avilta preços e sonega os tributos devidos;

"Que o transporte coletivo em qualquer modalidade é serviço público, sujeito às normas e regulamentos do poder concedido, na forma consagrada no direito administrativo brasileiro".

Assim discorrendo, requereu a procedência da inicial para condenar a requerida ao pagamento dos prejuízos causados à requerente, calculados pela média diária de passageiros naquele itinerário, nos dias em que a requerida efetuou viagens, acrescidos de juros e correção monetária, bem como ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Contestando a inicial, Bigotur – Transporte e Turismo Ltda. argüiu, em preliminar, a ausência de instrumento procuratório outorgando poderes ao patrono da requerente. Ainda preambularmente, suscitou a inépcia de inicial com suporte no item II do parágrafo único do art. 295 do Código de Processo Civil. Quanto ao mérito, alegou, em resumo, o que segue:

"Que não transportou passageiros conforme alegado pela autora, não podendo vir a ser responsabilizada por eventuais ressarcimentos e lucros cessantes em favor da requerente;

"Que a requerente alega que a requerida mantém linhas clandestinas, sem especificar horários, dias, destino dos passageiros transportados e o itinerário exato;

"Que a requerida não efetua nenhum transporte de passageiros entre estas localidades, cingindo-se apenas a alguns fretamentos, para o que tem autorização do Estado".

Assim aduzindo, requereu a improcedência do pedido inicial e a condenação da requerente ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Impugnando a contestação, a Empresa União de Transporte Ltda. alegou, em relação às preliminares, haver juntado o instrumento procuratório na ação cautelar, sendo desnecessária sua juntada nos autos principais e que a inicial é clara ao expor a ilegalidade dos serviços de fretamento realizados pela ré na região do Vale de Araranguá, que compreende, entre outros, os municípios de Turvo, Sombrio, Timbé do Sul e Criciúma.

No tocante ao mérito, a autora reiterou o pedido de procedência da inicial, com a condenação da requerida ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Proferindo sentença, o Magistrado *a quo* julgou procedente em parte o pedido vestibular da ação principal, condenando a requerida ao pagamento de perdas e danos a serem apurados em liquidação de sentença, pela média diária de passageiros no itinerário descrito na exordial, nos anos de 1992 a 1994 e ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Na mesma sentença, julgou extinta a ação cautelar preparatória ao argumento de que a autora não possui legitimidade para coibir a requerida de realizar fretamentos, o que só pode ser questionado pelo Deter, razão pela

qual condenou a autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, que fixou em R$ 500,00 (quinhentos reais).

Irresignada com a sentença proferida, a Empresa União de Transportes Ltda. interpôs recurso de apelação, às fls. 177 a 184, alegando, em resumo, o que segue:

"Que a requerente é a legítima concessionária dos serviços públicos de transportes de passageiros em várias linhas, que servem ao eixo do conflito, tendo preferência para o fretamento na mesma localidade, conforme Lei Estadual n. 5.684/80;

"Que o direito adquirido perseguido com a ação tem amparo legal, pois a requerente, há longa data, é concessionária do eixo, sendo tais normas acrescidas ao Contrato de Concessão, de sorte que a perda desse direito só pode ocorrer através de alteração contratual;

"Que o Contrato de Concessão da empresa requerente foi recepcionado pela Constituição Estadual, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias".

Assim aduzindo, requereu o provimento do presente apelo para reformar a sentença e julgar totalmente procedente o pedido exordial, arbitrando-se multa pecuniária para caso de a requerida continuar efetuando fretamento.

Bigotur – Transportes e Turismos Ltda., também inconformada com o resultado da demanda, interpôs recurso de apelação, suscitando, preliminarmente, a nulidade do julgamento por ser *ultra petita*, pois a ação foi ajuizada em março de 1995, sem constar qualquer pedido de indenização retroativa, mas o juiz determinou a indenização a partir de 1992, extrapolando o pedido exordial.

No tocante ao mérito, aduziu que a empresa União jamais notificou a requerida de que possui o direito de preferência aos serviços de fretamento e que a autora jamais colocou horários de ônibus que pudessem atender às necessidades específicas dos estudantes, ou seja, no horário noturno.

Reiterou as alegações anteriormente feitas no processado, pugnando pelo conhecimento e provimento do apelo, para adequar-se a sentença ao pedido inicial, expurgando-se da condenação o período entre 1992 a 1994.

Contra-arrazoados ambos os recursos, os autos ascenderam a esta superior instância.

É o relatório.

II — Voto

Conhece-se de ambos os recursos porquanto interpostos em tempo e modo adequados.

Inicialmente, é importante questionar se a autarquia estadual Deter – Departamento de Transportes e Terminais deve – ou não – integrar a presente lide na condição de litisconsorte passivo.

O reclamo da autora objetiva cobrar indenização porque a requerida

faz fretamento de alunos no âmbito de abrangência das linhas intermunicipais concedidas à autora pelo Governo Estadual, desde 1981, pelo Deter.

Como a ação foi direcionada exclusivamente contra a empresa Bigotur Transportes de Turismo Ltda. e não sendo hipótese de litisconsórcio necessário, não há responsabilizar o Departamento de Transportes e Terminais – Deter por meio da presente ação.

I – Recurso da autora Empresa União de Transportes Ltda., em relação à sentença proferida na ação principal

A autora, satisfeita parcialmente com o *decisum* monocrático, que julgou procedente o pedido formulado até a entrada em vigor da Lei Estadual n. 9.831/95 (1º-1-95), interpõe o recurso de apelação sustentando que, anteriormente e posteriormente à lei já mencionada, sempre teve o direito de realizar fretamentos no âmbito de abrangência de sua concessão.

Diz ainda que o objetivo da referida lei não foi prever uma nova forma de execução de serviço, mas apenas determinar aos administrados sua forma de organização, razão pela qual não estariam derrogadas as diretrizes legais vigentes anteriormente e que lhe conferem o direito de preferência para executar fretamentos.

Sustenta, outrossim, ter direito adquirido à exclusividade desse fretamento, mormente pelo fato de que seus contratos de concessão foram recepcionados pela Constituição Estadual, conforme exposto no art. 30 do seu ADCT.

As alegações da requerente não prosperam porquanto a partir da Lei Estadual n. 9.831/95 (1º-1-95) perdeu ela direito de preferência para realizar fretamentos no âmbito de sua competência territorial.

Com efeito, referida lei, ao disciplinar a atuação do Deter, determinou que "a autorização para os serviços de fretamento de transporte escolar deve merecer prioridade e se ater única e exclusivamente à questão da segurança do veículo e às leis que regulam a livre concorrência" (art. 57 da Lei n. 9.831/95).

O dispositivo legal em apreço evidencia: a) a necessidade de autorização para realizar serviços de fretamento escolar; b) que a fiscalização do Deter limitar-se-á a questões de segurança dos veículos e c) que os serviços de fretamento de transporte escolar serão regulados pela livre concorrência.

Abalisada doutrina ensina que o ato administrativo denominado autorização tem várias acepções distintas. A primeira delas, mais genérica, "*designa o ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos*". A segunda acepção diz respeito à autorização de uso, cujo conceito, porque inaplicável, é irrelevante ao caso *sub judice*. Por fim, em sua terceira acepção "autori-

zação é o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário. Trata-se de autorização de serviço público. Mencionamos esta hipótese porque a Constituição se refere a ela no art. 21, XII, como terceira modalidade de delegação de serviço público, ao lado da permissão e da concessão; e também porque autores dos mais autorizados a ela se referem. No entanto, segundo entendemos, ela inexiste como delegação de serviço público; por meio dela, a Administração autoriza o exercício de atividade que, por sua utilidade pública, está sujeita ao poder de polícia do Estado, enquadrando-se na primeira acepção do vocábulo, já examinada. A terminologia mais correta é a do artigo 175 da Constituição, que fala apenas em permissão e concessão de serviço público" (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10ª edição, São Paulo: Atlas, 1998, p. 188).

Para a solução do caso *sub judice*, basta saber que, para a realização de fretamento, ambas as empresas litigantes deveriam estar devidamente autorizadas pelo Deter.

É indispensável afirmar-se a diferença entre a linha de serviço de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros com o fretamento de passageiros. O primeiro recebe interferência estatal no tocante aos preços, possui itinerário determinado pelo órgão estatal e não necessita esperar os passageiros. No tocante ao transporte por fretamento, a interferência estatal está condicionada exclusivamente à segurança dos veículos; objetiva transportar público certo e determinado e faz o roteiro ida e volta dos passageiros que ocupam seus serviços.

A empresa requerida, de fretamento, em 1991, obteve autorização estatal, pelo documento de fl. 34 intitulado "certificado de licença", com prazo de validade até 30-12-91. Esse prazo não foi prorrogado porque o Deter não se manifestou sobre requerimento formulado pela demandada àquela autarquia após o término do prazo de validade.

A empresa autora, de exploração de serviço de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, ao contrário, não trouxe aos autos, em nenhum momento, nenhuma prova de autorização para realizar o aludido fretamento.

O que fez foi colacionar os inúmeros contratos de concessão que tem com o Estado, firmados inicialmente pela Emcater – Empresa Catarinense de Transportes e Terminais S.A. e, posteriormente, pelo Deter, os quais lhe conferem o direito de *exploração do serviço de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, por ônibus* (primeira cláusula dos contratos), nas seguintes linhas:

a) 218 – Araranguá/Rocinha (fl. 18 dos autos cautelar);

b) 750 – Jacinto Machado/ Criciúma (fl. 24 dos autos cautelar);

c) 030 – Turvo/Criciúma (fl. 29 dos autos cautelar);

d) 617 – Turvo/Araranguá (fl. 33 dos autos cautelar).

Referidos contratos de concessão, por força do que estatui o disposto no art. 30 do ADCT da Constituição Estadual, conforme termos aditivos também anexos à exordial da ação cautelar preparatória, têm vigência, respectivamente, até as datas de 5-8-01; 9-1-01; 1º-7-95 (o termo aditivo de fl. 27 não foi datado); 9-1-01.

Questão importantíssima consiste em saber se os contratos de concessão firmados pela Emcater e Deter com a autora conferem-lhe o direito de realizar fretamento nas respectivas linhas.

Esse fato é de curial importância, porque, se não havia licença à autora ou se esta não realizava serviço de fretamento, não há falar em prejuízo, afastando-se a obrigação ressarcitória.

Antes de viger a Lei Estadual n. 9.831/95, a situação era regulada pela Lei Estadual n. 5.684/90, para a qual, em seu 9º, "a empresa transportadora terá preferência para execução do serviço de fretamento no eixo de influência de sua concessão".

Os contratos de concessão, padronizados, não regulam o serviço de fretamento, mencionando genericamente o dever da transportadora (empresa autora) "adaptar a oferta à demanda futura da linha, inclusive no que se refere à implantação de Serviços Complementares, Viagens Diretas e *Semi-Diretas*" e a faculdade de "efetuar o transporte de encomendas através dos veículos que operarem esta linha" (cláusulas décima e décima primeira).

A Instrução Normativa n. 7, de 7-3-91, invocada pela empresa autora e acessível no site do Deter (www.deter.sc.gov.br) – e na qual consta expressamente que "nenhuma transportadora tem exclusividade para a prestação de serviços de fretamento seja este desenvolvido no eixo de influência de sua concessão ou não" – discrimina uma série de documentos necessários à obtenção de licença para a execução de serviço de fretamento, a saber:

"Art.101 – O requerimento para a obtenção da licença para a execução de serviço de fretamento, deve ser protocolado no Deter pela transportadora contratada, acompanhada dos seguintes documentos:

"I – cópia do contrato de prestação de serviços;

"II – comprovante do resultado da licitação, quando for o caso, expedido pela contratante, e a relação das transportadoras que participaram;

"III – um exemplar do documento de identificação do usuário, ou descrição do uniforme que será utilizado;

"IV – croqui detalhado do itinerário que será efetuado, com especificação de ruas, rodovias municipais, estaduais e federais e as localidades, cidades e pontos, constantes do contrato, onde será procedido embarque e desembarque;

"V – comprovação da existência de instalações destinadas à ma-

nutenção dos veículos que executarão o transporte, no eixo de realização do serviço ou próximo a ele.

"§ 1º – Terá sua tramitação paralisada todo o requerimento que não estiver instruído com todos os elementos solicitados e somente será apreciado após a devida complementação.

"§ 2º – O Deter se reserva o direito de publicar Edital de Consulta, caso julgue necessário".

As exigências do artigo acima transcrito evidenciam a necessidade de que qualquer transportadora obtenha licença específica para a execução do serviço de fretamento, inclusive aquelas com direito de preferência (como a autora), pois a lei não lhes faz nenhuma ressalva.

Aliás, o inciso II do art. 101 da referida Instrução Normativa, ao arrolar como documento necessário "comprovante do resultado da licitação, quando for o caso, expedido pela contratante, e a relação das transportadoras que participaram", transmite a exegese de que também as "preferentes" devem obter a licença, pois os casos de licitação, segundo exegese da própria instrução normativa, só ocorrem para as hipóteses de contratação de empresa não preferente (art. 100), e desde que não ocorra nenhuma das hipóteses do art. 99 (desistência expressa da preferente ou inexistência de transportadora preferente).

A empresa autora, a quem incumbe a prova do fato constitutivo do seu direito, não trouxe aos autos cópia da licença para realizar as atividades de fretamento, o que era necessário fazer para comprovar suas atividades nesta área, e, conseqüentemente, eventual redução nos lucros se outrem o fizesse ilegalmente.

Aliás, seria imprescindível, igualmente, anexar cópia dos contratos de prestação de serviço, o que também não está nos autos e é requisito indispensável à concessão de licença para realizar fretamento, conforme inciso I do já mencionado art. 101 da Instrução Normativa n. 7/91.

O direito de preferência previsto na vetusta Lei Estadual n. 5.684/90, por ser contrário ao Estado Democrático de Direito, foi alterado a fim de que se observe a livre concorrência, não significando, por si só, que a empresa autora pudesse exercer exclusivamente o serviço de fretamento, tampouco que a autora tivesse prejuízos com a atuação clandestina de outra empresa.

A questão em apreço, como se vê, não pode ser enfocada apenas com vistas ao direito de preferência da requerente em realizar os fretamentos, o qual vem sendo afastado pela correntia jurisprudência desta Corte de Justiça, nas Câmaras de Direito Público:

"Frente à natureza privada do serviço de fretamento, e mesmo ante os princípios constitucionais da igualdade e livre concorrência, é inadmissível que uma transportadora tenha exclusividade para sua prestação, seja este desenvolvido no eixo de sua in-

fluência de concessão ou não. Ademais, uma vez concedida uma licença que criou direitos patrimoniais para o seu beneficiário, só pode ela ser revogada, se precedida de inquérito regular; quando arbitrária não pode prevalecer" (TJSC, Câmara Civil Especial, rel. Des. Vanderlei Romer, *in* Mandado de Segurança n. 1988.060437-8).

Porque o caso *sub judice* não se trata de ilícito contratual, traz-se aos autos o art. 159 do Código Civil ainda aplicável ao caso *in examine*: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano" (CC de 1916).

A doutrina pátria enumera como pressupostos da responsabilidade aquiliana os seguintes: "a) ação ou omissão do agente; b) relação de causalidade; c) existência de dano; d) dolo ou culpa do agente" (Rodrigues, Silvio. Direito Civil: parte geral: vol. 1, 29ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 301).

Lucros cessantes, em uma concepção jurídica singela, consiste naquilo que a vítima deixa de ganhar; danos emergentes, aquilo que perdeu. Então, indaga-se: O que a autora perdeu, se nem mesmo ela está habilitada, por ato administrativo próprio, a realizar fretamento? O que a autora deixou de ganhar se não poderia ter lucro com atividade para a qual não estava autorizada? Nada.

Para que haja obrigação de indenizar é preciso a existência do efetivo prejuízo, o qual pressupõe, na hipótese em tela, que a requerente tivesse exercido, efetivamente, serviço de fretamento, mediante licença estatal.

Essa é a verdade processual, visto que não ficaram provados nos autos os elementos necessários à procedência da indenizatória. Logo, *quod non est in actis non est in mundo.*

Pelos elementos probatórios, não é a empresa requerida que está impedindo a empresa autora de obter lucro com fretamento; o que a impede ou é a falta de licença para a prática de tal serviço ou é a inexistência de contrato de fretamento com particulares.

Esta exegese é aplicável aos dois períodos mencionados na sentença monocrática, ou seja, desde antes da edição da Lei Estadual n. 9.831/95 até após a sua vigência.

Em decorrência do exposto, nega-se provimento ao recurso da autora Empresa União de Transportes Ltda.

II – Recurso da requerida Bigotur Transportes de Turismo Ltda., em relação à sentença proferida na ação principal

a) *Preliminar de julgamento ultra petita*

Sustenta a requerida Bigotur Transportes de Turismo Ltda., que a sentença prolatada concedeu mais direito que o postulado na inicial, tendo em vista que a indenizatória, ajuizada

em 24-4-94, não postulou valores devidos antes da citação.

Não lhe assiste razão.

A inicial requereu expressamente a condenação da requerida "ao pagamento dos prejuízos que causaram à autora pela média diária de passageiros naquele itinerário pelos dias em que a ré efetuou aquelas viagens" (*sic* – fl. 16), evidenciando a pretensão de albergar todas as viagens efetuadas pela requerida, principalmente em relação ao período anterior ao ajuizamento da ação.

Atenta ao que foi pedido na inicial, a sentença monocrática não padece de vício, razão pela qual não se acolhe a preliminar argüida.

b) *Mérito*

O recurso da empresa requerida Bigotur Transportes de Turismo Ltda., conforme raciocínio feito no exame do recurso interposto pela empresa autora, deve ser provido, porquanto inexistente a prova de prejuízo para a empresa autora de ver-se ressarcida por meio de indenização.

Mais que isso, a autora não fez prova do exercício da atividade de fretamento, condição *sine qua non* para exigir reparação por prejuízos advindos com a não realização ou redução de clientes no referido serviço.

Em decorrência, dá-se provimento ao recurso da empresa requerida para julgar improcedente a ação, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

É o voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Segunda Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, resolve negar provimento ao recurso da autora e prover o recurso da ré para julgar improcedente a ação, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

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

Florianópolis, 19 de fevereiro de 2004.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.013613-0, DE BRUSQUE

Relator: Des. Monteiro Rocha

Ação de indenização por danos morais – Discurso proferido por vereador no plenário da Câmara Municipal – Pleito procedente no Juízo a quo *– Insurgência – Discurso decorrente do* munus *exercido – Art. 29, VIII, da CF – Inviolabilidade material de votos, palavras e opiniões – Exclusão da responsabilidade civil – Sentença reformada – Reclamo provido.*

A inviolabilidade de votos, palavras e opiniões se estende aos vereadores, na circunscrição do município e no desempenho do mandato eletivo ou em decorrência dele, desde que a manifestação de vontade guarde pertinência causal com o exercício do relevante munus *do edil.*

A inviolabilidade material de votos, palavras e opiniões é causa que exclui a responsabilidade civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.013613-0, da comarca de Brusque (2ª Vara), em que é apelante Rogério dos Santos, sendo apelado Norival Comandolli:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Tratam os presentes autos de ação de indenização por danos morais movida por Norival Comandolli contra Rogério dos Santos, objetivando a condenação do réu ao pagamento de indenização por atos lesivos à sua honra, atos estes praticados pelo requerido, que se utilizou do Plenário da Câmara dos Vereadores de Brusque para proferir discurso ofensivo à sua reputação.

Instruído o feito, sentença foi proferida às fls. 52 a 66, contendo a parte dispositiva o seguinte teor:

"Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado por Norival Comandolli nesta ação ordinária de indenização por danos morais que promoveu contra Rogério dos Santos.

"Em conseqüência, condeno o réu ao pagamento de indenização no valor de 30 (trinta) salários mínimos ao autor, no valor vigente na data da

efetiva liquidação, tudo acrescido de juros de 6% ao ano, a contar da citação".

Irresignado com a prestação jurisdicional, Rogério dos Santos interpôs recurso de apelação, objetivando a reforma *in totum* do *decisum* prolatado, argüindo, em síntese, o seguinte:

"Que a expressão 'ganancioso' atribuída a alguém não é capaz de violentar a moral, pois se refere a alguém que tenha ambição de ganhar e que só tem em vista o lucro;

"Que o apelante manifestou-se na tribuna do Poder Legislativo Municipal, inculcando seu constitucional direito de opinião, não ofendendo, mas apenas se queixando da cobrança das mais altas tarifas do País praticadas pelo apelado".

Contra-arrazoando, Norival Comandolli postulou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

II — Voto

Colhe êxito o reclamo desencadeado.

Preliminarmente, esta colenda Câmara de Direito Civil é competente para a apreciação da matéria, uma vez que os vereadores não dispõem de prerrogativa de função nas causas cíveis (arts. 29 e 111 da Constituição Federal de 1988 e da Constituição Estadual de 1989, respectivamente).

Do art. 29, incisos VIII e IX, da Constituição da República Federativa do Brasil extrai-se o seguinte:

"O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

"Inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do mandato e na circunscrição do Município.

"Proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e, na Constituição do respectivo Estado, para os membros da Assembléia Legislativa".

Da Carta Política Estadual de 1989, aliás, em seu art. 111, VI, colhe-se idêntico enunciado.

Sobre o tema preconiza Alexandre de Moraes, em seu Direito Constitucional, 11ª ed., Atlas, 2002, p. 280:

"Seguindo a tradição de nosso Direito Constitucional, não houve previsão de imunidades formais aos vereadores; porém, em relação às imunidades materiais, o legislador constituinte inovou, garantindo-lhes a inviolabilidade de suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município".

Mais adiante prossegue o renomado escritor, asseverando que

"*a imunidade material implica subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas opiniões*" (*op. cit.*, p. 400) e acrescenta mencionando lição de Raul Machado Horta, *in* Estudos de Direito Constitucional, Del Rey, 1995, p. 597:

"A inviolabilidade obsta a propositura de ação civil ou penal contra o parlamentar, por motivo de opinião ou votos proferidos no exercício de suas funções. Ela protege, igualmente, os relatórios e os trabalhos nas Comissões. É absoluta, permanente, de ordem pública. A inviolabilidade é total. As palavras e opiniões sustentadas no exercício do mandato ficam excluídas de ação repressiva ou condenatória, mesmo depois de extinto o mandato" (*op. cit., p. 401).*

Os requisitos constitucionais exigidos para a caracterização da inviolabilidade dos vereadores, ainda segundo Alexandre de Moraes, são os seguintes: a) manifestação de vontade, por meio de opiniões, palavras e votos; b) relação de causalidade entre a manifestação de vontade e o exercício do mandato, entendida globalmente dentro da função legislativa e fiscalizatória do Poder Legislativo e independentemente do local; e c) abrangência na circunscrição do município (*op. cit.*, p. 280).

Daí emerge que a inviolabilidade de votos, palavras e opiniões se estende aos vereadores, na circunscrição do município e no desempenho do mandato eletivo ou em decorrência dele, desde que a manifestação de vontade guarde pertinência causal com o exercício do relevante *munus* do edil.

Por isso mesmo já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"Há imunidade material dos vereadores por suas palavras e votos no exercício do mandato, no Município e nos limites dos interesses municipais e à pertinência para com o mandato.

"A inviolabilidade parlamentar alcança, também, o campo da responsabilidade civil" (RE n. 220.687-5/MG, rel. Min. Carlos Velloso, j. 13-4-99; no mesmo sentido, RE n. 210.917/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12-8-98).

Na hipótese dos autos, Rogério dos Santos é vereador da Câmara Municipal de Brusque e proferiu discurso considerado ofensivo pelo autor por ocasião da sétima reunião ordinária daquela Casa, no primeiro período legislativo de 1997, na primeira sessão legislativa da terceira legislatura, aos 4-3-97, conforme Ata n. 012/97, anexada às fls. 13 a 19.

O discurso foi ora transcrito, ora mencionado por alguns jornais da região (fls. 20 a 22).

A contenda gravita em torno do seguinte trecho:

"Diante dessas colocações, solicitou aos seus pares que se engajem definitivamente nessa luta, começando pelo Executivo Municipal, para que esse Poder tome as providências necessárias contra a ganância desenfreada de um homem prepotente, que apesar de todo o ouro que possui, é infeliz e muito pobre de espírito, por-

que ainda não aprendeu a amar o próximo e a lutar pelos menos favorecidos" (Ata n. 012/97, fl. 17).

O discurso foi inflamado, como são praticamente todas as manifestações orais exaradas nas tribunas do Judiciário e do Legislativo.

Ademais, foi proferido em Plenário, na circunscrição do Município e por ocasião do mandato eletivo. Mais: a temática abordada era pertinente ao *munus*, pois se discutia a possibilidade de a Febe (Fundação Universitária de Brusque) fretar ônibus para o transporte de seus acadêmicos a baixo custo, com o afastamento da empresa de ônibus do autor ou pelo menos que o mencionado transporte dos alunos fosse feito por mais de uma empresa.

É certo que o vereador se exaltou, mas seu posicionamento foi encampado por seus pares, o que comprova que a discussão era relevante para o interesse público municipal de Brusque.

Nesse contexto, incide em favor do réu cláusula de exclusão de responsabilidade civil, pelo que o pedido formulado deve ser rejeitado.

Ante o exposto, voto pelo provimento do reclamo para, em conseqüência, julgar improcedente o pedido inicial, invertendo-se os ônus da sucumbência.

III — Decisão

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

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

Florianópolis, 20 de novembro de 2003.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.024232-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Monteiro Rocha

Responsabilidade civil – Indenização – Negligência médica – Cateterismo realizado por médico em clínica no interior de hospital – Infecção que acarreta, cronologicamente, numerosas doenças – Necessidade de amputação de braço e antebraço – Sentença que atribui culpa à clínica e ao hospital, absolvendo os médicos – Indenização por danos materiais e morais – Insurgência recursal das partes – Ilegitimidade passiva ad causam *da clínica –*

Inacolhimento – Responsabilidade civil objetiva de clínica e de hospital – Ocorrência – Responsabilidade civil de médico – Omissão culposa no processo infeccioso da paciente – Danos morais patenteados – Valor indenizatório reduzido – Juros legais e correção monetária a partir do decisório de primeiro grau – Sentença parcialmente procedente – Provimento parcial aos recursos da autora e da clínica e improvimento recursal do hospital.

Havendo responsabilidade civil objetiva de estabelecimento hospitalar e de clínica de saúde – por ato próprio – com fundamento na teoria do risco (art. 14 do CDC), devem mencionadas entidades responder por qualquer evento danoso contrário à incolumidade física dos seus pacientes.

Médico que realiza exame de cateterismo, acarretando à paciente numerosas doenças até a necessidade de amputação do membro, sem que o facultativo empregasse os meios para afastar a infecção que ensejou os males, comete ilícito culposo omissivo ensejador de indenização.

Tendo o juízo colegiado reduzido o valor dos danos morais, adicionam-se neste juros legais e correção monetária a partir da sentença de primeiro grau.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.024232-0, da comarca da Capital (3ª Vara Cível), em que são apelantes e apelados, Ana Lúcia Heiderscheidt, Marcos Flávio Moelmann Ribeiro, Jairo Vieira, Cineângio Centro de Cardiologia Invasiva S/C Ltda., Irmandade do Senhor Jesus dos Passos e Hospital de Caridade:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar provimento parcial ao interposto por Cineângio Centro de Cardiologia Invasiva S/C Ltda. para reduzir o valor dos danos morais para R$ 40.000,00, com juros legais e atualização monetária a partir da sentença; prover parcialmente ao da autora a fim de condenar, também solidariamente, Marcos Flávio Moelmann Ribeiro, às verbas indenizatórias e negar provimento aos demais recursos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Ana Lúcia Heiderscheidt, qualificada nos autos, por seu advogado

(procuração inclusa), ajuizou medida cautelar preparatória e ação de indenização contra os médicos Marcos Flávio Moellmann Ribeiro e Jairo Vieira, e contra Cineângio – Centro de Cardiologia Invasiva S/C Ltda. e Hospital de Caridade, todos qualificados na exordial, alegando, em síntese, o seguinte:

"Que em 25-9-1995, por solicitação do médico Dr. Lauro Martins Filho, a requerente submeteu-se a um exame de cateterismo, realizado pelo Dr. Marcos Flávio M. Ribeiro, médico hemodinamicista do Centro de Cardiologia Invasiva/Hospital de Caridade;

"Que após encontrar dificuldades em introduzir o cateter no braço direito – programação inicial – o exame foi concluído mediante a introdução do cateter pelo braço esquerdo;

"Que passado o efeito do anestésico, a requerente começou a sentir fortes dores no braço direito e, no dia 27-9-1995, constatou um abcesso (*acúmulo de pus onde foi feito o corte para a introdução do cateter*) na região frontal do cotovelo, decidindo ligar para o Dr. Marcos Flávio M. Ribeiro, razão que motivou a marcação de uma nova consulta;

"Que em nova consulta, o Dr. Marcos Flávio M. Ribeiro informou à requerente que se tratava de uma simples infecção e receitou analgésicos e antiinflamatórios;

"Que mesmo com a ingestão de remédios, a requerente teve seu quadro clínico agravado, dificultando até mesmo a retirada dos pontos que haviam sido absorvidos em função do inchaço no braço direito;

"Que somente no dia 19-10-1995 foi feito o primeiro exame de ultra-sonografia, mostrando 'coleções mistas nas faces medial e lateral do cotovelo direito, medindo respectivamente 6,9 x 1,4cm e 5,9 x 0,8cm, que podem estar relacionadas com abcesso ou hematoma';

"Que depois do resultado, Dr. Marcos indicou o seu colega, Dr. Jairo Vieira, para que colocasse um dreno (*objeto, variável em natureza e em forma, com que se procura manter a saída de líquido de uma cavidade, normal ou não, ou para o exterior, ou para o interior de órgão oco, ou para outra cavidade*), o que foi feito;

"Que após a colocação do dreno, a requerente perdeu os movimentos do antebraço e da mão, que antes do dreno eram normais, apesar do inchaço que existia no braço;

"Que em consulta com o Dr. Lauro Martins Filho – médico que solicitou o exame de cateterismo –, o mesmo mostrou-se impressionado com a deformidade do braço, sugerindo a realização de um novo exame ultra-sonográfico, o qual detectou a presença de *'sinais de* edema (*acúmulo anormal de líquido em espaço intersticial extracelular*) de partes moles, além de múltiplas coleções líquidas, afiladas e alongadas, desde o bordo medial do braço, pelo antebraço, até o punho';

"Que posteriormente, foram realizadas inúmeras radiografias, todas com o mesmo diagnóstico, até que a requerente decidiu buscar tratamento em outros estados, custeados através da venda de alguns bens pessoais e de seus pais, além de rifas e bingos organizados por seus amigos;

"Que atualmente a requerente encontra-se em tratamento periódico no Hospital Ipiranga, em São Paulo, pois é portadora de 'Síndrome pós trombótico de sistema venoso profundo de membro superior direito', doença esta que lhe acarretou a perda do movimento e deformidade do antebraço e da mão direita".

Assim aduzindo, requereu a procedência do pedido para condenar os requeridos ao pagamento de indenizações a título de danos emergentes, morais e estéticos, além de lucros cessantes e pensão mensal.

Atribuiu valor à causa, requereu os benefícios da assistência judiciária gratuita e anexou os documentos de fls. 23 a 223.

Contestando a preambular (fls. 227 a 229), Irmandade do Senhor Jesus dos Passos e Hospital de Caridade requereram, preliminarmente, a extinção do processo, por não ter sido ajuizada medida cautelar de produção antecipada de provas e, no concernente ao mérito, a improcendência da ação, pois a instituição não concorreu de forma alguma com o episódio ocorrido.

Em peça posterior, Irmandade do Senhor Jesus dos Passos e Hospital de Caridade ratificaram o pedido de produção de prova pericial, nomeando assistente técnico e formulando quesitos.

O médico que realizou o exame de cateterismo da autora, Dr. Marcos Flávio Moellmann Ribeiro, por intermédio do petitório de fls. 243 a 252, por seu advogado (procuração inclusa), contestou a exordial, aduzindo, em síntese, o seguinte:

"Que sempre desempenhou sua função com zelo e atenção, especialmente em relação à autora;

"Que ao aparecer as primeiras complicações, atendeu prontamente a requerida, receitando-lhe antibióticos para prevenir maiores infortúnios e, em seguida, realizando ultra-som no braço, o qual, entretanto, não apresentou resultados conclusivos;

"Que a constatação de trombose foi um acontecimento tardio, no dia 13-11-1995, não podendo ser diagnosticado e, além disso, as tentativas de internação que o requerido sugeriu foram negadas pela requerente;

"Que a realização do exame de cateterismo pode causar complicações, inclusive letais, e a autora estava ciente desses riscos, assinando termo de autorização;

"Que não há qualquer indício de culpabilidade médica, fato este que foi afastado após o arquivamento do inquérito policial;

"Que os laudos periciais realizados não concluíram sobre um possível erro médico;

"Que a obrigação contratual do médico é de meio, não tendo o dever de curar, até porque o que se exige é o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado".

Com base nesses argumentos, requereu a improcedência do pedido vestibular e a produção de provas, acostando os documentos de fls. 254 a 262.

No mesmo diapasão, Cineângio – Centro de Cardiologia Invasiva S/C Ltda., por intermédio do mesmo procurador do requerido Marcos Flávio Moellmann Ribeiro (procuração inclusa), ofertou contestação, argüindo preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, por não ter nenhuma responsabilidade pelos trabalhos desenvolvidos pelos médicos requeridos.

Requereu a improcedêcia do pedido inicial e a produção de provas, juntando os documentos de fls. 276 a 284.

A autora ofereceu réplica às contestações, ratificando suas pretensões anteriormente esposadas e pugnando pela decretação da revelia do requerido, Dr. Jairo Vieira.

Às fls. 305 a 307 foi anexada aos autos a peça de defesa ofertada em tempo hábil pelo requerido Dr. Jairo Vieira, médico que realizou o dreno na paciente/autora, e na qual o requerido, por intermédio de seu advogado (procuração inclusa), asseverou que seu procedimento foi simplesmente drenar o abcesso existente para dar vazão à secreção purulenta existente no braço direito da autora, o que é um procedimento simples e não poderia ter levado à paralisação do aludido membro.

Sustentou, ainda, que a requerida não procurou o réu para esclarecimentos ou a realização de outros procedimentos bem como não obedeceu às determinações do Dr. Lauro, o qual indicou a necessidade de tratamento em nível hospitalar, para ministração de antibiótico por via parenteral (intramuscular ou endovenosa).

Isso posto, requereu a realização de prova pericial e, ao final, a improcedência da ação, condenando a autora nos ônus de sucumbência.

Após regular instrução do feito, com a realização de perícia médica e audiência de instrução e julgamento, as partes apresentaram suas alegações finais, reiterando as pretensões deduzidas ao longo do processado.

Proferindo sentença única para a ação indenizatória e para a medida cautelar preparatória, após rechaçar as preliminares argüidas, o ilustre Magistrado a quo *julgou improcedentes os pedidos de indenização e cautelar contra os médicos Jairo Vieira e Marcos Flávio Moellmann Ribeiro, considerando incomprovada a culpa destes*.

No concernente às instituições requeridas, Hospital de Caridade e Cineângio – Centro de Cardiologia Invasiva S/C Ltda., julgou procedente os pedidos formulados na ação indenizatória e na medida cautelar, e condenou as requeridas nos seguintes termos: a) pagamento de pensão

mensal de um salário mínimo enquanto viver a autora; b) pagamento de indenização por danos morais e estéticos no valor equivalente a 1.000 salários mínimos; c) indenização por danos emergentes e lucros cessantes, a serem apurados em liquidação de sentença.

Irresignados com a sentença proferida, Irmandade do Senhor Jesus dos Passos e Hospital de Caridade interpuseram recurso de apelação, objetivando a reforma *decisum*, sustentando que o hospital não é responsável pelo danos causados à requerente pelos médicos requeridos, porque estes não são seus empregados e também porque estes não foram condenados.

Igualmente inconformada, Cineângio – Centro de Cardiologia Invasiva S/C Ltda. interpôs recurso, pugnando pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, conforme cláusula sétima de seu contrato social, o qual isenta a instituição em caso de suposta falha profissional do requerido Marcos Flávio M. Ribeiro.

Ao final, rechaçou a fixação dos danos morais e estéticos, considerando-os abusivos e requereu a sua redução.

Por sua vez, Ana Lúcia Heiderscheidt interpôs recurso de apelação, objetivando o reconhecimento da responsabilidade dos médicos Jairo Vieira e Marcos Flávio M. Ribeiro, para que estes a indenizem pelo efeito danoso causado.

Com exceção do Hospital de Caridade, as partes ofereceram suas contra-razões recursais, refutando as pretensões contrárias e reafirmando seus objetivos pleiteados.

É o relatório.

II — Voto

1. Apelo formulado pela autora Ana Lúcia Heiderscheidt

A autora/apelante interpôs recurso de apelação porque irresignada com a resposta judicial que, embora lhe tenha dado ganho de causa, afastou a condenação dos suplicados Marcos Flávio M. Ribeiro e Jairo Vieira, entendendo inexistente a prova de erro médico.

Antes de apreciar a conduta de cada requerido, faço rápida digressão a respeito da responsabilidade civil dos réus, que norteará a apreciação do julgamento em questão.

Para o art. 14, § 4º, do CDC, "a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa".

Em outra ocasião, tive a oportunidade de escrever o seguinte:

"A melhor interpretação doutrinária sobre o dispositivo legal *supra* é a de que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor tem como regra geral a teoria da responsabilidade objetiva, fulcrada na tese do risco da atividade, da indenização integral ao consumidor, constante do art. 6º, VI, do CDC.

"Em qualquer relação de consumo, no tocante à indenização ao consumidor por danos, deve ser aplicada a teoria da responsabilidade objetiva, conforme prevêem os princípios, as normas e os dispositivos legais implícita e explicitamente inseridos no CDC (Estatuto Protetivo, art. 7º).

"A teoria jurídica que predomina atualmente é pragmática e funcionalista, o que implica em dizer-se que a ciência jurídica está mais preocupada com a sua função, e não com testes distanciados das necessidades sociais.

"Porque uma teoria única de responsabilidade civil, em que se adota o aspecto exclusivamente objetivo em todas as relações sociais normatizadas pelo direito é inevitável, o jurista Voltaire Marensi, ensina o seguinte:

'De qualquer forma, se indica hoje aos fornecedores de todo o gênero, até mesmo aos profissionais liberais, mesmo aos que exerçam atividades cuja obrigação seja de meio, e conseqüentemente tenham responsabilização por culpa, é que contratem seguros, inclusive contra terceiros, para prevenirem-se de responsabilizações por danos, como prevê o art. 101, II, do CDC'.

"Como é inadmissível exigir-se no direito moderno a prova do elemento subjetivo ensejador [...] e devido ao fato de que a atual teoria da responsabilidade civil está rumando celeremente para a sua essência unitária objetiva, Fábio Ulhôa Coelho dá a sua preferência sobre qual teoria deve ser acatada pela doutrina e jurisprudência nacionais:

'Defendo a idéia de que o elemento de ordem subjetiva já não tem a mesma importância. Com efeito, a experiência tem demonstrado que a prova de um elemento subjetivo é ônus exagerado que se impõe, às vezes desnecessariamente, a quem o direito afirma querer tutelar"' (Rocha, Antonio do Rêgo Monteiro. Código de Defesa do Consumidor: Desconsideração da personalidade jurídica. Curitiba: Juruá, 1999, p. 58 a 60).

Na realidade, sob o aspecto crítico, é de se afirmar que a responsabilidade civil deve ser ou objetiva ou subjetiva para todos os casos. Como diz Morris Cohen, o direito não pode renunciar ao esforço por sua coerência.

Porque oportuno, transcrevo ensinamento doutrinário que deve servir de guia ao magistrado no julgamento dos feitos que envolvem responsabilidade civil decorrente de erro médico:

"Há regras gerais de prudência e bom senso a que nos devemos conformar, antes de tudo, no exercício de cada profissão, e que, sob esse aspecto, os médicos estão submetidos ao direito comum, como todos os demais cidadãos. Ora, o que o julgado faz aí é endereçar um simples conselho aos juízes, para que não tomem partido nas controvérsia médicas, pronunciando-se por esta ou aquela es-

cola, o que é recomendado na preocupação pela sua dignidade, que sairia comprometida se se transformasse em Sorbonne médica ou arrostasse o ridículo de départager Hippocrate et Galilen" (José de Aguiar Dias, *in* Da Responsabilidade Civil, vol. I, 10ª edição. Forense, p. 287).

Enquanto não se chega a uma sociedade em que a teoria jurídica seja unitária, indispensável trazer-se aos autos a solução do caso concreto, por meio do Código Civil Brasileiro.

Em doutrina, já não se discute que *a obrigação do profissional médico é de meio e não de resultado*, com as exceções previstas na doutrina e na jurisprudência. Nesse sentido, ensinamento de Rui Stoco, *in* Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, São Paulo, RT, 4ª edição, 1999, p. 288:

"Enquanto na atividade tradicional o médico oferece serviços de atendimento através de meios corretos e eficazes, comprometendo-se a proporcionar a seu paciente todo o esforço, dedicação e técnicas, sem, contudo, comprometer-se com a cura efetiva, na atividade de cirurgião estético o médico contrata um resultado, previsto, antecipado e anunciado. Não ocorrendo este, salvo nas intercorrências e episódios que atuem como elidentes de sua responsabilidade, cabe exigir-lhe o adimplemento da obrigação de resultado assumida".

A jurisprudência pátria, como se vê do julgado abaixo colacionado, reforça o posicionamento da doutrina:

"A responsabilidade civil do médico não é idêntica a dos outros profissionais, já que sua obrigação é de meio e não de resultado, exceção feita à cirurgia plástica. A vida e a saúde humana são ditadas por conceitos não exatos" (TJRJ, 1ª Câmara, Ap. julgada em 27-9-94, *in* RT 723/435).

No julgamento do presente feito, adota-se a corrente segundo a qual essa responsabilidade deriva de um contrato por meio do qual o paciente procura um profissional médico em seu consultório ou no hospital para que cuide de sua enfermidade, fazendo prognósticos, diagnósticos, exames clínicos, tratamentos ambulatoriais e hospitalares etc. em troca de honorários.

Perante a legislação brasileira, na responsabilidade do médico, deve o ofendido, obrigatoriamente, provar a culpa deste profissional. É que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, na condição de fornecedores ou prestadores de serviços, deverá ser apurada mediante verificação de culpa. É o que dizem os arts. 159 e 1.545, ambos do Código Civil, e art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Outrossim, traz-se aos autos entendimento doutrinário aplicável à teoria probatória concernente à prova da culpa médica, *in verbis:*

"Os tribunais adotam, às vezes, princípios antigos e universalmente aceitos como o da previsibilidade e o da razoabilidade. O julgador segue sua experiência de vida e da observação

do que comumente acontece e pode chegar a juízos de valor sobre a conduta profissional, quando se mostre muito difícil uma conclusão puramente técnica sobre a causa da lesão.

"O ideal, porém, é exigir o magistrado, sempre, a prova pericial, para obter esclarecimentos que, de ordinário, não se comportam na esfera de seus conhecimentos e que se sujeitam a regras técnicas específicas e complexas.

"Isto não quer dizer que o juiz fique escravo do laudo pericial. O CPC é claro ao estatuir que 'o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos' (art. 436).

"A perícia não é uma superprova que se coloque acima das demais e que não permita questionamento algum. Se fosse intangível a conclusão do técnico, este, e não o magistrado, seria o verdadeiro juiz da causa e anulada restaria a função jurisdicional do último.

"A culpa que se apura no processo de indenização por dano de responsabilidade médica, além do dolo (vontade criminosa de lesar), compreende as formas de negligência, imprudência e imperícia.

"Pela negligência, a culpa equivale a uma conduta passiva (omissiva). Ocorre quando o médico deixa de observar medidas e precauções necessárias [...].

"Ocorre a imprudência por meio de atitude ativa (comissiva), praticada quando o médico 'toma atitudes não justificadas, precipitadas, sem usar de nenhuma cautela' [...].

"Dá-se a imperícia quando o causador do dano revela, em sua atitude profissional 'falta de conhecimento técnico da profissão' (T. A. Lopez de Magalhães, ob. cit., p. 316) ou 'deficiência de tais conhecimentos' (Kfouri Neto, ob. cit., n. 5.4.3, p. 77)" (Theodoro Júnior**,** Humberto. Aspectos Processuais da Ação de Responsabilidade por Erro Médico, *in* http://www.forense.com.br).

Porque os procedimentos realizados pelos requeridos são distintos, examino, em separado, um a um, a responsabilidade civil quanto ao suposto mal acometido à autora.

1. a) Marcos Flávio M. Ribeiro

Sustenta a autora que o médico teria agido culposamente nas três modalidades: a) imperícia, "por não obter êxito na penetração do cateter, causando-lhe infecção"; b) imprudência, "por ter acobertado o motivo do fracasso na realização do exame pelo braço direito"; c) negligência, "pois não prestou a devida assistência à autora, mesmo após a constatação da infecção".

É inafastável que o requerido Marcos Flávio M. Ribeiro realizou exame de cateterismo na autora, até porque não nega isso. O processo infeccioso ocorreu após a realização do exame, restando analisar o que é objeto de controvérsia entre as partes – se a ação do requerido foi ou não culposa.

Imperícia

Convém observar, inicialmente, a evolução dos fatos por ocasião do exame de cateterismo.

No mesmo dia em que foi realizado o exame, o requerido Marcos Flávio iniciou o procedimento pelo braço direito e, sem obter êxito, reiniciou o processo pelo braço esquerdo, tendo concluído seu objetivo, que era o de fazer o exame na autora.

Posteriormente, o braço direito apresentou problema infeccioso gravíssimo. Ato contínuo, o médico Marcos Flávio, diante do quadro infeccioso, ministrou antibióticos à autora, encaminhando-a ao Dr. Jairo Vieira, que fez um dreno no braço da autora.

Entende a autora haver imprudência por parte do requerido por não ter anotado, em seu prontuário, a tentativa mal sucedida do exame pelo braço direito. Entretanto, a meu juízo, a hipótese caracteriza negligência, contrariando o Código de Ética Médica.

Questão importantíssima trazida aos autos é a da infecção gravísima acometida na pessoa da requerente, notícia esta dada pelo marido da autora em sua informação prestada em Juízo e ratificada pela requerente em suas razões de apelação.

No corpo de acórdão inserto na Revista dos Tribunais n. 733/340, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, há ensinamento que entendo aplicável ao caso em espécie:

"A palavra da paciente, nessas circunstâncias, é um poderoso elemento cognoscível, a merecer a devida valoração no contexto da prova possível. Mormente por se tratar de matéria técnica, do domínio da Medicina, onde a perícia, prova indispensável, ficando a cargo de facultativos da mesma profissão dos agentes, nunca se mostra satisfatória, dada a natural e dramática interferência do *esprit de corps*".

De qualquer sorte, é incontroverso no processo o descumprimento do Código de Ética Médica por parte do requerido, o qual confessou em Juízo que "pelo fato de ter o relatório sido realizado alguns dias após o exame, por esquecimento não constou do mesmo as tentativas frustradas de realização do exame através do braço direito, em que pese seja uma praxe essas anotações" (fl. 394).

Todavia, a evidente omissão no prontuário médico de responsabilidade do requerido não é capaz de impingir-lhe a responsabilidade civil *sub judice*, por absoluta ausência de nexo de causalidade entre a omissão culposa do médico e o dano causado no braço da paciente.

Independentemente das anotações no prontuário médico, o processo infeccioso deu-se após a tentativa infrutífera de exame de cateterismo pelo braço direito.

Outro suposto erro apontado pela requerente contra o ora requerido é o de que houve ruptura da veia braquial (*do braço*), conforme sugerido pelo documento de fl. 96 da ação cautelar, subscrito pelo médico Dr. Debiasi: "sinais de ruptura de veia

braquial com perfuração ao nível axilar".

Diante desse quadro, examina-se os dizeres do perito Dr. Benoni Rinaldi a respeito da possível ruptura de veia (fls. 361 e seguintes):

"1 – É possível num cateterismo arterial sem complicações imediatas haver perfuração da veia braquial ao nível axilar?

"Para que se justificasse uma perfuração da veia ao nível axilar, necessariamente haveria primeiro, uma perfuração da própria artéria neste nível para depois perfurar a veia. Este fato produziria um quadro agudo de dor e hemorragia com conseqüente hematoma local, o que não é referido em nenhum momento de sua evolução clínica. Resposta ao quesito: Não" (fl. 361).

"2 – A Sra. Ana Lúcia Heiderscheidt apresenta alguma veia perfurada, rompida ou lesada, em seu braço direito? Em caso afirmativo, qual a veia? Qual a lesão verificada? Qual a causa da lesão? Quais as conseqüências desta lesão?

"Não há perfuração, rotura ou lesão de veia no braço direito da Sra. Ana Lúcia Heiderscheidt causada pelo cateterismo ou pela drenagem do abscesso. Houve sim uma trombose de veia braquial (Doppler de 13-11-95) e vasos profundos do antebraço (Doppler de 14-11-95 e ressonância magnética de 28-3-96), decorrentes do processo infeccioso-inflamatório contíguo aos vasos e sem conseqüências significativas pois a drenagem venosa se faz por colaterais com fluxo normal" (fl. 364).

"Em resposta ao quesito de esclarecimento, disse que além do exame de todos os documentos constantes no processo, procedeu exame clínico na paciente, o que lhe possibilitou responder a todos os quesitos formulados pelas partes. Reperguntas da autora: questionado sobre a possível contradição entre a resposta ao quesito 2 dos formulados pela autora, e o que consta no laudo pericial de lesão corporal de fl. 96, sobre a perfuração de veia braquial ao nível axilar, esclareceu que não houve a perfuração aventada, presumindo que o exame feito pelo Dr. Defendente Debiasi foi superficial e por isso equivocada, mesmo porque aquele profissional atestou apenas sinais de perfuração da mencionada veia, em 4 de janeiro de 1996, que confirma a resposta dada ao quesito 2 formulado pela autora; que o cateterismo é feito através de incisão numa artéria, sendo descartada a possibilidade de perfuração numa veia" (trecho do depoimento dado pelo perito em Juízo, em audiência de instrução e julgamento, à fl. 395).

O perito judicial enfrentou a questão e disse que o documento médico de fl. 96 foi superficial e elaborado equivocadamente, afirmações baseadas em numerosos exames médicos realizados pela autora e anexados aos autos.

E mais, o médico Gilberto do Nascimento Galego afirmou textualmente que "a menos que o subscritor do exame de fl. 96 tenha efetuado uma

abordagem direta da veia axilar, não poderia fazer a afirmação que consta no citado exame com relação a sinais de perfuração de veia braquial, com perfuração a nível axilar" (fl. 409).

A certeza de que não houve perfuração de veia ou artéria está na resposta dada por Luiz Carlos Giuliano, "médico cardiologista intervencionista, com habilitação em exames de cateterismo e chefe do serviço de hemodinâmica do Instituto de Cardiologia", o qual ratificou o que o perito já havia afirmado e que é plenamente lógico, por se tratar das vias por onde passa o sangue, *"não é comum, mas pode ocorrer a perfuração da artéria pelo cateter, durante o exame. Nesse caso, o paciente sente dor e ocorre hemorragia, obrigando a tratamento imediato, pois forma hematoma.* Nunca ouviu falar de perfuração de veia durante a realização do exame citado, nem mesmo literatura médica trata do assunto. [...] Se ocorrer a perfuração de artéria, o tratamento é imediato com o auxílio de cirurgião cardiovascular*. A perfuração de artéria é percebida na hora, pois o paciente sofre dor intensa, hemorragia, necessitando de tratamento imediato"* (fls. 406 e 407).

Em decorrência dos laudos médicos, verifica-se a inexistência de imperícia médica no tocante à perfuração da veia braquial.

Negligência

Doutra sorte, entende a autora que houve negligência do médico no tratamento do problema acometido após a realização do exame.

"No dia 27-9-1995, como as dores permaneciam intensas e aparecera um abscesso na região frontal do cotovelo, a requerente entrou em contato com o Dr. Marcos, via telefone, e informou-o do acontecido, oportunidade em que fora marcada uma nova consulta, tendo nesta o médico a examinado e informado que se tratava de uma simples infecção. Receitou analgésicos e anti-inflamatórios (excerto da inicial, fl. 3).

"Foi somente diante desse estágio delicado que o requerido Dr. Marcos requereu o primeiro exame de ultra-sonografia do braço, isto em data de 19-10-1995 (excerto da inicial, fl. 4).

"No dia 31-10-95, novo exame de ultra-sonografia do braço e antebraço direito da requerente fora feito, desta vez requerido pelo Dr. Marcos" (excerto da inicial, fl. 5).

Indispensável neste momento afirmar que o exame de cateterismo somente é feito em pessoas, independentemente de idade, que estejam com sintomatologia cardíaca. Caso contrário, só se indica o mencionado exame em pessoas de idade madura para mais, por ser um exame altamente invasivo. O exame de cateterismo está para o corpo humano, o que são o *habeas corpus* e mandado de segurança para o direito, todos remédios excepcionalíssimos e heróicos. Realmente, o cateter (um fio) é inserido na artéria do paciente e o exame é reali-

zado por meio de uma câmera de televisão.

Sintetizando o histórico cronológico do problema da requerente, verifica-se que esta submeteu-se a exame de cateterismo (recurso excepcionalíssimo) com o ora requerido em 25-9-95, compareceu à clínica médica dois dias depois, dia 27-9-95, quando o ora requerido prescreveu à requerente analgésicos e anti-inflamatórios. Sabendo que a paciente já era portadora de processo infeccioso, o ora suplicado prescreveu somente pela primeira vez exame de ultra-sonografia do braço em 19-10-95, até que em 31-10-95 novo exame de ultra-sonografia do braço e antebraço foi prescrito pelo requerido. Entretanto, antes de 31-10-95 a requerente consultou o médico Lauro Martins Filho, o qual sugeriu à paciente uma segunda ultra-sonografia em 25-10-95, quando constatou-se agravamento no estado de saúde da requerente. Mais duas outras ultra-sonografias foram realizadas na pessoa da requerente, isto em 6-11-95 e 9-11-95. No tocante à ultra-sonografia de 6-11-95, verificou-se que o quadro estava inalterado em relação aos exames anteriores. A ultra-sonografia de 9-11-95 verificou piora no braço direito da requerente, cada vez mais intumescido. Mais uma ultra-sonografia foi realizada em 13-11-95, quando verificou-se "sinais de trombose da veia braquial, estendendo-se desde a face anterior do cotovelo até o nível da veia axilar". Exame posterior realizado em 14-11-95 confirmou o diagnóstico de trombose da veia braquial, e acredito decorrente da perfuração da veia braquial.

Somente por ocasião do resultado do exame de 13-11-95 e diagnóstico de trombose, o requerido sugeriu a internação da paciente, com a qual ela não concordou, havendo a quebra da relação médico-paciente.

Então é preciso saber se houve negligência do médico em fases posteriores ao exame por haver, simplesmente, receitado antibióticos e anti-inflamatórios e, também, por não haver solicitado vários exames imediatamente, apenas o fazendo posteriormente, quase um mês após a realização do exame de cateterismo.

Objetivando responder o questionamento *supra*, traz-se aos autos prova testemunhal produzida neste feito.

O médico Luiz Carlos Giuliano afirmou que "no caso de infecção, o antibiótico é a medicação indicada. [...] Dependendo do tipo de complicação, é dado o tratamento devido. Em caso de edema, é receitada a medicação própria, procurando-se tranqüilizar a paciente. Em se tratando de infecção, o tratamento é feito à base de antibióticos" (fl. 406).

Se os antibióticos eram os medicamentos indicados, por que então a requerente não retornou ao seu estado normal de saúde? Se para cada pessoa existe um medicamento correto, conforme a doença, por que o requerido Marcos Ribeiro não prescreveu medicamento mais adequado em lapso temporal que o organismo da

requerente pudesse responder melhor ao tratamento?

Também o médico Gilberto do Nascimento Galego, que atendeu à autora a pedido do Dr. Marcos, afirmou que "como o diagnóstico de linfedema (*tumefação de tecido subcutâneo causada por drenagem linfática insuficiente, numa ou mais áreas, e que pode ocorrer* – definição não constante do termo de depoimento) apresentado pela paciente era muito claro, não se fazia necessária a realização de outros exames" (fl. 409).

Ratificando minhas considerações sobre o depoimento de fl. 406, verifico igualmente que o problema de saúde da autora, como diz a testemunha de fl. 409, "*era muito claro*, não se fazendo necessária a realização de outros exames". Não realizados esses exames posteriores no momento oportuno e em caráter de urgência, a paciente ficou no estado em que se encontra.

Traz-se aos autos pensamento de Ernst Mach, para o qual "um erro claramente reconhecido é, a título de corretivo, tão precioso para a ciência quanto a verdade".

Em decorrência do exame de cateterismo na requerente, procedido pelo ora suplicado, a autora passou a ter problema de saúde. *Inicialmente constatou-se infecção no braço e antebraço direito; posteriormente a mencionada infecção evoluiu para abscessos múltiplos, resultando em linfangite no antebraço e braço, acarretando em linfedema secundário e trombose. Atualmente a autora postula, por meio de tutela antecipada, o pagamento pelos requeridos de cirurgia de amputação de seu braço direito, conforme fl. 310 e atestados inclusos.*

Socorro-me da literatura médica para ajudar a esclarecer o deslinde da *quaestio*:

"Infecção é doença resultante da reação do organismo à entrada do micróbio, vírus ou espiroqueta. A cirurgia de urgência decorrente da infecção é a do abscesso que, embora integrando um quadro crônico, requerem, muitas vezes, solução cirúrgica de urgência. Em tais casos, apresentam manifestação conforme a localização, tamanho e, principalmente, estruturas que atingem. Assim, um pequeno abscesso cerebral tem quadro clínico diverso de um grande abscesso retroperitonial ou de um abscesso perianal. As soluções são cirúrgicas" (Irany Novah Moraes, Erro Médico e a Lei, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 129).

No caso em exame, conforme se viu do elenco probatório, depois que a requerente submeteu-se ao exame de cateterismo passou a ter, em decorrência da infecção, numerosos abscessos que requeriam intervenção cirúrgica que não foi prescrita pelo médico requerido.

Se a obrigação médica não é de resultado, é intuitivo que a obrigação é de meio, mas nem por isso está o médico desobrigado de esgotar os cuidados terapêuticos disponíveis ao seu alcance. Nesse sentido, RT 723/435.

No caso *sub judice*, o requerido agiu culposamente sob a modalidade de negligência – omissão como causa do dano – porque a requerente, após o exame a que se submeteu com o requerido, teve de retornar ao médico por numerosas vezes e fazer diversos exames sem qualquer melhora, conforme o seguinte entendimento jurisprudencial:

"Indenização – Responsabilidade civil – Negligência médico-hospitalar – Paciente atendida em ambulatório, com fortes dores abdominais, e submetida à medicação – Retorno por quatro vezes até ser internada – Exames que constataram apendicite aguda – Cirurgia realizada só no dia seguinte, apesar da gravidade do estado da paciente – Falecimento treze dias após – *Negligência caracterizada porque os sintomas indicavam necessidade de internação imediata, com exames aptos ao diagnóstico* – Recurso provido para decretar a procedência do pedido de indenização" (Rel. Des. Afonso Nandré, 5ª Cam. Civ. do TJSP, j. em 25-10-79).

No caso vertente, a autora contraiu infecção, que evoluiu para abscessos múltiplos, estes para linfangite no antebraço e braço, acarretando em linfedema secundário até chegar em trombose, devido à negligência do ora requerido que, no momento médico oportuno, não indicou à paciente internação imediata, precedida de exames capazes de um correto diagnóstico.

Embora o médico não contrate a cura, nem assuma uma obrigação de resultado mas de meio, impõe-se que com cuidados e atenta vigilância execute seus serviços profissionais. Erros de tratamento ocorridos por ocasião da cirurgia e após esta, conduzindo a resultado prejudicial que poderia ser evitado, importam no dever de indenizar (TJSC, *in* Apelação Cível n. 36.291, de Chapecó, rel. Des. Alcides Aguiar).

Em que pese o conhecimento dos médicos que depuseram acima e o tratamento do mal sucedido exame por qual passou a paciente por mais de dois meses, verificou-se que a requerente piorou dia a dia e daí vem a pergunta: de quem é a culpa?

A culpa é do requerido Marcos Ribeiro que, negligentemente, com erro grosseiro e injustificável, apresentou à paciente, desde logo, o diagnóstico – infecção – sem aguardar a evolução do quadro clínico, retardando a prescrição de exames laboratoriais que o caso exigia e chegando, inclusive, a prescrever analgésicos e antiinflamatórios, numa atitude de quem já estava testando uma alta antecipada à paciente, em que pese a ausência de prognóstico médico.

Delineada está a culpa do requerido porque a linfangite no antebraço e braço esquerdo da autora é conseqüência de lesão vascular, da qual decorreu linfedema secundário e trombose, que é o entupimento, a paralisação do sangue no braço da requerente.

Caracterizada também está a culpa do requerido porque, não con-

seguindo debelar a doença da autora, deveria ter indicado profissional angiologista para detectar o sofrimento da vítima, o que não fez, como também não esclareceu à requerente que seus conhecimentos não estavam resultando no restabelecimento da saúde da autora.

Segundo o perito, *"Todas as conseqüências são resultantes da infecção e formação dos abscessos que acometeram os diversos tecidos (vasos linfáticos, veia braquial, músculos e tendões) [...] A evolução clínica desfavorável foi decorrente de um processo infeccioso que desencadeou a formação de abscessos múltiplos e quadro de linfangite no antebraço e braço (foto à p. 67 dos autos do processo), resultando em linfedema secundário. A imobilidade do cotovelo está relacionada ao envolvimento de grupos musculares e tendões que por conseqüência do processo inflamatório-infeccioso, induziu a Sra. Ana Lúcia Heiderscheidt a tomar atitude antálgica (defesa da dor)*, imobilizando-se na posição sugerida no pós cateterismo por muito tempo, resultando na anquilose (imobilização do cotovelo) (fl. 365). [...] A imobilidade do cotovelo da Sra. Ana Lúcia Heiderscheidt é decorrente da atitude antálgica (evitar a dor ao movimento) produzida pela reação inflamatória-infecciosa que envolveram diversos grupos musculares e tendões resultando na fixação dos mesmos pelo processo cicatricial. *Não há relacionar a colocação do dreno na face posterior do cotovelo com a imobilidade do membro"* (fl. 364).

Objetivando responder à pergunta *supra*, traz-se aos autos entendimento jurisprudencial, que, analogamente, resolve o assunto:

"Responsabilidade civil. Infecção hospitalar. Condutas culposas do médico e do hospital. Concausas sucessivas. Indenização devida.

"A fasciite necrosante é uma grave infecção bacteriana, previsível, entre outros casos, na cesariana. Pode não ser tipicamente uma infecção hospitalar, mas, em a adquirindo a parturiente, em seguida ao parto cirúrgico, no ambiente do nosocômio que aceitou a sua internação, passa a comportar aquela qualificação, servindo para positivar o descumprimento do dever, inerente à prestação do serviço hospitalar, de propiciar à paciente ambiente saudável e promover permanentemente o controle da infecção. E o ginecologista-obstetra, que assistia à paciente desde o pré-natal *e assim permaneceu após realizar o parto cesário, ao descurar-se de investigar, adotando as providências cabíveis, a anormalidade apresentada por ela dois dias após a cirurgia, vindo a lhe dar alta apesar das queixas e do aparecimento dos primeiros vestígios da enfermidade, ensejando o seu agravamento, com o retardo do diagnóstico, descumpriu igualmente o dever jurídico de cuidado pronto e eficiente* [...]*"* (Rel. Des. Laerson Mauro, TJRJ, 8ª Câm. Civ., Ap. Cível 595/96, j. 4-6-96).

Em decorrência, a omissão culposa do requerido Marcos Flávio Moellmann Ribeiro está sobejamente caracterizada.

1. b) Jairo Vieira

Após o surgimento da infecção em seu braço, a autora foi encaminhada, por solicitação do requerido Marcos Flávio, ao médico Jairo Vieira, o qual realizou procedimento de colocação de dreno (*objeto, variável em natureza e em forma, com que se procura manter a saída de líquido de uma cavidade, normal ou não, ou para o exterior*) para retirada de secreção purulenta decorrente da infecção.

A autora alega que o ora requerido efetuou a drenagem erroneamente, pois logo após a colocação do dreno ocorreu a paralisia de seu membro superior direito. Então, não se perquire a atuação do ora suplicado sobre o problema infeccioso que atingiu o braço da autora, mas sim em relação à perda da mobilidade do braço.

Convém observar que o segundo requerido só foi chamado a colocar o dreno na paciente após a existência do problema infeccioso.

A propósito, em 19-10-95, por meio de ultrasonografia foi constatada na paciente a presença de coleções mistas, que podem estar relacionadas com abscessos ou hematomas.

Em 24-10-95, o ora requerido colocou o dreno, a pedido de Marcos Flávio Ribeiro, que continuou sendo o médico da paciente até novembro do mesmo ano.

Dentre todos os exames médicos anexados aos autos pela autora, às fl. 70 e seguintes da ação cautelar, o exame de ressonância magnética realizado pelo Centro de Diagnóstico do Hospital do Coração, à fl. 71, precisamente, consta que "as imagens anatômicas sugerem existir a presença de uma lesão nervosa/muscular, próxima à região do cotovelo".

O referido exame não indica o local exato, o agente causador, o motivo e qual a lesão existente. Estas respostas são muito importantes para o deslinde da questão, pois uma lesão na parte superior do cotovelo pode ser decorrente da incisão feita pelo primeiro requerido na paciente com o fim de inserir o cateter; já uma lesão na parte inferior do cotovelo pode ser decorrente da incisão feita pelo segundo requerido para a colocação do dreno. Ainda assim seria preciso atestar que se trata de uma lesão decorrente de ruptura de nervo ou músculo ocasionada por instrumento cortante.

A autora, notadamente, quando formulou razões finais e interpôs apelo, limita-se a afirmar que o laudo técnico contraria o documento médico de fl. 96 do processo cautelar; que o médico perito não realizou qualquer exame na autora, exceto o clínico; e que é vítima de conspiração corporativista intentada para a defesa dos médicos co-réus.

Esses apontamentos não são suficientes para afastar as conclusões do perito e não levantam qualquer dúvida acerca das afirmações técnicas por ele firmadas no exercício do múnus público que lhe foi confiado. É que, por iniciativa da autora, houve manifestação contundente do perito sobre o laudo de fl. 96 da cautelar, que

diz respeito a possível erro médico por parte do primeiro e não do segundo suplicado; o médico valeu-se dos exames anexados aos autos pela própria autora.

O perito afasta a hipótese de que a colocação do dreno tenha causado qualquer lesão à autora, o que é ratificado pelas testemunhas que atestam que a colocação do dreno é um procedimento superficial e de fácil execução, não afetando em momento algum a mobilidade do membro acometido.

Porque a autora não conseguiu provar a culpa do requerido Jairo Vieira e porque as provas produzidas demonstram, estreme de dúvidas, que o requerido não causou dano à autora, improcedente é o pedido em relação a ele.

Ante o exposto, conhece-se do recurso da autora para, dando-lhe parcial provimento, condenar o requerido Marcos Flávio Moelmann Ribeiro e absolver Jairo Vieira.

2. Apelo de Irmandade do Senhor Jesus dos Passos e Hospital de Caridade

Hospital de Caridade interpôs recurso de apelação objetivando ver julgada improcedente ação contra si formulada, ao argumento de que a perícia judicial afastou a ocorrência de erro médico e porque os médicos requeridos não fazem parte do seu corpo clínico, mas sim da Clínica Cineângio.

Na realidade, o apelante dá a entender que sua condenação deu-se em razão de responsabilidade objetiva por fato de terceiro (art. 1.521, III, do Código Civil), qual seja, do médico causador do dano. Por isso as argumentações do apelo (fls. 554 e 555) no sentido de que a perícia afastou a ocorrência de erro médico e de que se deve aferir a responsabilidade subjetiva do médico para só então, independentemente de culpa e confirmada a relação entre patrão e preposto, condenar o Hospital apelante. *Mas não foi isso que a sentença fez*.

A Clínica Cineângio, onde a requerente fez exame de cateterismo com o médico Marcos Flávio Ribeiro, está situada no interior do Hospital de Caridade, ora apelante.

A responsabilidade civil das entidades requeridas, Hospital de Caridade e Clínica Cineângio, foi apreciada objetivamente pela sentença, por aplicação da teoria do risco empresarial e do CDC. Nesse sentido, ponderou o Magistrado *a quo* que a infecção no braço da autora é risco inerente à atividade empresarial exercida pela Clínica Cineângio e pelo Hospital (fl. 542).

Em suma, para a sentença *a quo*, a responsabilidade civil do Hospital de Caridade e da Clínica Cineângio não tem qualquer relação com a culpa dos médicos na realização do cateterismo e do dreno no braço da paciente. Aliás, a sentença apelada, nesse aspecto, não padece de qualquer vício, tendo aplicado o direito adequado à espécie.

Nesse sentido, traz-se à colação ensinamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do nosso Estado:

"Conforme a teoria do risco de empresa, quem exerce profissionalmente uma atividade econômica, com o propósito de oferecer serviço e, de conseguinte, angariar lucro, deve arcar com todos os ônus resultantes de qualquer evento danoso que lhe é inerente" (Rel. Des. Carlos Prudêncio, *in* Ap. Cív. n. 51.480, da Capital).

Hospital de Caridade e Clínica Cineângio, no exercício da atividade econômica com a qual obtêm seus lucros, realizam numerosos exames, diariamente, sem afastar a possibilidade de infecção.

Baseado no princípio da persuasão racional do juiz, entendo que Luiz Carlos Giuliano, "médico cardiologista intervencionista, com habilitação em exames de cateterismo e chefe do serviço de hemodinâmica do Instituto de Cardiologia", ratifica o contido às fls. 363 e 364 ao informar que "a infecção é uma complicação inerente ao procedimento" (fl. 406).

A propósito, o documento de fls. 363 e 364 noticia o seguinte:

"Todas as conseqüências são resultantes das infecções e formação de abscessos que acometeram os diversos tecidos (vasos linfáticos, veia braquial, músculos e tendões).

"A evolução clínica desfavorável foi decorrente de um processo clínico infeccioso que desencadeou a formação de abscessos múltiplos e quadro de linfangite no antebraço e braço [...] resultando de linfedema secundário".

Assim, as complicações posteriores ao exame de cateterismo decorrem de processo infeccioso não debelado pelo médico Marcos Flávio, culminando na paralisia do braço e trombose.

Independentemente de culpa objetiva das entidades requeridas, a ocorrência de risco inerente à atividade empresarial – infecção – causou dano à vítima Ana Lúcia Heiderscheidt, pelo que a procedência do pedido vestibular se impõe.

Não bastasse isso, a doutrina pátria, corroborando a responsabilidade objetiva do Hospital de Caridade e da Clínica Cineângio, ensina o seguinte:

"A responsabilidade do hospital, embora não vá ao ponto de garantir a vida ou assegurar a cura do paciente, inclui um dever de incolumidade, na medida em que tem de resguardar o paciente de quaisquer conseqüências que um bom serviço poderia evitar. [...] *Como prestadores de serviços, a responsabilidade das instituições hospitalares é objetiva, pois enquadra-se também no art. 14 do Código do Consumidor"* (Cavalieri Filho, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 1ª edição: 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 257).

Em artigo doutrinário publicado na revista forense e que pode ser acessado no *site* http://www.forense.com.br, Sérgio Cavalieri

Filho foi ainda mais minucioso ao explicar a responsabilidade médica empresarial:

"Passando agora à consideração da responsabilidade médica à luz do Código do Consumidor, diria, inicialmente, que é preciso examinar essa responsabilidade sob dois ângulos distintos: o serviço médico prestado de forma empresarial — aqui incluídos hospitais, casas de saúde, clínicas médicas, laboratórios de exames, banco de sangue etc. — e o serviço prestado direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal.

"No primeiro caso — serviço médico empresarial — a responsabilidade é objetiva porquanto o Código do Consumidor, em seu art. 14, estabeleceu responsabilidade sem culpa para todos os casos de acidentes de consumo provocados pelo fornecimento de serviços com defeito. 'O fornecedor de serviços — diz o citado artigo — responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços' [...] É o que o Código chama de fato do serviço, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito do serviço.

"Essa responsabilidade, como se constata do próprio texto legal, tem por fundamento o fato gerador ou defeito do serviço que, fornecido ao mercado, vem a dar causa a um acidente de consumo. Exemplo: alguém contrata uma empresa para refazer a instalação elétrica de sua casa mas, tempos depois, um defeito nessa instalação provoca incêndio na casa.

"O serviço é defeituoso, diz o § 1º do art. 14 do CDC, 'quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido'. Trata-se, como se vê, de uma garantia de que o serviço será fornecido ao consumidor sem defeito, de sorte que, ocorrido o acidente do consumo não se discute culpa; o fornecedor responde civilmente por ele simplesmente porque lançou no mercado um serviço com defeito. E mais, será absolutamente irrelevante saber se o fornecedor tinha ou não conhecimento do defeito, bem como se esse defeito era previsível ou evitável. Em face do fato do serviço, o defeito é presumido porque o Código diz — art. 14, § 3º, I — que o fornecedor só excluirá a sua responsabilidade se provar — ônus seu — que o defeito inexiste, vale dizer, que o acidente não teve por causa um defeito do serviço" *(*A Responsabilidade Médico-hospitalar à luz do Código de Defesa do Consumidor, *in* http://www.forense.com.br).

As instituições hospitalares não demonstraram a realização de um serviço adequado de modo a afastar a responsabilidade civil, insistindo exclusivamente em alegar a inexistência

de negligência, imperícia ou imprudência por parte dos médicos requeridos.

A respeito do ônus probatório, em matéria de responsabilidade civil dos hospitais, o processualista Humberto Theodoro Júnior ensina que "a responsabilidade civil dos hospitais, seja por infecção hospitalar, seja por qualquer outra lesão sofrida pelos pacientes em razão dos serviços de internação, não se inclui na regra do art. 1.545 do Código Civil (obrigação de meio). Aplica-se-lhes, portanto, a teoria comum da responsabilidade contratual, segundo a qual o contratante se presume culpado pelo não alcance do resultado a que se obrigou. Não se trata de teoria pura do risco, porque sempre será lícito ao hospital provar a não ocorrência de culpa para eximir-se do dever de indenizar. Quem se apresenta como vítima de lesão sofrida durante internamento *somente* terá de provar, para obter a competente indenização, o dano e sua verificação coincidente com sua estada no hospital" (Aspectos Processuais da Ação de Responsabilidade por Erro Médico, *in* http://www.forense.com.br).

A ausência de prova de que o serviço foi prestado a contento e a verificação da ocorrência do dano por ocasião da atividade empresarial exercida pelas instituições requeridas, que deveriam zelar pela incolumidade física da paciente sob sua proteção, determinam a obrigação de indenizar.

Traz-se à colação entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que se entende aplicável ao caso em espécie:

"Como prestadores de serviço que são, os estabelecimentos hospitalares respondem objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores. Essa responsabilidade tem por fato gerador o defeito do serviço, conforme expressamente previsto no art. 14 do CDC, que, em última instância, criou para o fornecedor um dever de segurança e idoneidade em relação aos serviços que presta aos consumidores.

"Simples traumatismo no dedo de um menor que, não obstante o atendimento médico recebido, acaba se transformando em infecção grave a ponto de se fazer necessária a amputação cirúrgica da terceira falange, carateriza falha no serviço e leva à indenização independentemente de culpa" (*in* Revista Forense, v. 348, p. 304).

Em compasso com a decisão *supra*, *mutatis mutandis,* não pode simples exame de cateterismo transformar-se em infecção grave a ponto de ser necessária a amputação do braço direito da autora. Esses fatos caracterizam defeito no serviço prestado, determinando a indenização independentemente de culpa.

Não bastasse o fato de que cabia às entidades hospitalares – Hospital de Caridade e Clínica Cineângio – a prova de que o serviço prestado foi adequado, a perícia judicial realizada, ao afirmar que "se o Hospital de Caridade contribuiu para o risco da ação danosa sofrida pela Autora, deveu-se única e exclusivamente pelo ambiente hospitalar" (fl. 387), atesta a possibilidade de má execução do serviço,

fortificando a responsabilidade civil objetiva, que não precisa da prova da culpa para condenação.

No que tange à alegação feita pelo Hospital de Caridade no sentido de que apenas cedeu espaço físico à Clínica Cineângio (fls. 233 a 238), convém observar que, não obstante o nome utilizado, a avença pactuada distribui responsabilidades entre ambos os contratantes, não estando limitada a mera cessão de espaço físico, pois Hospital de Caridade fornece à requerida, além do espaço físico, equipamento de hemodinâmica (cláusula 1º, § 1º), ramal interno de telefone, alimentação dos funcionários, água, energia elétrica e *limpeza do local* (cláusula 4º, § 1º).

Ademais, a cláusula 6ª demonstra a gerência de Cineângio sobre o Serviço de Hemodinâmica do Hospital de Caridade, o qual, por sua vez, tem a relação completa dos funcionários da Clínica. Mais que isto, o § 3º, da cláusula 6ª do contrato reconhece a existência de obrigações implícitas da equipe médica que atua no serviço de hemodinâmica.

A relação direta existente entre Hospital de Caridade e Clínica Cineângio, que autoriza a responsabilidade solidária decretada na sentença, é atestada à fl. 386: "a Clínica Cineângio possui materiais que são reesterilizados no Centro de Esterilização do Hospital de Caridade (campos e instrumental cirúrgicos) e, adquire diversos medicamentes diretamente da Farmácia do Hospital de Caridade, para a execução de seus atos médicos".

Não bastasse isso, ambas as empresas lucraram com o exame de cateterismo realizado na paciente/autora. *Ambas as empresas fornecem, direta e indiretamente, material e profissionais para a realização do procedimento médico. Por isso, distribuem-se os ônus decorrentes do risco, que se transformou em doença grave na requerente.*

Isso posto, conhece-se do recurso interposto por Hospital de Caridade e Irmandade Senhor Jesus dos Passos para desprovê-lo.

3. Apelo de Clínica Cineângio – Centro de Cardiologia Invasiva S/C Ltda.:

a) Ilegitimidade passiva ad causam

Pretende a empresa requerida ser excluída do pólo passivo da lide com fundamento na cláusula sétima de seu estatuto social. Eis o teor da cláusula:

"Cláusula sétima – Responsabilidade técnica

"Parágrafo primeiro – A responsabilidade médica da sociedade ficará a cargo dos sócios: Artur Luis Wallbach Barreto CRM/SC 1095, Francisco Carlos Heinzen CRM/SC 2509, Marcos Flávio Moellmann Ribeiro CRM/SC 1929, que responderão, perante o Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina, por todas as infrações ou desrespeito

à ética médica da mesma ou de seus membros.

"Parágrafo segundo – A empresa em hipótese alguma, sob qualquer alegação, poderá usufruir financeiramente, totalmente ou parcialmente, do trabalho de seus médicos".

Assim como no recurso manifestado pelo Hospital de Caridade, Clínica Cineângio dá a entender que sua condenação ocorreu em razão de responsabilidade objetiva por fato de terceiro (art. 1.521, III, do Código Civil), qual seja, do médico causador do dano. Tal como respondido no recurso do nosocômio, não foi essa a fundamentação da sentença *a quo*. A responsabilidade foi proclamada por aplicação da teoria do risco empresarial e do CDC, que já foi apreciada no recurso anterior, prejudicando sua nova análise.

Por outro lado, no que tange exclusivamente à cláusula sétima do contrato social da empresa/apelante, que deve ser examinada à luz do disposto no CDC, porque afeta diretamente as obrigações contratuais existentes entre a consumidora e a fornecedora de serviço, agiu corretamente a sentença monocrática ao aplicar o preceito legislativo previsto no art. 51, III, do CDC, para o qual "são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que transfiram responsabilidades a terceiros".

Não pode a apelante, por isso, eximir-se de assumir os riscos de sua atividade profissional, transferindo-os aos seus sócios médicos, em contrato do qual o consumidor não faz parte.

Convém observar, porque suscitado nas razões recursais, que as partes devem narrar os fatos, cabendo ao magistrado a aplicação do direito, porque *jura novit curia***.** É a aplicação da expressão latina *narra mihi factum dabo tibi jus.*

Ante o exposto, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* de Cineângio – Centro de Cardiologia Invasiva S/C Ltda.

b) Mérito

Na seara meritória, inadvertidamente expõe a apelante que o art. 14 do CDC "não foi ventilado pela autora" (fl. 563). Essa afirmativa não condiz com a realidade processual, porque o magistrado deve aplicar o direito aos fatos narrados pelas partes, como dito alhures, sendo descabida qualquer tentativa de descaraterizar a incidência das normas protetivas de direito do consumidor à relação em espécie no que tange aos serviços prestados pelo Hospital de Caridade e por Clínica Cineângio.

Porque quando da apreciação do recurso formulado pelo nosocômio/réu manteve-se a responsabilidade civil das entidades requeridas, confirmando-se a exegese da sentença e aplicando-se a responsabilidade objetiva na forma do disposto no art. 14 do CDC, afasta-se as demais alegações da Clínica requerida.

c) Valor dos danos morais

Somente Clínica Cineângio insurgiu-se contra o valor condenatório de 1.000 salários mínimos a título de danos morais e estéticos.

Entretanto, o valor indenizatório por dano moral pode ser revisto judicialmente, independendo de procedimentos recursais, por tratar-se de direito público e de natureza absoluta.

Não houve nenhum recurso contra as demais condenações impostas pelo Juízo de primeiro grau.

A jurisprudência pátria fixou critérios para nortear o julgador no momento da quantificação dos danos morais, mas a apelante não invoca qualquer defeito no raciocínio feito pelo Magistrado para fixar o respectivo valor.

A apelante limita-se a afirmar que, conforme seu contrato social, o seu capital é de R$ 12.000,00. Por isso requer, no caso de manutenção da decisão, seja a indenização reduzida para esse patamar, ou seja, doze mil reais.

A jurisprudência pátria tem adotado como parâmetros, no fixar a dor moral sofrida pela vítima a lesão e suas conseqüências, as condições econômicas das partes, o caráter educativo da pena pecuniária e a imposição de uma sanção que faça com que o infrator não reincida na conduta ilícita.

a) *lesão e suas conseqüências* – ao objetivar a realização de um exame de cateterismo, constatou-se a responsabilidade civil do Hospital de Caridade e da Clínica Cineângio pelo fato de a paciente haver contraído infecção no braço e antebraço direito, desde 1995; dessa época, a requerente foi acometida de abscessos múltiplos, que não foram debelados pelo requerido Marcos Flávio Ribeiro, em que pese as numerosas vezes em que a requerente esteve com o mencionado médico; entretanto, desejosa em ver-se curada, continuou buscando o conhecimento científico do mencionado médico, o qual, no entanto, não conseguindo resolver o problema da paciente, prescreveu-lhe analgésicos e anti-inflamatórios, fazendo com que os abscessos se transformassem em linfangite e esta em linfedema, que finalmente evoluiu para trombose da veia braquial; *atualmente, a autora está pleiteando, por meio de tutela antecipada, o custeio de amputação cirúrgica em seu dolorido membro superior direito*; como efeito da ofensa recebida, a vítima perdeu, portanto, seu braço direito, em definitivo, numa lesão gravíssima, por tratar-se de perda permanente e total; o sofrimento da paciente, buscando tratamento, percorreu lapso temporal inimaginável; a autora é funcionária pública e seja qual for a sua função, os dois braços lhe eram indispensáveis; também necessários eram seus braços para dirigir motocicleta e para o lazer; a responsabilidade civil subjetiva do médico restou comprovada por negligência; também comprovada restou a responsabilidade civil objetiva das entidades jurídicas, com fundamento na teoria do risco.

b) *as condições econômicas dos lesantes* são melhores que as ostentadas pela paciente, que inclusive recebeu os benefícios da assistência judiciária gratuita; a pena pecuniária imposta pelo decisório de primeiro grau, a título de danos morais – 1.000 salários mínimos; a sanção imposta possui o condão de fazer com que os infratores não voltem a reincidir no mesmo ilícito; tanto faz que a lesão moral incida sobre uma pessoa de melhor ou pior condição econômica, devendo esta ser analisada isonomicamente para todo e qualquer ofendido, respeitadas as condições econômicas de quem é obrigado a indenizar. Realmente, pessoas pobres e abastadas não podem ter tratamento desigual quando sofrem abalo a seus direitos personalíssimos.

Fixa-se, portanto, os danos morais impingidos à autora em R$ 40.000,00, mais juros legais e correção monetária a partir da sentença de primeiro grau, tendo em vista que o presente decisório reduziu o valor indenizatório postulado.

A requerida Clínica Cineângio não foi condenada isoladamente, mas também solidariamente com Hospital de Caridade e Marcos Flávio Moelmann Ribeiro, de modo que a sanção pecuniária fixada está vinculada entre a possibilidade de pagamento pelos requeridos e as dores morais impostas à vítima.

Em decorrência do raciocínio *supra*, conhece-se dos recursos interpostos para dar provimento parcial ao interposto por Cineângio Centro de Cardiologia Invasiva S/C Ltda. para reduzir o valor dos danos morais para R$ 40.000,00, com juros legais e atualização monetária a partir da sentença; prover parcialmente ao da autora, a fim de condenar, também solidariamente, Marcos Flávio Moelmann Ribeiro, às verbas indenizatórias e negar provimento aos demais recursos.

É o voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Segunda Câmara de Direito Civil, por unanimidade de votos, resolve conhecer dos recursos e dar provimento parcial ao interposto por Cineângio Centro de Cardiologia Invasiva S/C Ltda. para reduzir o valor dos danos morais para R$ 40.000,00, com juros legais e atualização monetária a partir da sentença; prover parcialmente ao da autora, a fim de condenar, também solidariamente, Marcos Flávio Moelmann Ribeiro, às verbas indenizatórias e negar provimento aos demais recursos.

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

Florianópolis, 2 de outubro de 2003.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.018547-2, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Monteiro Rocha

Registro público – Casamento realizado entre brasileira e italiano na Itália – Inserção do sobrenome do marido ao da mulher – Impossibilidade pela legislação italiana – Transcrição do ato nupcial com inserção do sobrenome do cônjuge italiano – Improcedência – Princípio do locus regit actum *– Retificação do traslado do ato civil praticado no estrangeiro – Ato que não pode ser objeto de qualquer inserção ou suprimento – Pedido improcedente – Sentença mantida – Provimento negado.*

A legislação concernente às relações privadas da pessoa natural é única – locus regit actum *–, objetivando assegurar à pessoa e à sociedade segurança e estabilidade por meio de um mesmo sistema jurídico.*

Não se insere no Brasil o sobrenome de cônjuge italiano ao nome de brasileira após casamento realizado na Itália, porque o direito peninsular – que regulou o ato jurídico – não permite a inserção do nome de um cônjuge ao nome do outro nubente.

O traslado é o ato registral por meio do qual é transcrito em livro cartorário competente o inteiro teor de documento original em língua portuguesa, não podendo referido ato inserir quaisquer anotações, registros ou averbações não constantes do documento original.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.018547-2, da comarca de Criciúma (Vara da Fazenda, Acidentes de Trabalho e Registros Públicos), em que é apelante Silvana Cardoso Pereira:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Silvana Cardoso Pereira, qualificada nos autos, por intermédio de advogado (procuração inclusa), ajuizou ação de retificação de registro civil, alegando, em síntese, o seguinte:

"Que a requerente contraiu matrimônio com o italiano Denis Medici,

em 20-10-2001, na cidade de Prignano Sulla Secchi, em Modena, Itália;

"Que a requerente não passou a usar o sobrenome do marido, tendo em vista que a legislação italiana não prevê a assunção do sobrenome do marido pela mulher;

"Que o marido da requerente é sócio-gerente da empresa Smalticeram Unicer do Brasil Ltda., situada no município de Içara – SC, sendo que viaja para vários lugares do País e do mundo juntamente com sua esposa;

"Que a LICC, em seu art. 7º, preconiza que *'a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família'* e, por isso, a requerente tem o direito de acrescer o sobrenome do marido ao seu, pois deve ser aplicada, no presente caso, a lei brasileira, adequando-se o registro para que expresse a verdade;

"Que outro aspecto a ser abordado na presente *actio,* consiste no erro na tradução da certidão italiana anexa, para o idioma brasileiro, com relação à data de nascimento da requerente, pois consta a data de nascimento de 17-9-1987, quando, na realidade, a autora nasceu 17-9-1976, como consta em sua certidão de nascimento e na própria certidão de casamento italiana".

Assim discorrendo, requereu a procedência do pedido inicial para determinar, no Cartório de Registro Civil da comarca de Criciúma, a retificação do nome da requerente para Silvana Cardoso Pereira Medici e da data de nascimento na certidão brasileira, fazendo constar a data de 17-9-1976.

À inicial foi atribuído valor.

O Ministério Público manifestou-se pela não ratificação da certidão expedida no estrangeiro e pela retificação da data de nascimento da requerente na certidão de transcrição do assento de casamento.

Por sentença, o Juiz de Direito julgou parcialmente procedente o pedido feito na inicial, determinando, exclusivamente, a retificação do traslado da certidão de casamento no que se refere à data de nascimento da requerente.

Irresignada, em parte, com a sentença proferida, Silvana Cardoso Pereira interpôs recurso de apelação, reeditando os argumentos utilizados em primeiro grau, requerendo o provimento do apelo para que seja julgado procedente o pedido inicial em relação à adição do sobrenome de seu marido, a fim de que ela passe a se chamar Silvana Cardoso Pereira Medici, com a conseqüente expedição de mandado ao cartório de Registro Civil desta Comarca.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em consonância com a manifestação de primeiro grau, exarou parecer opinando pelo improvimento do recurso interposto.

É o relatório.

II — Voto

O objetivo da autora é modificar seu apelido de família, acrescendo ao seu nome o sobrenome de seu marido Denis Medici, italiano com o qual se casou na cidade de Prignano Sulla Secchia, em Modena, Itália.

O Juiz *a quo*, com apoio no parecer do Ministério Público, julgou improcedente o pedido da requerente, aduzindo que o casamento realizado no exterior tem reconhecimento da lei nacional, mas deve ser regido pelas leis do país onde foi realizado, portanto, pela legislação italiana.

A apelante sustenta sua pretensão no art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, segundo o qual *"a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família"*. Acontece que o dispositivo *supra*, por óbvio, não se aplica ao casamento realizado no estrangeiro, mas tão-somente nos atos matrimoniais realizados no Brasil. É que, em razão da soberania dos países em questão, jamais a lei brasileira poderia regular a prática de atos civis italianos e viceversa.

A título exemplificativo, o art. 7º seria aplicável se a autora fosse italiana e viesse a contrair matrimônio com um brasileiro, neste País. Nesse caso, aplicando-se o dispositivo legal em comento, os "direitos de família" da autora seriam aqueles de seu País de origem, a Itália. Mas não foi isso o que aconteceu.

Na hipótese, o casamento celebrado na Itália deve observar as regras italianas, dentre as quais, como alegado pela própria requerente, não há previsão de *"assunção do sobrenome do marido pela mulher"* (fl. 2).

Destarte, se aquele país não possibilita a inserção do sobrenome do marido ao da mulher, o Judiciário brasileiro não pode determinar que assim procedam as autoridades italianas, alterando o documento público realizado por aquele Estado independente e soberano, estendendo a aplicação da lei brasileira para além de seus limites.

Outrossim, o Judiciário não pode inserir o sobrenome do marido ao nome da autora apenas na certidão de fl. 12, fazendo-a retratar uma realidade que não condiz com o que está escrito na ato civil realizado no estrangeiro, pelos motivos a seguir expostos.

O Código Civil vigente disciplina a questão objeto dos autos pelo disposto no art. 1.544, segundo o qual *"o casamento de brasileiro celebrado no estrangeiro perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros deverá ser registrado em 180 dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil, no cartório do respectivo domicílio , ou, em sua falta, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir*".

Regressando ao Brasil, a apelante procurou o Ofício do Registro Civil da comarca de Criciúma, em 5-4-2002 – local de seu domicílio –, objetivando fazer o registro do seu

casamento celebrado no estrangeiro, por meio de traslado da certidão estrangeira – mera transcrição autêntica do documento estrangeiro no livro competente do Cartório do Registro Civil.

A Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), ao tratar da questão em espécie, disciplina a forma como se deve proceder ao assento dos casamentos realizados no estrangeiro, *in verbis:*

"Art. 32 – Os assentos de nascimento, óbito e de casamento de brasileiros em país estrangeiro serão considerados autênticos, *nos termos da lei do lugar em que forem feitos*, legalizadas as certidões pelos cônsules ou, quando por estes tomados, nos termos do regulamento consular.

"§1º – Os assentos de que trata este artigo serão, porém, transladados nos cartórios do 1º Ofício do domicílio do registrado ou no 1º Ofício do Distrito Federal, em falta de domicílio conhecido, quando tiverem de produzir efeito no País, ou, antes, por meio de segunda via que os cônsules serão obrigados a remeter por intermédio do Ministério das Relações Exteriores".

A doutrina, em consonância com as decisões dos pretórios brasileiros, identifica a necessidade do perfeito ajuste do registro ao fato. Nesse sentido, Walter Ceneviva ensina que *"havendo erro no registro civil, deve ser corrigido, para que se ponha em harmonia com o que é certo"* (*in* Lei dos Registros Públicos Comentada. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 223).

Em outras palavras, o registro civil não pode estar desvirtuado da verdade e não pode determinar a retificação do documento italiano, fazendo inserir dado que não consta no documento estrangeiro, isto é, acrescer o sobrenome do marido ao nome da requerente. É que na certidão italiana não está escrito que a requerente passou a usar o sobrenome do marido.

Aliás, foi em nome da verdade material que a sentença, julgando parcialmente procedente o pedido da autora, determinou a retificação da certidão de fl. 12, no que tange à data de nascimento da autora, igualando ao que estava aposto na certidão de casamento italiana (fl. 8), o que representa a verdade, conforme faz prova a certidão de nascimento de fl. 7.

Traz-se aos autos entendimento doutrinário que fundamenta o motivo pelo qual o Juízo monocrático deferiu prestação jurisdicional negativa:

"Em qualquer lugar em que se encontra a pessoa, na terra de nascimento, ou em terra estrangeira, disposições legais uniformes devem ampará-la.

"Subordinar o estatuto pessoal às contingências da pluralidade de legislações, constitui a insegurança da vida civil no plano internacional, porque, então, a pessoa *sui iuris* em um país será *alieni iuris* em outro, e viceversa" *(Tenório, Oscar. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 230 a 232).*

Porque o casamento não foi realizado no Brasil, o respectivo tras-

lado deverá ser elaborado no Livro "E", do Ofício de Registro Civil de Criciúma, obedecendo, assim, ao parágrafo único do art. 33 da Lei n. 6.015/73: *"No Cartório do 1º Ofício ou da 1ª Subdivisão Judiciária, em cada comarca, haverá outro livro para inscrição dos demais atos relativos ao estado civil, designado sob a letra "E" [...]".*

Objetivando a elaboração do traslado *sub judice*, indispensável que o Oficial do Registro Civil cumpra integralmente o art. 32 e §§ 1º a 5º, c/c o art. 129, § 6º, todos da Lei n. 6.015/1973, sugerindo-se que o Juízo *a quo* determine o seu respectivo cumprimento.

Ante o exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

É o voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Segunda Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso e negar-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. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 11 de setembro de 2003.

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.024421-7, DE JOINVILLE

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Apelação cível – Ação de indenização por ato ilícito – Imperícia e negligência – Intervenção cirúrgica – Permanência de material cirúrgico dentro do abdômen da paciente após a cirurgia – Danos morais – Negligência – Responsabilidade civil do profis-

sional – Art. 1.545 do Código Civil de 1916 – Dever de indenizar – Quantum *indenizatório adequado – Sentença mantida – Recurso não provido.*

A responsabilidade civil do médico resulta 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.

O arbitramento da verba indenizatória deve ser justo a ponto de alcançar seu caráter punitivo, correspondendo à satisfação do prejuízo moral sofrido pela vítima.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.024421-7, da comarca de Joinville (2ª Vara), em que é apelante Cícero Prado Sampaio, sendo apelada Flávia Abel de Souza:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cícero Prado Sampaio interpôs recurso de apelação cível, inconformado com a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Joinville, o qual julgou parcialmente procedente o pedido formulado nos autos da ação de indenização por ato ilícito, negligência e imperícia ajuizada por Flávia Abel de Souza.

O Magistrado reconheceu a existência do dano moral pela prática de ato médico negligente e imperito, condenando o réu ao pagamento de indenização no valor de R$ 13.600,00 (treze mil e seiscentos reais) acrescido de juros e correção monetária, a partir do evento lesivo, afastando a pretensão ressarcitória por lucros cessantes. Condenou o réu ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (fls. 124 a 132).

O apelante pretende a reforma da sentença, alegando a não ocorrência de erro médico e, conseqüentemente, a inexistência do dano moral. Requereu a minoração do *quantum* indenizatório fixado (fls. 135 a 138).

Devidamente intimada, a apelada ofertou contra-razões requerendo a manutenção do *decisum*, pugnando pela majoração da verba indenizatória para o valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) (fls. 146 a 151).

Após, ascenderam os autos a este egrégio Tribunal de Justiça.

Vieram conclusos.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de apelação cível interposta com o desiderato de ver reformada a sentença que reconheceu a existência do dano moral pela prática de ato médico negligente e imperito, condenando o apelante ao pagamento de indenização no valor de R$ 13.600,00 (treze mil e seiscentos Reais) acrescido de juros e correção monetária, a partir do evento lesivo, afastando a pretensão ressarcitória por lucros cessantes. Condenou, ainda, o apelante ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

O apelante defende a não ocorrência de erro médico, asseverando que a presença da compressa cirúrgica no corpo da apelada, após a cirurgia, é um acontecimento comum, pois a gaze em contato com o sangue adquire coloração, freqüentemente deslizando para algum ponto recôndito, impossibilitando sua visualização. Alega, ainda, que a conduta da apelada no pós-operatório contribuiu muito para agravar sua situação, porquanto não retornou ao consultório médico, a fim de que pudesse diagnosticar o problema.

1. Erro médico: dano moral

Em 28-2-1991, o apelante realizou uma intervenção cirúrgica na apelada para desobstrução intestinal e retirada de cálculos na vesícula, conforme declarações de ambas as partes.

Ocorre que, após a realização da referida cirurgia, a apelada começou a sentir insuportáveis dores abdominais.

Em decorrência das fortes dores, no final do ano de 1996, a apelada fez um exame de tomografia computadorizada, a qual atestou, inicialmente, a existência de um tumor no fígado (fl. 25).

Por conseguinte, a apelada submeteu-se a outra cirurgia. Porém, restou constatado que não se tratava de um tumor no fígado, mas, sim, de vestígios deixados em seu organismo na intervenção cirúrgica realizada pelo apelante em 28-2-1991, conforme descrito no relatório do pós-operatório (fl. 28).

Impende salientar, nos casos de indenização por ato ilícito advindo de erro médico, que 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.

O erro médico pode ser definido como a ação ou omissão do médico que, no exercício profissional, causa dano à saúde do paciente.

Assim, a responsabilidade civil do médico resulta 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 de provar a imprudência, a negligência e a imperícia do profissional para ser plenamente ressarcida" (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial, 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 175).

Neste 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 caracterização do nexo causal entre a conduta do apelante e os danos sofridos pela apelada, posto que o material deixado no seu organismo acarretou fortes dores abdominais, levando a crer na existência de um tumor no fígado, com conseqüente intervenção cirúrgica.

Depreende-se do depoimento do médico Dr. Aluísio Stoll, profissional que realizou a última cirurgia:

"[...] foi procurado no hospital São José pela autora queixando-se de dor no abdômen e após verificar através de exame de tomografia computadorizada havia um relatório médico que realizara o exame informando que provavelmente havia próximo ao fígado da paciente algum corpo estranho. Foi então submetida a uma cirurgia feita pelo próprio depoente que constatou que próximo ao fígado o dito corpo estranho eram [*sic*] uma compressa deixada em cirurgia precedente em que a autora teria sido submetida. O material encontrado no abdômen da paciente não poderia ter sido deixado em seu corpo quando se submeteu à intervenção cirúrgica antecedente [...]" (fl. 116).

Com efeito, indiscutivelmente, o apelante incidiu em erro médico ao deixar a compressa cirúrgica no organismo da apelada, agindo com negligência, acarretando, desse modo, danos psicológicos e físicos à paciente.

Oportuno citar o ensinamento de Irany Novah Moraes: "Negligência é falta de diligência, implicando desleixo ou preguiça. Resulta de esquecimento ou de omissão. *Esquecimentos de gazes ou de compressas enquadram-se nesta falha"* (grifou-se) (Erro médico e justiça. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 553).

Em suma, o fato de o apelante ter agido com negligência durante a intervenção cirúrgica realizada na apelada ocasionou, além das dores físicas e dos sofrimentos psicológicos, uma situação de risco de vida ao ser submetida a nova operação.

Caracterizada a responsabilidade civil do apelante pela conduta ilícita, qual seja, o erro médico, surge, imediatamente, o dever de indenizar os danos causados à apelada.

1.2 Q*uantum* indenizatório

Requer o apelante a minoração da verba indenizatória fixada a título de indenização por danos morais no valor de R$ 13.600,00 (treze mil e seiscentos reais), acrescido de juros legais e correção monetária.

O arbitramento da verba indenizatória deve ser justo a ponto de alcançar seu caráter punitivo, correspondendo à satisfação do prejuízo moral sofrido pela vítima.

A este respeito, ensina o jurista Carlos Alberto Bittar:

"[...] a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser a quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante" (Reparação civil por danos morais. 3ª ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 233).

Em suma, a reparação dos danos morais objetiva proporcionar uma compensação econômica ao dano suportado pela vítima, para atenuar o sofrimento por ela experimentado, bem como satisfazer o ofendido, 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.

É cediço, não há critérios legais para a fixação do dano moral. Os parâmetros são fornecidos pela doutrina e jurisprudência. Com base neles e nas circunstâncias específicas de cada caso, o magistrado arbitra, com uma discricionariedade regrada, o valor da indenização, levando em conta a situação econômica da vítima, o comportamento e as posses do autor, a gravidade da situação vexatória e do constrangimento ocorrido, de modo a não representar um enriquecimento sem causa e, tampouco, a ficar aquém de um valor capaz de mitigar o sofrimento causado.

A propósito, Carlos Alberto Bittar acentua:

"Desse modo, parece-nos de bom alvitre analisar, primeiro, a) a re-

percussão na esfera do lesado, depois, b) o potencial econômico social do lesante e c) as circunstâncias do caso, para finalmente se definir o valor da indenização, alcançando-se, assim, os resultados próprios: compensação a um e sancionamento a outro" (Reparação civil por danos morais. 3ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 284).

Extrai-se do entendimento desta colenda Câmara:

"[...] 2. No tocante à fixação do *quantum* indenizatório, devem ser observados alguns critérios, como a intensidade do sofrimento do ofendido, do dolo ou grau da culpa do responsável, a situação econômica do ofendido, a fim de não ensejar um enriquecimento sem causa, e a situação econômica do ofensor, de forma a evitar a sua ruína" (Ap. Cív. n. 2002.027319-3, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato).

Ao arbitrar o *quantum* indenizatório, no caso em apreço, no valor de R$ 13.600,00 (treze mil e seiscentos reais), o Magistrado singular atendeu aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, revestindo-se plenamente do sentido compensatório, pedagógico e punitivo, inexistindo subsídios capazes de minorá-lo.

Por fim, impende esclarecer que a pretensão da apelada, apresentada nas contra-razões, objetivando a majoração da verba indenizatória para o valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), não merece sequer ser conhecida, em face da existência de recurso próprio para a sua análise.

Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume a sentença hostilizada.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Marcus Túlio Sartorato e Dionízio Jenczak.

Florianópolis, 1° de setembro de 2003.

Wilson Augusto do Nascimento
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.020164-0, DA CAPITAL

Relator: Des. José Volpato de Souza

Apelação cível — Ação de nulidade de cláusula contratual cumulada com renovatória de locação — Ação de despejo — Sentença que julgou conjuntamente as duas demandas — Cerceamento de defesa — Inocorrência — Nulidade da sentença por carência de fundamentação — Livre convencimento do juiz — Demanda desalijatória — Relação contratual que extrapola a avença ex locato *— Exegese do art. 85 do Código Civil de 1916 — Carência de ação — Falta de interesse processual — Extinção do feito sem julgamento do mérito — Análise do pleito de nulidade das cláusulas contratuais e renovação da locação — Impossibilidade — Alegação de adesividade do contrato — Acolhimento — Cláusula de renúncia expressa ao direito de retenção e indenização pelas benfeitorias — Ineficácia — Enriquecimento sem causa da distribuidora de combustíveis — Proteção ao hipossuficiente — Manutenção do equilíbrio contratual — Exercício do direito de reintegração do locatário ao imóvel — Insurgência recursal parcialmente provida.*

*"A necessidade da produção de outras provas, além das já existentes nos autos, se submete à prudente discrição do juiz, impondo-se o julgamento antecipado da lide quando as provas requeridas pelas partes forem absolutamente irrelevantes para o pronunciamento do juízo decisório, evitando-se, desta forma, a prática de atos inúteis ao processo, atendendo aos princípios da economia e celeridade processual" (*in *Ap. Cív. n. 1997.009254-7, da Capital, rel. Des. Eder Graf).*

Na análise incidental acerca do preenchimento das condições da ação de despejo, faz-se mister o exame da natureza do contrato entabulado entre as partes, mormente pelo fato de que a pretensão desalijatória só merece acolhimento quando cabal a avença locatícia.

Se as partes convencionam o estabelecimento de uma relação de caráter comercial que extrapola os limites de um simples

pacto locatício, assentando uma relação de natureza complexa, que envolve não somente a utilização do terreno para instalação do posto de combustíveis, mas também baliza o modo de venda e distribuição dos produtos da marca, além de estipular uma série de obrigações, carece de interesse processual aquele que formula pedido de despejo, devendo ser o feito extinto sem julgamento do mérito.

Nos contratos em que inexiste a etapa de discussão prévia acerca das cláusulas, revela-se factível o caráter de adesividade, que inevitavelmente vicia a declaração volitiva de uma das partes. E é com fulcro neste raciocínio que hoje a atuação do Poder Judiciário se inclina no sentido de proteção ao hipossuficiente, buscando garantir o equilíbrio entre as partes contratantes e proteger os direitos fundamentais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.020164-0, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é apelante Maria do Rocio Rodrigues Ruthes Pereira — FI, sendo apelada AM/PM Comestíveis Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, vencido o Exmo. Sr. Des. Wilson Augusto do Nascimento, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Maria do Rocio Rodrigues Ruthes Pereira — FI aforou ação ordinária de nulidade de cláusula contratual cumulada com renovatória de locação contra AM/PM Comestíveis Ltda., alegando, em síntese, que: em 15-4-87, celebrou, por intermédio de seus sócios, um compromisso de compra e venda de direitos relativos a um estabelecimento comercial; houve uma substituição dos contratos firmados com o passar dos anos, em razão das novas negociações acerca das condições de locação; o contrato que vige atualmente foi assinado pela empresa autora e pela demandada, em 25-10-96; em 2-3-99 a demandante foi notificada extrajudicialmente para desocupar o imóvel locado, com prazo de 30 (trinta) dias; o motivo para tal pedido é desconhecido, e traz grandes prejuízos aos locatários; o contrato em apreço é por prazo indeterminado, mas a cláusula contratual que permite a rescisão imotivada da locação é nula, conforme estabelece o art. 45 da Lei n. 8.245/91; o requisito faltante ao direito de renovação é apenas quanto ao fato de o contrato entabulado entre as partes não ser por prazo determinado; a cláusula contratual

que possibilita a rescisão imotivada do contrato é nula de pleno direito, já que afasta a incidência do direito à renovação; a empresa autora iniciou a locação em 23-12-87, totalizando mais de 11 anos, com a mesma atividade, em evidente contribuição à marca Ipiranga, com suas obrigações locatícias em dia; também padece de nulidade a cláusula do contrato que determina a renúncia do locatário ao direito de retenção e indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel; a demandante efetuou diversas reformas no posto, que reclamaram investimentos de grande monta, e que lhe devem ser ressarcidos; preenche ela todos os requisitos atinentes à renovação da locação. Requereu a procedência do feito, para declarar a nulidade das cláusulas contratuais referentes à rescisão e às benfeitorias, bem como renovar a locação pelo prazo de 5 (cinco) anos, além da condenação aos ônus da sucumbência (fls. 2 a 10).

Devidamente citada, a empresa requerida apresentou contestação, sustentando, preliminarmente, que: a requerente é carecedora de ação, tendo em vista que pretende a renovação do contrato de locação sem preencher os requisitos indispensáveis à propositura da ação renovatória, arrolados no art. 51 da Lei n. 8.245/91; as cláusulas contratuais são perfeitamente válidas, mormente pelo fato de que a autora não comprovou nenhum vício de vontade na celebração da avença locatícia por prazo indeterminado; o feito deve ser extinto, em razão da ausência de condições específicas de admissibilidade da ação renovatória. No mérito, aduziu, em síntese, que: a locatária afirma ter celebrado o contrato por prazo indeterminado sem nenhum vício de vontade, além de ter sido notificada para desocupar o imóvel, não o tendo feito até a presente data; a ação de despejo ajuizada pela demandada pretende a decretação da rescisão do contrato e a expedição de mandado de despejo; a renovatória foi ajuizada pela locatária após esta ter sido notificada para que desocupasse o imóvel; inexiste nulidade na cláusula que prevê a locação por prazo indeterminado; as benfeitorias foram todas efetuadas por vontade da locatária, não existindo nulidade da cláusula que dispõe acerca das benfeitorias; a própria lei de locações prevê a possibilidade de estipulação contratual em contrário à indenização e exercício de direito de retenção pelas benfeitorias; não houve descrição das benfeitorias realizadas, sendo que estas foram custeadas apenas em parte pela demandante. Pugnou pelo julgamento antecipado da lide, para extinguir o feito, ou, alternativamente, julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial, além da inversão dos ônus da sucumbência (fls. 59 a 68).

AM/PM Comestíveis Ltda., por sua vez, aforou ação de despejo contra Maria do Rocio Rodrigues Ruthes Pereira — FI, fundamentando seu pedido nas razões semelhantes àquelas expendidas na peça contestatória da ação de nulidade de cláusula

contratual cumulada com renovatória de locação (fls. 3 a 7).

Houve contestação (fls. 23 a 40).

Diante disso, promoveu o Togado de primeiro grau o julgamento das demandas relativas à renovação e ao despejo, no qual pronunciou-se pela improcedência dos pleitos formulados na ação de nulidade de cláusula contratual cumulada com renovatória de locação, e pela procedência dos pedidos articulados na ação de despejo, decretando a rescisão do contrato de locação entabulado entre as partes e expedindo ordem de desocupação do imóvel (fls. 98 a 103).

Inconformada com o *decisum* que julgou simultaneamente os processos, interpôs a locatária recurso de apelação, pugnando, preambularmente, pela concessão do duplo efeito ao recurso. Em suas razões, sustenta a apelante, preliminarmente, que: houve cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide, que ceifou o seu direito de produzir as provas acerca da nulidade das cláusulas contratuais; seria necessária a realização de perícia contábil e técnica para apuração do valor das benfeitorias realizadas, bem como dos prejuízos por ela suportados; a sentença deve ser declarada nula, em face da ocorrência do referido cerceamento; o decisório guerreado padece de nulidade por falta de fundamentação; o Magistrado sentenciante deixou de analisar a questão da adesividade do contrato e das cláusulas leoninas; o pedido de nulidade da cláusula referente à rescisão contratual arrimava-se no fato de que esta determinação colocava a insurgente em situação de desvantagem exagerada.

Relativamente às questões de mérito, asseverou a recorrente que: nunca teve oportunidade de discutir as cláusulas contratuais, o que a coloca numa posição de fragilidade; ao mesmo tempo que a lei permite a estipulação de contrato por prazo indeterminado, também fulmina de nulidade as cláusulas que visem a elidir o objetivo da lei, qual seja, afastar o direito à renovação; essa prática caracteriza abuso do poder econômico por parte da recorrida; preenchia todos os requisitos atinentes à propositura da ação renovatória, excetuando-se apenas a questão do prazo do contrato; em razão da adesividade do pacto, as cláusulas devem ser interpretadas em favor dela, recorrente; o pleito pelo exercício do direito de retenção das benfeitorias deve ser acolhido, já que estas restaram suficientemente comprovadas. Não obstante, argüiu ainda a insurgente ocorrência de fato novo, no tocante à nulidade da incorporação da Atlantic pela Ipiranga, em razão do direito de preferência que lhe assiste na aquisição do imóvel, objeto da ação de despejo.

Por fim, pugnou pelo provimento do recurso, para que sejam acolhidas as preliminares relativas à nulidade da sentença, em face do cerceamento de defesa e/ou falta de fundamentação, e, alternativamente, para

que seja declarada a nulidade das cláusulas contratuais e determinada a renovação do pacto locatício, julgando-se improcedente a demanda relativa ao despejo e invertendo-se os ônus da sucumbência (fls. 111 a 137).

A apelada, por sua vez, apresentou contra-razões, por meio das quais reafirmou os argumentos expendidos anteriormente, além de pugnar pelo desprovimento do recurso e conseqüente manutenção da decisão profligada (fls. 226 a 244).

II — Voto

Na decisão objeto do presente recurso, que julgou conjuntamente as ações de nulidade de cláusula contratual cumulada com renovatória de locação e despejo, pronunciou-se o Magistrado sentenciante pela improcedência do pedido no que se refere à nulidade de cláusula contratual bem como à renovação da locação, e pela procedência da ação de despejo, decretando a rescisão do contrato de locação entabulado entre as partes e expedindo ordem de desocupação do imóvel (fls. 98 a 103).

Inicialmente, analisando-se a preliminar de cerceamento de defesa aventada pela recorrente em razão do julgamento antecipado da lide, é certo que imerece prosperar, mormente pelo fato de que o pleito formulado na *actio* depende tão-somente da produção de prova documental, já carreada aos autos.

Nesse norte, não assiste razão à apelante quando afirma que o julgamento antecipado ceifou o seu direito de comprovar a nulidade das cláusulas contratuais. Nesse particular, a pretensão formulada cinge-se à análise da espécie de contrato firmado, à possibilidade de renovação da locação e à indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel, a qual se atrela tão-somente ao exame dos documentos acostados. *In casu*, revelam-se presentes todos os elementos aptos a formar o convencimento do juiz, motivo pelo qual se torna possível a entrega da prestação jurisdicional, prescindindo-se a dilação probatória.

Assim consoa a jurisprudência desta Corte de Justiça:

"Julgamento antecipado da lide — Cerceamento inexistente.

"A necessidade da produção de outras provas, além das já existentes nos autos, se submete à prudente discrição do juiz, impondo-se o julgamento antecipado da lide quando as provas requeridas pelas partes forem absolutamente *irrelevantes para o pronunciamento do juízo decisório*, evitando-se, desta forma, a prática de atos inúteis ao processo, atendendo aos princípios da economia e celeridade processual" (*in* Ap. Cív. n. 1997.009254-7, da Capital, rel. Des. Eder Graf)(sem grifo no original).

Também na seara das preliminares, invoca a recorrente a de nulidade da sentença por carência de fundamentação, sob o argumento de que o Magistrado monocrático deixou de apreciar a questão da adesividade do contrato e da ocorrência de cláusulas

leoninas. Nesse particular, a pretensão ora deduzida não está a merecer acolhimento, sobretudo porque é consabido que o juiz não tem o dever de rebater na sentença todas as alegações expendidas pelas partes, desde que indique as razões que formaram o seu convencimento.

A *quaestio* posta a julgamento compreende a análise da nulidade das cláusulas do contrato, relativamente à renovação da locação e da indenização pelas benfeitorias. Nesse sentido, resta claro que o Magistrado sentenciante, ao examinar a controvérsia e proclamar a incidência dos arts. 51 e 35 da Lei n. 8.245/91, acabou por rechaçar a hipótese de cláusula leonina e de adesividade do contrato.

A esse respeito, pronunciou-se a autoridade judiciária, *in verbis*:

"O ortodoxo *pacta sunt servanda* é coisa do passado e hoje já se convive tranqüilamente com o controle judicial de cláusulas contratuais, notadamente aquelas de feição abusiva. *A perspectiva de revisão não pode representar, contudo, uma insegurança para os negócios jurídicos lícitos*. Alguns colegas têm afirmado, inclusive, que pelo destino das coisas da justiça em breve não haverá contrato que produza efeito sem a assinatura de um juiz. O que é abusivo e leonino deve ser extirpado e corrigido pela revisão judicial, mas *o que não fere a direito algum, ao contrário, preserva sistemas e instituições, como é o caso da denúncia vazia nos contratos comerciais, não pode estar sujeito às turbulências permanentes da 'normatização' jurisdicional. No caso dos autos não há que se falar na nulidade da cláusula que prevê o prazo indeterminado da locação, porque está em consonância com a lei*. Desacolhida a pretensão de nulidade, resta prejudicada a deliberação sobre a renovação, porque esta só seria viável se o contrato passasse a ter prazo determinado" (fl. 101) (sem grifo no original).

Assim sendo, rebatidas as questões prefaciais, passa-se ao exame do mérito.

Inicialmente, impõe-se a análise incidental acerca do preenchimento das condições da ação nos pleitos formulados, especialmente aquele deduzido na ação de despejo. A esse respeito, faz-se mister o exame da natureza do contrato entabulado entre as partes, mormente pelo fato de que a pretensão desalijatória só merece acolhimento quando cabal a avença locatícia.

Na hipótese em apreço, as partes convencionaram o estabelecimento de uma relação de caráter comercial que, indubitavelmente, extrapola os limites de um simples pacto locatício.

Em verdade, o contrato em apreço assenta uma relação de natureza complexa, que envolve não somente a utilização do terreno para instalação do posto de combustíveis, mas também baliza o modo de venda e distribuição dos produtos da marca,

além de estipular uma série de obrigações que, durante a vigência do pacto, acabaram por colocar a recorrente em posição de desvantagem exagerada.

Sob esse aspecto, assiste razão à empresa apelante quando afirma em sua peça memorial que "Infere-se da redação do contrato acima mencionado que a *real intenção das partes não foi a simples cessão de uso e gozo de um bem imóvel, mediante remuneração, mas a distribuição, compra e revenda dos produtos da apelada, com proveito econômico para ambos os contratantes*. Com efeito, basta uma simples leitura da cláusula terceira do referido contrato, para se verificar que *o aluguel mensal é calculado sobre o valor da compra de combustíveis pelo apelante que, por sua vez, é tratado como revendedor de tais produtos*. [...] Observa-se, ainda, que o contrato em comento, além de determinar a compra exclusiva dos produtos da apelada, estabelece *regras sobre o modo de funcionamento do posto de serviço e abastecimento, para que o revendedor se enquadre aos padrões fixados pela distribuidora* [...]" (memorial juntado pela recorrente) (sem grifo no original).

Desse modo, resta evidente que a relação existente entre as partes contratantes exorbita, sobremaneira, a questão da locação, e deve ser interpretada no plano fático, conforme assevera o art. 85 do Código Civil de 1916:

"Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem".

Nesse norte, em que pese o fato de o contrato ser denominado de locação, a leitura das cláusulas nele contidas bem como as provas dos autos dão conta de que o vínculo estabelecido entre os contratantes mais se aproxima de uma espécie de permissão para revenda e distribuição dos produtos da marca.

Feitas essas considerações, impende o exame do binômio adequação-necessidade da *actio* de despejo, donde exsurge que, em razão de o contrato firmado não ser caracterizado como de locação, revela-se a apelada carente de ação por falta de interesse processual, na modalidade meio adequado.

No que pertine ao interesse processual, não se pode olvidar que se trata de inafastável condição da ação, podendo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição ser argüida a sua ausência, por força do disposto no § 3º do art. 267 do Código de Processo Civil.

Assim consoa a jurisprudência dos tribunais de nosso país:

"[...] em matéria de pressuposto processual e condição da ação, não há que se falar em preclusão, posto que ditas *questões são de ordem pública e não podem sofrer disponibilidade por simples conformação ou inércia da parte*. [...] Em qualquer época e instância será possível atinar com esse obstáculo à prestação jurisdicional, sendo forçado ao julgador o respectivo reconhecimento" (O Processo Civil à Luz da Jurisprudência, vol. XI, 1º

suplemento, n. 24.538, p. 202) (sem grifo no original).

"*Acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação, não há preclusão* para o juiz, a quem é lícito, *em qualquer tempo ou grau de jurisdição*, reexaminá-los, não estando exaurido o seu ofício na causa" (REsp n. 18.711/SP, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, *in* DJU de 30-8-1993, p. 17.296) (sem grifo no original).

Assim sendo, muito embora não tenha a recorrente aventado a referida preliminar de carência de ação em suas razões recursais, é certo que esta deve ser analisada *ex officio*, por se tratar de questão de ordem pública, e também por ensejar a extinção do feito sem julgamento do mérito.

A jurisprudência de outros tribunais do país tem examinado casos semelhantes à questão posta nestes autos, pronunciando decisões de caráter terminativo, como ocorreu no julgamento da Ap. Cív. n. 384.152-5, de Belo Horizonte, em 18-12-2002, do Tribunal de Alçada daquele Estado, donde colhem-se as bem-lançadas palavras do eminente relator Mauro Soares de Freitas:

"Embora tenha a apelada procurado mascarar os verdadeiros objetos do contrato assinado por ela e pela apelante, denominando-o simplesmente 'Contrato de Locação de Postos de Serviço e Abastecimentos de Veículos', da leitura dos instrumentos juntados às fls. 16 a 32 extrai-se, inquestionavelmente, que *a real intenção das partes não foi meramente a de estabelecer uma cessão de uso e gozo do posto de gasolina, mas precipuamente a de contratar a distribuição, compra e revenda de combustíveis da apelada e utilização e divulgação da marca*. [...] Há, portanto, no bojo do intitulado contrato de locação, *cláusulas que demonstram a pactuação de avenças totalmente estranhas à simples cessão de uso e gozo de um imóvel, pactuações estas que, à evidência, preponderam sobre a locação, que, como se salientou, não passou de um meio para que estas outras avenças fossem levadas a efeito*. Diante disso, indubitável que *a ação de despejo, prevista na Lei n. 8.245/91, não é a medida adequada* para a verdadeira pretensão da agravante, que é a desconstituição de todas as relações jurídicas existentes entre as partes. *Não tem a ação de despejo alcance desta envergadura, pois que serve apenas para pôr fim a uma locação e não a contrato de tal complexidade*" (sem grifo no original).

Conforme dessome-se do trecho acima encartado, a hipótese apreciada pela instância *ad quem* mineira encaixa-se perfeitamente ao embate que ora se examina, motivo pelo qual a extinção da demanda relativa ao despejo é medida que se impõe.

Dessa feita, cumpre registrar que a extinção da ação de despejo por falta de interesse processual traz aos contornos do conflito uma nova perspectiva de análise, por meio da qual deve ser rechaçada a pretensão relativa à nulidade das cláusulas contratuais bem como o pleito pela

renovação compulsória da avença. Uma vez descartada a incidência das regras referentes à locação de imóveis urbanos e aposta a real complexidade do vínculo contratual, tornam-se despiciendas quaisquer considerações a respeito do prazo de vigência do pacto como requisito para propositura da ação renovatória.

Ocorre, entretanto, que a determinação judicial referente ao mandado de despejo restou efetivamente cumprida, sobretudo porque a irresignação a ela interposta foi recebida somente no efeito devolutivo, conforme dispõe o art. 520 do Código de Processo Civil. É de se registrar ainda que as outras questões que acometem a presente contenda persistem como objeto de análise neste grau de jurisdição, já que figurantes de demanda processada pelo rito ordinário.

Conforme assentado anteriormente, o contrato entabulado entre as partes encerra uma relação obrigacional de natureza complexa, cujas disposições colocam a recorrente em posição de desvantagem exagerada.

Não bastasse a constituição da avença por prazo indeterminado, com vistas a encetar o permissivo da denúncia vazia, o referido pacto engendra ainda uma cláusula de renúncia expressa ao direito de retenção e indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel, o que, definitivamente, não pode ser aceito.

Com efeito, há que se atentar para a situação fática vivida pela empresa insurgente que, ao firmar o contrato, passou a se subordinar a uma série de imposições da distribuidora de combustíveis, tais como reformas no imóvel para adequação e preservação da imagem da companhia, dispensando investimentos de grande vulto, além de outras limitações escorchantes.

Vigente o contrato, a fornecedora de combustíveis resolve, imotivadamente, desconstituir a relação comercial, fazendo-o tão-somente por meio de notificação para desocupação do imóvel, sob o argumento de que tem direito, com fulcro no pacto firmado, de promover a rescisão da "locação". Não obstante, retira do "locatário" o direito à retenção e indenização por benfeitorias, invocando a renúncia expressa emitida na celebração da avença.

Acerca deste particular, é consabido que nesta espécie de contrato inexiste a etapa de discussão prévia acerca das cláusulas, donde revela-se factível o caráter de adesividade, que inevitavelmente vicia a declaração volitiva de uma das partes, *in casu*, a recorrente. E é com fulcro nesse raciocínio que hoje a atuação do Poder Judiciário se inclina no sentido de proteção ao hipossuficiente, buscando garantir o equilíbrio entre as partes contratantes e proteger os direitos fundamentais.

Nesse diapasão, é certo que merece ser gravada de ineficácia a cláusula referente à renúncia ao direito de retenção e indenização pelas benfeitorias. Muito embora se trate de um direito eminentemente patrimonial,

de cunho disponível, no caso em viso houve mácula na declaração da recorrente, na medida em que teve tolhida a autonomia da vontade, por força da imposição das normas que iriam reger a relação comercial.

O compulsar dos autos revela que a insurgente despendeu considerável volume de investimentos, tendentes à instalação e manutenção dos padrões fixados pela distribuidora/apelada, conforme infere-se dos documentos de fls. 63 a 69 da ação de despejo, o que não pode ser desprezado, sob pena de enriquecimento sem causa da apelada.

Sob este aspecto, não se pode olvidar que a atividade jurisdicional deve ser direcionada à satisfação dos interesses das partes, elegendo o melhor direito, qual seja, aquele hábil a materializar e garantir a proteção aos direitos fundamentais erigidos pela Constituição da República.

Desse modo, não se afigura justo admitir que o investidor deixe o imóvel sem nenhum ressarcimento, relativamente a todo o montante empregado na vigência do contrato, sob o argumento de que houve renúncia expressa ao direito de retenção e indenização pelas melhorias introduzidas ao bem. Reputar como eficaz uma cláusula contratual sabidamente abusiva e em razão dela admitir o enriquecimento sem causa de uma das partes é, no mínimo, vedar o exercício do direito à igualdade e ao equilíbrio contratual e, em última análise, atentar contra os desígnios de dignidade que subordinam a atuação do Poder Judiciário.

Por fim, colhe-se do ensinamento do maior expoente da teoria do garantismo jurídico, Luigi Ferrajoli:

"'É nesta sujeição do juiz à constituição, e portanto no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes sejam — e até porque o são — poderes assentes na maioria. Precisamente porque os direitos fundamentais em que se baseia a democracia substancial são garantidos incondicionalmente a todos e a cada um, mesmo contra a maioria, eles constituem o fundamento, bem mais do que o velho dogma juspositivista da sujeição à lei, da independência do Poder Judiciário, que para a sua garantia está especificamente vocacionado. Daí resulta que o fundamento da legitimação do Poder Judiciário e da sua independência mais não é do que o valor da igualdade, enquanto igualdade de direitos: visto que os direitos fundamentais são de cada um e de todos, a sua garantia exige um juiz terceiro independente, subtraído a qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes'" (*in* Atividade Jurisdicional sob o Enfoque Garantista, do magistrado catarinense Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, 2002, p. 130 e 131) (sem grifo no original).

Diante do exposto, não restam dúvidas de que deve ser extinta a ação

de despejo, em virtude da falta de interesse processual. Em razão disso, deve ser garantido à recorrente o direito à reintegração na posse do imóvel objeto do contrato celebrado entre as partes. Na impossibilidade de retorno ao imóvel, deve ser resolvida a obrigação em perdas e danos, invertidos os ônus da sucumbência.

Diante do exposto, é certo que o recurso merece ser conhecido e parcialmente provido.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por maioria de votos, vencido o Exmo. Sr. Des. Wilson Augusto do Nascimento, conheceram do recurso para dar-lhe parcial provimento.

Participou ainda do julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Marcus Túlio Sartorato.

Florianópolis, 8 de setembro de 2003.

Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente, com voto vencido;
José Volpato de Souza,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Wilson Augusto do Nascimento:

Ousei divergir da douta maioria pelos seguintes fundamentos:

Trata-se de apelação cível interposta contra a sentença prolatada na ação de nulidade de cláusula contratual com renovatória aforada por Maria do Rocio Rodrigues Ruthes Pereira — FI contra AM/PM Comestíveis Ltda; e, simultaneamente, na ação de despejo ajuizada por esta contra aquela.

Na sentença vergastada, o ilustre Magistrado julgou improcedente o pedido formulado na ação de nulidade de cláusula contratual c/c renovatória de locação, condenando a parte vencida (Maria do Rocio R.R. Pereira) nas despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 5.000,00, à luz do art. 20, § 4º, do CPC.

Simultaneamente, julgou procedente o pedido formulado por AM/PM Comestíveis na ação de despejo, decretando a rescisão do contrato firmado entre as partes, pondo fim à locação, *ex vi* do art. 57 da Lei n. 8.245/91. Fixou o prazo de 15 dias para desocupação. Condenou, ainda, a parte vencida (Maria do Rocio R.R. Pereira) nas despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 5.000,00, à luz do art. 20, § 4º, do CPC (fls. 98 a 103).

Inconformada, a parte vencida nas duas ações interpôs apelação cível, julgada em 8 de setembro do corrente pela 3ª Câmara de Direito Civil desta Corte de Justiça, a qual, por maioria de votos, deu parcial provimento ao apelo, extinguindo a ação de despejo sem análise do mérito, por carência de ação (certidão de fl. 280).

Votei por negar-se provimento ao apelo, com a manutenção, na ínte-

gra, da sentença obliterada, por entender ser ela correta e por ter decidido a lide da melhor forma.

Entendo deva ser mantida a sentença por seus próprios fundamentos, julgando improcedentes os pedidos formulados na anulatória e procedentes os formulados na ação de despejo.

O digno Togado julgou a lide antecipadamente, e fê-lo bem, por ser a questão de fato e de direito, sem haver necessidade de produção de outras provas além das existentes nos autos, a teor do art. 330, inciso I, do Códex Instrumental.

Nesse timbre: "O despejo fundado em denúncia vazia, dispensando instrução probatória, por isso mesmo admite o julgamento antecipado" (Ap. Cív. n. 33.011, de Chapecó, rel. Des. Xavier Vieira).

Ainda:

"Locação não-residencial — Denúncia vazia — Julgamento antecipado da lide — Cerceamento de defesa inocorrente — Indenização da locatária pela retomada indevida — Apelação conhecida e desprovida. Em se tratando de locação não-residencial, o regime, tanto na vigência da Lei n. 6.649/79, como na atual Lei n. 8.245/91, é o da automática extinção do vínculo quando o locador não mais queira manter o contrato locativo, uma vez findo o prazo ajustado ou feita a competente notificação, quando 'tal prazo não tiver sido convencionado' [...]" (Ap. Cív. n. 38.256, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello).

A questão cinge-se à discussão da relação locatícia, como bem ressaltou o Magistrado.

A locatária objetivou anular a cláusula contratual que previu prazo indeterminado para o contrato de locação. Não tem razão, entretanto, porque o art. 45 da Lei n. 8.245/91 não se aplica ao caso litigioso, como ressaltou o Julgador.

O que o art. 45 veda é a cláusula que proíbe a renovação nos contratos por prazo determinado, *verbis*:

"Art. 45. São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente Lei, notadamente as que proíbam a prorrogação prevista no artigo 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do artigo 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto".

"Art. 47. Quando ajustada verbalmente ou por escrito e com prazo inferior a trinta meses, findo o prazo estabelecido, a locação prorroga-se automaticamente, por prazo indeterminado, somente podendo ser retomado o imóvel:

"I — nos casos do artigo 9º;

"II — em decorrência de extinção do contrato de trabalho, se a ocupação do imóvel pelo locatário estiver relacionada com o seu emprego;

"III — se for pedido para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio;

"IV — se for pedido para demolição e edificação licenciada ou para a realização de obras aprovadas pelo Poder Público, que aumentem a área construída em, no mínimo, vinte por cento ou, se o imóvel for destinado a exploração de hotel ou pensão, em cinqüenta por cento;

"V — se a vigência ininterrupta da locação ultrapassar cinco anos.

"§ 1º. Na hipótese do inciso III, a necessidade deverá ser judicialmente demonstrada, se:

"a) o retomante, alegando necessidade de usar o imóvel, estiver ocupando, com a mesma finalidade, outro de sua propriedade situado na mesma localidade ou, residindo ou utilizando imóvel alheio, já tiver retomado o imóvel anteriormente;

"b) o ascendente ou descendente, beneficiário da retomada, residir em imóvel próprio.

"§ 2º. Nas hipóteses dos incisos III e IV, o retomante deverá comprovar ser proprietário, promissário comprador ou promissário cessionário, em caráter irrevogável, com imissão na posse do imóvel e título registrado junto à matrícula do mesmo".

No entanto, não é este o caso dos autos, pois trata-se, aqui, de contrato por prazo indeterminado, aplicando-se, assim, o art. 57 da Lei n. 8.245/91. Referido dispositivo prevê a possibilidade de se firmar contrato por prazo indeterminado, *verbis*: "O contrato de locação por prazo indeterminado pode ser denunciado por escrito, pelo locador, concedidos ao locatário trinta dias para a desocupação".

Indubitável a possibilidade de indeterminação do prazo locatício, como no caso dos autos, não havendo motivo para declarar-se nula cláusula que prevê a não-limitação de prazo, como no caso em tela.

Ademais disso, ressalta-se, o pedido de renovação está condicionado à existência de um contrato por prazo determinado, que não é o caso dos autos, como já mencionado. Assim, não se pode falar em renovação, pois trata-se, repita-se, de contrato por prazo indeterminado.

Em suma, não há falar em nulidade de cláusula, pois de acordo com a legislação vigente. O pedido de renovação restou prejudicado, por tratar-se de contrato por prazo indeterminado, o qual somente seria viável em hipóteses de contrato por prazo determinado, não sendo este o caso dos autos.

Quanto à procedência do pedido formulado nos autos da ação de despejo, este ponto da sentença também merece ser mantido. Como já disse o Togado, não há necessidade de maiores indagações para concluir que o caso em tela amolda-se perfeitamente ao disposto no art. 57 da Lei n. 8.245/91.

Desse modo, pode o locador denunciar o contrato para que, no prazo de 30 dias, o locatário desocupe o imóvel.

Anota-se:

"Tornando-se indeterminado o prazo, o locador a qualquer momento poderá denunciar (rescindir) o contrato, desde que o faça por escrito e conceda o prazo de 30 dias para desocupação" (Gilberto Caldas. Lei do Inquilinato Comentada: residencial e não residencial. 6ª edição. São Paulo: Ediprax Jurídica, 1997, p. 231).

Compulsando-se os autos, verifica-se ter havido a devida notificação por parte da locadora para que a locatária desocupasse o imóvel, no prazo acima referido. Findo o prazo, aforou a ação de despejo, ante a não-desocupação por parte da locatária.

Com relação ao pedido de indenização pelo fundo de comércio, referida proteção deveria ser invocada em sede de ação renovatória (art. 51 da Lei do Inquilinato), a qual, como já foi dito, não pode ser proposta, em se tratando de contrato por prazo indeterminado, repita-se.

Inviável, também, a indenização por benfeitorias. Primeiramente, porque o contrato obsta tal ressarcimento, e, em segundo lugar, a locatária não apontou quais seriam as benfeitorias a indenizar, não comprovando os gastos. Não basta alegar, deve-se provar.

A Lei do Inquilinato, em seu art. 35, é clara ao tratar das benfeitorias, e da necessidade de previsão contratual expressa para a supressão do pleito ressarcitório. *In verbis*:

"Art. 35. *Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário*, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção" (grifo nosso).

A cláusula contratual encontra-se, portanto, amparada pela Lei n. 8.245/91, inexistindo razão para a apelante pleitear a indenização pelas benfeitorias.

A propósito, ensina Sylvio Capanema de Souza:

"A nova redação do artigo 35, com a ressalva ali constante, deixa claro que poderão as partes ajustar, validamente, que as benfeitorias necessárias e úteis não serão indenizáveis, incorporando-se automaticamente ao imóvel, sem direito de retenção [...]" (Da Ação de Despejo, Rio de Janeiro, Forense, 3ª ed., p. 193).

Colaciona-se julgado desta Corte nesse sentido:

"Locação não residencial. Despejo. Denúncia vazia. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Indenização por benfeitorias. Renúncia ao direito no contrato. Indenização pelo fundo de comércio. Renovação da locação. Direitos inexistentes. Recurso desprovido. Em se tratando de retomada vazia, em locação não residencial, o julgamento antecipado da lide não configura cerceamento de defesa. *Renunciando expressamente à indenização por benfeitorias, não pode o locatário, na ação de despejo, invocar o direito de retenção para conservar a coisa,*

nem poderá pretender o seu ressarcimento. Para a renovação da locação não residencial é necessário que o contrato seja escrito e por tempo determinado, restando afastadas do pálio protetor as locações celebradas verbalmente ou por tempo indeterminado, por mais duradouras que sejam. Ademais, a renovação deve ser pleiteada em ação própria, porquanto a contestação da ação de despejo não é sucedâneo de ação renovatória" (Ap. Cív. n. 1998.004359-0, de São José, rel. Des. Pedro Manoel Abreu 21-10-99) (grifo nosso).

Em suma, votei por negar provimento ao apelo, mantendo-se incólume a sentença atacada, em sua totalidade.

Florianópolis, 16 de dezembro de 2003.

Wilson Augusto do Nascimento

MANDADO DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 2003.026812-0, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Marcus Túlio Sartorato

Mandado de segurança contra ato judicial – Execução de contrato de locação – Penhora e praceamento do imóvel residencial dos fiadores à luz do art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90 – Afronta aos princípios da isonomia, da proteção à moradia e da razoabilidade – Concessão da segurança.

Em atenção aos princípios constitucionais da isonomia, da proteção à moradia e da razoabilidade, é inaplicável o inc. VII do art. 3º da Lei n. 8.009/90, não se admitindo que o garante do contrato locatício fique em situação extremamente mais onerosa do que a do devedor principal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2003.026812-0, da comarca de São José (2ª Vara Cível), em que são impetrantes Gabriel Brasil e Dilma Cataeno Brasil, e impetrada a Excelentíssima Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de São José:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, conceder a segurança.

Sem custas.

I – Relatório

Gabriel Brasil e Dilma Cataeno Brasil impetraram mandado de segurança contra ato da MMa. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de São José.

Alegam que, na Ação de Execução n. 064.96.014147-2 que lhes move Jonei Francisco Sens fundada em contrato de locação em que figuram como fiadores, foi penhorado o único imóvel de sua propriedade e onde residem, sendo que foram designados pela autoridade impetrada os dias 13 e 27 de novembro para a realização, respectivamente, da primeira e segunda praça do referido apartamento.

Com o *mandamus*, pretendem o cancelamento da praça em razão de se tratar de bem de família. Fundamentam o pedido nos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana e na garantia constitucional da moradia como direito social, afirmando ser inaplicável o art. 82 da Lei n. 8.245/91, que incluiu o inciso VII no art. 3º da Lei n. 8.009/90, afastando a impenhorabilidade do bem residencial no caso de obrigação decorrente de fiança em contrato de locação.

Recebidos os autos para apreciação da liminar, que restou concedida (fls. 64 a 66), e prestadas as informações solicitadas (fls. 81 e 82), lavrou parecer a douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 85 a 88) opinando pela concessão da ordem.

II – Voto

1. Diversos julgados desta Corte consideram penhorável o único imóvel residencial do fiador, à vista do que dispõe o inciso VII do art. 3º da Lei n. 8.009/90 (*v.g.*, AI n. 2002.000006-0, Des. Nelson Schaefer Martins; AI n. 1998.015583-5, Des. Trindade dos Santos; Ap. Cív. n. 1998.005553-9, Des. Cesar Abreu).

Contudo, em recentes decisões, os membros desta Câmara têm-se manifestado no sentido da impenhorabilidade da residência do fiador à vista do princípio da isonomia, evitando que o garante do contrato locatício fique em situação extremamente mais onerosa do que a do devedor principal:

"Agravo de instrumento – Execução de título extrajudicial – Contrato de locação – Imóvel dos fiadores indicado à penhora – Indeferimento – Bem de família – Impenhorabilidade – Art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90 – Inaplicabilidade – Afronta aos princípios constitucionais – Recurso desprovido" (AI n. 2002.014112-2, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato).

"Comprovada a unicidade da propriedade do fiador como bem de família, inadmissível a penhora sobre referido bem, mormente quando observado o direito de propriedade e

atendida sua função social" (Ap. Cív. n. 2000.017564-1, Des. Wilson Augusto do Nascimento).

"'Imóvel residencial do fiador de contrato locatício – Impossibilidade decorrente da não-recepção do inciso VII do art. 3º da Lei n. 8.009/90 pela Emenda Constitucional n. 26 de 2000, instituidora do direito social da moradia – Agravo provido' (TJDF, AGI n. 20000020042560, 1ª T.Cív., rel. Des. João Mariosa, DJU 28-3-2001, p. 12)" (Ap. Cív. n. 1999.005423-3, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento).

"Invocação da lei do bem de família – Matéria de ordem pública – Proteção constitucional ao direito à moradia – Análise da exceção de pré-executividade – Bem de propriedade dos fiadores – Exegese do art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/90 – Exceção inacolhida – Decisão não impugnada – Embargos extintos com fulcro no artigo 267, inciso I, do CPC – Razões da apelação – Pleito pela rediscussão de questões relativas à nulidade da penhora – Impossibilidade – Matéria examinada na exceção – Insurgência recursal desprovida" (Ap. Cív. n. 2003.012233-8, Des. José Volpato de Souza).

De mais a mais, é inquestionável a proteção constitucional à luz do disposto no art. 6º da Carta Magna, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 26/2000, no sentido de que "são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, *a moradia*, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição" (promovi o destaque).

Por essas razões, considerando que o dispositivo legal que autoriza a penhora do imóvel residencial dos fiadores de contrato de locação não foi recepcionado pela Constituição Federal, voto pela concessão da segurança.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por maioria, concederam a segurança.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. José Volpato de Souza. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 12 de março de 2004.

Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente, com voto;
Marcus Túlio Sartorato,
Relator.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2003.017216-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Embargos infringentes. Processo de execução. Instrumento de confissão de dívida. Extinção do feito sem julgamento do mérito diante da ausência nos autos dos contratos renegociados. Hipótese de poder ser o processo baixado em diligência para a juntada dos documentos faltantes. Impossibilidade de ser efetuada tal providência após a oposição de embargos do devedor. Inaplicabilidade do artigo 616 do CPC. Recurso desprovido.

1 – Para o juiz sensível e moderno não há como não considerar a necessidade de reconhecer, sempre que possível, que o rigor da lei deve ser mitigado a fim de evitar que o rigorismo formal se sobreponha aos princípios da instrumentalidade, da economia e da celeridade processuais.

2 – Em tema de execução, todavia, desde que os embargos do devedor sejam interpostos a tempo e modo, inaceitável o entendimento segundo o qual se vislumbra possível a baixa do processo em diligência de modo a proporcionar a emenda da inicial da execucional, pois que, nessa hipótese, atentar-se-ia contra a estabilidade do processo e proporcionar-se-ia a subversão do princípio da isonomia, posto caracterizado tratamento benevolente para com o credor em detrimento do devedor. Dessarte, o direito subjetivo do exeqüente de emendar a petição inicial da execução, na forma como prevê o artigo 616 do CPC, cessa com a oposição dos embargos do devedor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2003.017216-5, da comarca da Capital, em que é embargante Banco Bradesco S.A. e embargados Modelar Modas e Confecções Ltda. e outro:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por maioria de votos, negar provimento aos embargos. Vencidos os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Sérgio Baasch Luz.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuida-se de embargos infringentes opostos pelo Banco Bradesco S.A. contra o aresto que, por maioria de votos, de ofício, extinguiu a ação de execução ajuizada contra Modelar Modas e Confecções Ltda. e Adroaldo Palma Silva (fls. 229 a 235 e 212 a 223).

Aduz, em síntese, o embargante, que a falta dos contratos originários da dívida não foi alegada pelos devedores e que lhe deve ser oportunizado emendar a inicial da ação de execução, nos moldes do artigo 616 do CPC.

Requer, ao final, o provimento dos embargos a fim de que prevaleça o voto minoritário.

Após ser protocolizada impugnação pelos embargados (fls. 240 e 241), vieram-me os autos conclusos para julgamento.

É o sucinto relatório.

II — Voto

Impende salientar que o aresto embargado, por unanimidade de votos, conheceu de questão relativa ao descumprimento do disposto no art. 614, I e II, do CPC. Por maioria, contudo, julgou extinta a execucional em vez de converter o julgamento em diligência para que fosse viabilizada a emenda da inicial, nos termos do voto divergente (fls. 212 a 218).

Ressalto, portanto, escapar ao âmbito deste recurso a circunstância de haver sido reconhecida pela Câmara, de ofício e por unanimidade, a iliquidez do título executivo diante da ausência nos autos dos contratos renegociados pelas partes.

Ora, não tendo sido objeto de divergência, esta matéria refoge aos limites deste recurso, que se refere, unicamente, pois, ao exame da possibilidade ou não de emenda da inicial, pelo exeqüente, mesmo após a oposição de embargos do devedor, nos termos do artigo 616 do CPC.

A meu ver, contudo, a insurgência não merece acolhida.

Entendo não ser viável a aplicação, à espécie, da regra insculpida no referido art. 616 do Código Processual Civil, a qual prevê a correção da falha da petição inicial, determinando-se, de conseguinte, a sua emenda.

Com efeito, não há deixar de considerar que, sempre que possível, o rigor da lei deve ser mitigado, a fim de se evitar que o formalismo se sobreponha aos princípios da instrumentalidade, da economia e da celeridade processuais, tão caros hodiernamente ao operador do direito sensível e moderno.

Esse moderno e sensível posicionamento jurisdicional só é possível, todavia, sempre que a finalidade seja a de dar prosseguimento à execucional com fundamento no valor nominal do título acrescido de juros e correção monetária, e não, como na hipótese, de se baixar o processo em diligência para que a instituição bancária proceda à emenda da inicial, ou seja, para que a ele sejam capeados os contratos renegociados pelos litigantes.

Ora, a abertura de prazo ao exeqüente, nos termos do art. 616 do Código de Processo Civil, para a juntada dos contratos renegociados e do demonstrativo atualizado da dívida, implicaria atentar-se contra a estabilidade do processo, e proporcionaria a subversão do princípio da isonomia, posto caracterizar-se, irrecusavelmente, tratamento benevolente para com o credor em detrimento do devedor, além do que atentaria contra a regra prevista no artigo 264 e parágrafo único do CPC.

Sobre o tema, anoto, por oportuno, o seguinte precedente:

"Execução – Emenda da inicial – Proibição após a oposição de embargos – Processo de execução suspenso não se praticam atos – Inteligência do art. 616 do CPC.

"O art. 616 do CPC permite que o juiz determine a emenda da inicial, sob pena de indeferimento. Feita a citação e opostos os embargos fica o processo de execução suspenso, não podendo mais o juiz determinar seja a inicial emendada, pois em processo suspenso não se praticam atos.

"Os embargos constituem ação autônoma que clamam por julgamento" (TACiv-SP — Agravo de Instrumento n. 615.046-1, rel. Juiz Carlos Roberto Gonçalves, j. 16-12-1994, RT 719/165).

Colho, ainda, da jurisprudência desta Corte, a propósito:

"Não seria possível a abertura de prazo ao exeqüente nos termos do art. 616 do estatuto processual para a juntada dos contratos originais pois que isto implicaria em alteração da causa de pedir, com desrespeito ao estatuído no art. 264, *caput*, do CPC" (Ap. Cív. n. 2001.023482-3, de Capivari de Baixo, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

E, finalmente:

"Não há ofensa ao art. 616 do CPC, pela não oportunização à parte exeqüente da trazida aos autos dos documentos faltantes, vez que, no entendimento do órgão fracionário, essa oportunização não mais é possível quando a parte executada já deduziu embargos ou exceção de pré-executividade, buscando a solução extintiva outorgada" (Embargos de Declaração na Apelação Cível n. 2000.024427-9, de Tubarão, rel. Des. Trindade dos Santos).

No caso presente, portanto, ausentes os contratos renegociados e estando incompleto o demonstrativo de débito colacionado — uma vez que não remonta a todo o período da rela-

ção contratual —, não se há precisar, com a necessária convicção e certeza, o verdadeiro *quantum debeatur*, de modo que concluo haver sido a nulidade da execução bem decidida pelo voto majoritário.

Isso posto, pelo meu voto, nego provimento aos embargos.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, o Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por maioria de votos, negou provimento aos embargos. Vencidos os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Sérgio Baasch Luz.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos, Nelson Schaefer Martins, Fernando Carioni, Ricardo Fontes, Tulio Pinheiro e Ronaldo Moritz Martins da Silva, e com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Baasch Luz.

Florianópolis, 10 de setembro de 2003.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente, com voto vencido;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu:

1. Ousei dissentir da douta maioria, por entender que, dentre as soluções possíveis, a conversão do julgamento em diligência, a fim de possibilitar a juntada dos contratos que originaram a dívida, era a mais judiciosa no caso vertente.

A exeqüibilidade do instrumento de confissão de dívida e contratos similares tem sido objeto de intensa controvérsia jurisprudencial. À medida em que se firmaram as novas tendências jurisprudenciais de aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, como é pacífico hoje nesta Corte, as instituições financeiras adaptaram-se para, seguindo a tradição capitalista, maximizar os lucros e diminuir os riscos.

Não gozando mais de exeqüibilidade os contratos de crédito rotativo (TJSC, Súmula 14), tornou-se prática corrente a renegociação das dívidas oriundas de conta corrente por meio de contratos de confissão de dívida, crédito fixo, e por vezes, até mesmo, cédulas de crédito, para atribuir liquidez, certeza e exigibilidade ao valor cobrado.

Apoiando-se na corrente jurisprudencial dominante, segundo a qual a confissão de dívida é título executivo (*v.g.* STJ, REsp ns. 301653/AL, e 399681/SC), os bancos visam com este tipo de contrato a obter uma dupla vantagem: conferir exeqüibilidade ao saldo negativo nas contas de crédito rotativo e, simultaneamente, tornar indiscutíveis os encargos cobrados nos contratos renegociados.

O cliente em dificuldades financeiras, por vezes geradas pela própria

cobrança de encargos abusivos, pode ser compelido a assinar uma renegociação de dívida. "O comum é que aceite o que lhe é apresentado, pois o seu âmbito de escolha é quase nenhum" (Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *In*: RT 811/117). E, então, se não for capaz de pagar a dívida repactuada, é prontamente executado, com base numa dívida proveniente de contrato de abertura de crédito rotativo, portanto ilíquida, e impossibilitado de discutir os encargos contratuais anteriormente cobrados, por mais extorsivos que sejam.

Essa circunstância refoge ao propósito do desenvolvimento de uma realidade econômica justa e afronta o princípio da proteção do consumidor. Acolhendo-se a tese da existência de novação nas renegociações de dívida, os pactos bancários deixariam de ser apenas de adesão para adentrarem em uma nova modalidade contratual, a da avença hermética, em que as cláusulas, além de não serem negociadas com os clientes, seriam impassíveis de revisão judicial.

A jurisprudência recente vem firmando diversos pronunciamentos sensíveis a essa realidade, ressaltando a diferença entre a novação e as renegociações de dívida, de forma a impedir que esta modalidade de contrato seja embaraço à fiscalização do cumprimento do Código de Defesa do Consumidor, sublinhe-se, norma de ordem pública, nos contratos bancários.

Em Santa Catarina, a jurisprudência da extinta Quarta Câmara Civil firmou-se no sentido da impossibilidade de se manejar o processo executivo com base nos contratos de confissão de dívida desacompanhados do contrato originário.

Nesse esteio averbou-se:

"Não há novação quando apenas se verifiquem acréscimos ou outras alterações secundárias na dívida. A mudança deve ocorrer no objeto principal da obrigação, em sua natureza e na causa jurídica" (TJSC, AI n. 2000.016395-3, de Taió, da relatoria do signatário, j. 9-11-2000).

"Não operada a novação, a obrigação originária é apenas confirmada pela que a segue (art. 1.000 do CC), cumprindo ao exeqüente a juntada dos documentos que representam a dívida renegociada para que se possa atestar a higidez do título executivo, sob pena de nulidade" (TJSC, Ap. Cív. n. 2000.019938-9, de Joaçaba, da relatoria do signatário, j. 22-8-2002).

"Contratos de abertura de crédito, destinados com exclusividade à cobertura de saldos devedores de outras operações bancárias, não implicam em novação. Nesse contexto, tais contratos revelam-se, isoladamente, inexigíveis, por faltar-lhes os requisitos da liquidez, certeza e exigibilidade" (TJSC, Ap. Cív. n. 2002.014052-5, de Itajaí, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 24-4-2003).

De fato, a incongruência entre a modalidade contratual em exame e o instituto da novação mostram-se

bastante claros quando se analisa a doutrina civil concernente à matéria.

No Código Civil de 1916, a definição das hipóteses de novação foi disposta no art. 999, sobre o qual observa Clovis Beviláqua:

"A novação pressupõe: 1º, o acordo das partes; 2º, uma obrigação válida anterior; 3º, ânimo de novar, expresso ou claramente deduzido dos termos da nova obrigação, porque, na falta desta intenção, subsistem as duas obrigações, vindo a segunda reforçar a primeira (art. 1.000); 4º, validade da segunda obrigação.

"Diz-se *objetiva*, quando se opera pela mudança do objeto da prestação (art. 999, n. I); e *subjetiva*, quando se opera pela mudança do credor ou do devedor (art. 999, ns. II e III)" (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958, vol. 4, p. 127).

Perfilha o mesmo entendimento a doutrina de Antunes Varela, segundo a qual a novação consiste na extinção da obrigação anterior por uma nova, a partir de variante nos sujeitos da obrigação ou na natureza do objeto do contrato.

Disserta o autor português:

"Essencial em qualquer dos casos, para haver novação, é que os interessados queiram realmente extinguir a obrigação primitiva por meio da contractação de uma nova obrigação. Se a idéia das partes é a de manter a obrigação, alterando apenas um ou algum dos seus elementos, não há novação (*Schuldersetzung* ou *Schuldumwandlung*, como mais explicitamente dizem os autores alemães), mas simples *modificação* ou alteração da obrigação (Abanderungsvertrag ou Inhaltsanderung)" (Das obrigações em geral. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, vol. 2, p. 231).

A redação original do art. 999 do Código Beviláqua, ressalta-se, foi mantida na íntegra no art. 360 do Código Civil promulgado em 2002.

Nos contratos de confissão de dívida não há modificação no objeto (de um lado o empréstimo em espécie e de outro a restituição do respectivo valor acrescida de juro) nem as partes obrigadas no pacto originário, limitando-se a avença a estabelecer modificações nos prazos e quantia a se pagar. Tem-se, pois, uma alteração na obrigação anteriormente firmada e não a sua novação.

Desse modo, o processo executivo deveria estar instruído com o contrato originário, porquanto as cláusulas nele contidas integram o contexto da lide, com relevância para a discussão acerca da liquidez, certeza e exigibilidade do crédito que se busca satisfazer. Por decorrência, consoante art. 618 do Código de Processo Civil, é inviável o prosseguimento da execução.

Tal regra decorre do rigor necessário ao processo de execução, haja vista que o "Estado intromete-se no patrimônio do devedor, independentemente de sua concordância; ou impõe-lhe meios coercitivos, de pressão psi-

cológica. Em suma, a execução é processo bastante rigoroso para quem nele figura como réu. Bem por isso, impõem-se ao processo executivo requisitos especiais" (Flávio Renato Correia de Almeida. Curso avançado de processo civil. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 2, p. 46).

Como enfatiza Araken de Assis, "toda execução terá por base título judicial ou extrajucial, cuja ausência gera nulidade (*nulla executio sine titulo*), a teor do artigo 618, I" (*Manual do processo de execução*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 97).

Noutro vértice, uma terceira corrente jurisprudencial, apesar de entender igualmente que o instrumento de confissão de dívida, nos empréstimos bancários, não goza de autonomia em relação ao pacto originário, admite o prosseguimento do feito, determinando, em qualquer etapa do processo, a juntada dos contratos originários, com apoio na regra do art. 616 do CPC.

Nesse sentido colhe-se decisão recente da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que firmou importante precedente:

"Processual civil. Condição da ação. Questão de ordem pública. Conhecimento *ex officio* pelo Tribunal. Contrato de confissão de dívida. Investigação da legitimidade de cláusulas anteriores. Seqüência contratual. Novação. Continuidade negocial. Súmulas 5 e 7/STJ. Execução. Demonstrativos de cálculo. Evolução da dívida não devidamente esclarecida. Juntada do contrato pretérito. Inépcia declarada em segundo grau. Extinção do processo. CPC, art. 616. Aplicação. Oportunização para adequada instrução.

"I – As questões de ordem pública referentes às condições da ação e pressupostos processuais da execução podem e devem ser conhecidas de ofício pelos tribunais de segundo grau (arts. 618 e incisos, 585, 586, c/c art. 267, IV a VI, todos do CPC).

"II – Possível a revisão das cláusulas de contrato celebrado antes da confissão de dívida, se há uma seqüência na relação negocial e a discussão não se refere, meramente, ao acordo sobre prazos maiores ou menores, descontos, carências, taxas compatíveis e legítimas, limitado ao campo da discricionariedade das partes, mas à verificação da própria legalidade do repactuado, tornando necessária a retroação da análise do acordado desde a origem, para que seja apreciada a legitimidade do procedimento bancário durante o tempo anterior em que por atos sucessivos foi constituída a dívida em execução" (REsp n. 471.501/SC, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 19-12-2002).

O precedente tem arrimo no entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "em obediência à regra do art. 616 do CPC, que contempla o princípio da instrumentalidade, sendo insuficiente ou inexistente o demonstrativo de dé-

bito, necessário à instrução da ação executiva (CPC, 614, II), deve-se oportunizar a emenda da inicial e não extinguir o feito de pronto" (REsp n. 435.441/SC, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 8-4-2003).

Todavia, na hipótese de a execução já ter sido embargada, com o respeito devido aos posicionamentos em contrário, não parece razoável admitir-se a aplicabilidade do art. 616 do Cânone Processual.

Esta Corte, em diversas oportunidades, pronunciou-se no sentido de que a interposição dos embargos do devedor encerra as possibilidades de emenda da inicial. A falta de título executivo posteriormente verificada acarreta a extinção do processo executivo, com fulcro no art. 618.

Colhem-se os julgados:

"Cumpre ao magistrado, ao receber a inicial de execução, a teor do artigo 616 do CPC, assinar prazo de dez dias, sob pena de seu indeferimento, para que o credor a implemente com documento exigido por lei. Mas se assim não procede o togado e o defeito for argüido através de embargos, a decisão há de ser proferida, desde que configurado o desatendimento da exigência legal, em proveito do argüente e não no do credor" (TJSC, Ap. Cív. n. 32.959, de Joinville, rel. Des. Napoleão Amarante, j. 3-5-1990).

"Se o exeqüente apresenta petição incompleta (e o demonstrativo a integra), cumpre ao juiz determinar a sua correção em dez dias a teor do disposto no art. 616 do estatuto processual. Todavia, se isto não foi determinado pelo juízo de primeiro grau, desde que a questão é argüida em embargos, não se torna mais possível ao credor emendar a inicial da execução" (TJSC, Ap. Cív. n. 1999.013095-9, de Seara, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 5-4-2001).

"O demonstrativo do débito atualizado, por se tratar de documento indispensável à propositura da execução (CPC, art. 614, II), deve possibilitar ao devedor conhecer a metodologia do cálculo, os índices utilizados, as capitalizações lançadas e o resultado final para, querendo, embargar. Apresentado demonstrativo insuficiente, que não explicite claramente a forma de ascensão da dívida, cumpre ao juiz, nos termos do art. 616 do Código de Processo Civil, conceder ao credor o prazo de 10 (dez) dias para suprir a omissão, sob pena de indeferimento da inicial.

"Todavia, se assim não procede o magistrado e o defeito constatado em fase posterior não possibilita o prosseguimento da execução pelo valor nominal do título, por discrepância quanto ao pagamento ou ao valor do crédito originário representado pelo contrato de abertura de crédito fixo e nota promissória, a solução que se alvitra é a extinção do processo, a teor do art. 618, I, do Estatuto Processual Civil" (TJSC, Ap. Cív. n. 1998.018079-1, de Criciúma, da relatoria do signatário, j. 29-3-2001).

"Inviável o deferimento de prazo para a realização de emenda à pe-

tição inicial da execução (art. 616 do Código de Processo Civil) após a oposição dos respectivos embargos" (TJSC, Ap. Cív. n. 2001.005784-0, de Curitibanos, rel. Des. Ricardo Fontes, j. 26-6-2003).

Na mesma senda, registra-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"Considerando o Tribunal de origem que o título não é líquido, certo e exigível, malgrado ter o exeqüente apresentado os documentos que considerou aptos, não tem cabimento a invocação do art. 616 do Código de Processo Civil" (REsp n. 160107/ES, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16-3-1999).

Os entendimentos conflitantes entre a aplicação do art. 616 ou do 618 do Cânone Processual ocorrem porque, de um lado, busca-se preservar a efetividade do processo e o aproveitamento dos atos processuais e, de outro, evitar o tumulto processual que ocorre com a emenda da petição inicial do processo executivo mesmo após o julgamento dos embargos do devedor.

Acentua-se que o Digesto Processual, ao estabelecer a regra do art. 616, não menciona a possibilidade de a petição inicial vir a ser emendada após a oposição dos embargos do devedor. Certamente não será o executado novamente citado do processo para pagar a dívida ou embargar. Ele será então intimado para manifestar-se sobre os novos elementos do título executivo juntados? Com que prazo? Se o embargante não apresentar nova defesa, será considerado revel, mesmo tendo oposto anteriormente embargos do devedor?

Outro problema surge na hipótese de execução não embargada. Terá o executado possibilidade de embargar a execução após a emenda? Para a discussão de toda a execução ou somente dos novos documentos juntados?

A ausência de dispositivo legal que resolva semelhantes problemas robustece o entendimento de que, no sistema processual em vigência, a aplicabilidade do art. 616 resume-se ao momento do recebimento da peça vestibular da execução.

Adverte-se, por derradeiro, que a interpretação segundo a qual o art. 616 do CPC é aplicável mesmo após a oposição dos embargos do devedor é assistemática por tornar completamente ociosa a redação do inciso I do art. 618. Se a qualquer tempo do processo a incerteza, inexigibilidade ou iliquidez do título, ensejasse a aplicação do art. 616, sob pena de indeferimento da inicial, não haveria hipótese de extinção do processo com fulcro no inciso I do art. 618.

Por outro lado, a decisão terminativa, nessa etapa, provocaria a extinção do processo, após anos de litígio, deixando intocada a lide. E à decisão terminativa da Corte muito provavelmente se seguiria a propositura de nova ação na Comarca de origem, desperdiçando-se tempo, custo e trabalho até aqui despendidos.

Dessa feita, tendo-se em mira preservar a efetividade do processo e o aproveitamento dos atos processuais, e considerando-se a controvérsia jurisprudencial a respeito da exeqüibilidade dos instrumentos de confissão de dívida, pronuncia-se pela conversão do recurso em diligência, possibilitando ao exeqüente juntar o(s) contrato(s) renegociado(s).

Ressalva-se que o prosseguimento da execução somente será possível se a dívida tiver origem em contrato representativo de dívida líquida, certa e exigível. Na hipótese de o *quantum debeatur* proceder de dívida ilíquida, como a originada pelos contratos de abertura de limite de crédito rotativo em conta corrente, também conhecidos por "cheque especial", é patente a nulidade do processo, como pronunciado pela Súmula 14 desta Corte.

A decisão ampara-se no Regimento Interno desta Corte, segundo o qual compete às Câmaras "converter o julgamento em diligência, para a realização de providências ou atos estritamente indispensáveis ao esclarecimento da verdade ou à complementação das formalidades processuais" (art. 31, IV).

Essa solução, como advertiu, ao lavrar voto vencido, o eminente Des. Gastaldi Buzzi, privilegia a "eficaz prestação jurisdicional, consistente na aplicação do princípio do *devido processual constitucional*, que está em reconhecer o dever do Estado, concorrendo com as partes, não só de garantir o acesso à jurisdição, mas, acima de tudo, de buscar solver as lides que lhe são submetidas, evitando dar decisões que resolvem unicamente o processo, sem dirimir a lide, envolvendo as partes em novas demandas, não cumprindo assim sua missão institucional e constitucional de pacificar conflitos" (Ap. Cív. n. 1999.017916-8, de Laguna, j. 10-4-2003).

Informados os autos com os contratos originários, possibilita-se a análise de toda a evolução do débito, conferindo-se liquidez, certeza e exigibilidade à dívida e permitindo-se o exame da legalidade de todos os encargos incidentes. Com isso evita-se que à extinção do processo siga-se a propositura de nova ação, na comarca de origem, versando sobre a mesma lide.

Essa solução melhor se harmoniza com o princípio da instrumentalidade das formas, por dar primazia ao resultado útil do processo.

Colhem-se precedentes da Segunda Câmara de Direito Comercial:

"Embargos à execução. Renegociação de dívida. Viabilidade da discussão de contratos originários. Conversão do julgamento em diligência.

"O sistema de proteção ao consumidor autoriza a revisão de contratos findos quando renegociações ou novações impedirem a verificação de abusos ou validarem prejuízos à parte hipossuficiente da relação contratual, cumprindo ao magistrado conduzir a instrução probatória, determi-

nando a juntada de documentos necessários à apuração dos fatos" (Ap. Cív. n. 2003.004112-5, de Trombudo Central, da relatoria do signatário, j. 30-4-2003).

"Embargos à execução – Confissão de dívida – Título executivo extrajudicial – Inocorrência de novação – Confirmação da obrigação primitiva – Contratos referentes à dívida confessada não juntados nos autos – Conversão do julgamento em diligência para que sejam acostados os contratos primitivos.

"Sendo renegociada dívida anterior, sem que ocorra novação, torna-se imprescindível venham aos autos os contratos que originaram o débito, pois, de outro modo, estar-se-ia impossibilitando o devedor de questionar a legalidade dos encargos previstos no contrato primitivo e que geraram o débito executado" (Ap. Cív. n. 2000.012602-0, de Cunha Porã, rel. Des. Sérgio Baasch Luz, j. 5-6-2003).

Adverte-se, entretanto, que o não atendimento dessa determinação por parte do exeqüente acarretará a extinção do feito, com fulcro no art. 618, I, do CPC. Utilizando-se da analogia à lei processual, em seus arts. 616 e 740, conferem-se dez dias para que o exeqüente cumpra com a juntada de todos os documentos que digam respeito à composição do débito executado bem como o demonstrativo atualizado do pacto originário à propositura da ação executiva, e, em seguida, seja intimado o executado para, em dez dias, manifestar-se sobre os documentos juntados.

Daí a razão da divergência, ora suscitada.

Florianópolis, 17 de outubro de 2003.

Pedro Manoel Abreu.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Sérgio Baasch Luz:

Dissenti da douta maioria pelos mesmos argumentos esposados na fundamentação do voto vencido proferido pelo eminente Des. Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 28 de novembro de 2003.

Sérgio Baasch Luz.

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2002.004699-0, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Fernando Carioni

Embargos infringentes – Embargos à execução – Demonstrativo de débito incompleto – Emenda à inicial – Artigo 616 do Código de Processo Civil – Impossibilidade após o oferecimento de embargos do devedor – Ofensa aos princípios do contraditório

e da ampla defesa, além do preceituado no artigo 264 do Código de Processo Civil – Título ilíquido – Nulidade da execução – Inteligência do artigo 618, inciso I, do Código de Buzaid – Falta de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo – Execução extinta, sem julgamento de mérito – Artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil – Embargos desprovidos.

Não é possível a emenda da inicial após o oferecimento dos embargos à execução, sob pena de infringência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como da norma insculpida no artigo 264 do Código de Processo Civil, que veda ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir após a citação do réu.

Cumpre ao credor instruir a ação executiva com o demonstrativo atualizado do débito (artigo 614, inciso II, do Código Processual Civil), a fim de comprovar a liquidez do título, sob pena de nulidade da execução, a teor do disposto no art. 618, inciso I, da Lei Adjetiva Civil.

A iliquidez do título gera a extinção da execução sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, por ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2002.004699-0, da comarca de Criciúma (3ª Vara), em que é embargante Banco do Brasil S.A., sendo embargados Icamel Indústria de Calçados Meleiro Ltda. e outros:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Banco do Brasil S.A. contra a decisão, acórdão de fls. 75 a 81, que, por maioria de votos, julgou, de ofício, extinto o processo, sem julgamento do mérito, pois o demonstrativo do débito apresentava-se incompleto.

Aduz o embargante que os demonstrativos da evolução do débito apresentados são claros e eficazes a embasar o processo de execução.

Porém, caso os julgadores entendessem que tais demonstrativos estavam incompletos, gerando a iliquidez do título executivo, não seria hipótese de declarar a nulidade da ação executiva, devendo ser aplicado, ao presente caso, o artigo 616 do Código de Processo Civil, abrindo, com isso, prazo ao exeqüente para emendar a inicial, nos termos do voto dissidente.

Pugna o recorrente pelo acolhimento dos embargos infringentes, a fim de que prevaleçam as razões do voto vencido, anulando-se o processo *ab initio* e determinado-se ao Magistrado que faculte ao exeqüente, no prazo de dez dias, a emenda da inicial para prosseguimento do feito.

Os embargos foram recebidos (fl. 113v.).

O embargado apresentou suas contra-razões às fls. 119 a 125.

II — Voto

O conteúdo do postulado comporta conhecimento, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

Cuida-se de embargos infringentes opostos contra decisão que, por maioria de votos, determinou a extinção da execução, ante a ausência de demonstrativo completo de débito.

Inicialmente, cabe ressaltar que, de acordo com o disposto no artigo 530 do CPC, os embargos infringentes são restritos à matéria objeto da divergência, devendo prevalecer o entendimento contido nesses limites objetivos.

Nesse sentido, Theotonio Negrão enfatiza que:

"A decisão de embargos infringentes será adstrita aos limites da divergência, podendo o recurso: a) ser acolhido totalmente, com a prevalência do voto que fora vencido no aresto embargado; b) ser acolhido parcialmente, caso em que o embargante receberá menos do que fora deferido no voto vencido; ou, c) ser rejeitado, caso em que prevalecerá às inteiras a solução adotada nos votos vencedores lançados no aresto embargado" (*in* Código de processo civil e legislação processual em vigor, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 568).

Por conseguinte, em que pese a existência de outros posicionamentos a respeito do tema em discussão, e tendo em vista que no âmbito dos embargos infringentes a decisão deve ater-se às razões explanadas nos votos vencido e vencedor, cumpre adotar o entendimento esclarecido pelo voto majoritário.

A decisão embargada manteve a sentença *a quo*, que extinguiu o processo de execução, por falta de memória discriminada do débito (artigo 618, inciso I, do CPC), sem facultar ao exeqüente a emenda da inicial (artigo 616 do CPC).

Dispõe o artigo 614, inciso II, do CPC que cumpre ao credor, ao requerer a execução, instruir a petição inicial *"com o demonstrativo do débito*

atualizado até a data da propositura da ação [...]".

A ação de execução foi intentada sem o demonstrativo completo e atualizado do débito (fl. 3 a 5 dos autos da execução), não tendo o ora embargante demonstrado como chegou ao valor final de R$ 102.195,02 (cento e dois mil, cento e noventa e cinco reais e dois centavos).

No demonstrativo do débito deve constar, além do *quantum debeatur*, a evolução mensal da dívida, a taxa de juros, o índice de correção monetária e os demais encargos aplicados pelo credor.

Prega o processualista Sérgio Bermudes:

"Não basta ao credor afirmar qual o crédito atualizado. Cumpre-lhe juntar à inicial uma memória de cálculo, explicitando a operação que o levou a alcançar o valor final, atualizado na forma da lei, da sentença, ou do negócio jurídico de que resulta" (A Reforma do Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, p. 133 e 134).

Acrescenta-se que a falta de discriminação do débito é reconhecida pelo embargante, tanto é que postula pela emenda da inicial, a fim de suprir referida omissão.

Preceitua o artigo 616 do CPC que "verificando o Juiz que a petição inicial está incompleta, ou não se acha acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, determinará que o credor a corrija, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de ser indeferida".

Ocorre que o momento para determinar que a parte emende a inicial é quando do recebimento da petição pelo magistrado.

No caso em exame, entretanto, já foram opostos embargos à execução, de maneira que não é mais possível tal benefício, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, além do preceituado no art. 264 do CPC, que dispõe:

"Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir [...]".

É deste Tribunal:

"Após a citação e interposição de embargos à execução não é mais possível a providência prevista no art. 616 do CPC. Até porque, ter-se-ia que oportunizar a interposição de novos embargos do devedor" (Ap. Cív. n. 2000.015578-0, rel. Des. Silveira Lenzi).

Theotonio Negrão traz à baila igual ensinamento:

"Após o oferecimento dos embargos à execução, não é mais possível a correção da inicial desta (RT 587/193)" (*in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 33ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, p. 700).

Não é possível, pois, a emenda da inicial no estágio em que o processo se encontra. Ademais, cumpre ao autor, ao requerer a execução, instruir a ação com o demonstrativo atualiza-

do do débito (artigo 614, II, do CPC), a fim de provar a liquidez do título, sob pena de nulidade da execução, nos termos do artigo 618, inciso I, do CPC.

A falta de liquidez do título gera a extinção da execução sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, inciso IV, do CPC, por ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

Ante o exposto, mantém-se o voto vencedor para decretar extinta a execução, com base no artigo 267, inciso IV, do CPC.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento aos embargos. Vencidos os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Sérgio Baasch Luz, que votaram no sentido de converter o julgamento em diligência.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Ricardo Fontes, Tulio Pinheiro, Trindade dos Santos, Eládio Torret Rocha, Nelson Schaefer Martins e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Baasch Luz.

Florianópolis, 10 de setembro de 2003.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente, com voto vencido;
Fernando Carioni,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo Sr. Des. Pedro Manoel Abreu:

1. Ousei dissentir dos votos da douta maioria, posicionando-me pela conversão do julgamento em diligência para a juntada dos contratos originários.

2. Pelo meu voto, converte-se o julgamento em diligência para a juntada dos contratos originários.

A exeqüibilidade do instrumento de confissão de dívida e contratos similares tem sido objeto de intensa controvérsia jurisprudencial. À medida em que se firmaram as novas tendências jurisprudenciais de aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, como é pacífico hoje nesta Corte, as instituições financeiras se adaptaram para, seguindo a tradição capitalista, maximizar os lucros e diminuir os riscos.

Não gozando mais de exeqüibilidade os contratos de crédito rotativo (TJSC, Súmula 14), tornou-se prática corrente a renegociação das dívidas oriundas de conta corrente por meio de contratos de confissão de dívida, crédito fixo, e por vezes, até mesmo, cédulas de crédito, para atribuir liquidez, certeza e exigibilidade ao valor cobrado.

Apoiando-se na corrente jurisprudencial dominante, segundo a qual a confissão de dívida é título executivo (*v.g.* STJ, REsp n. 301653/AL, REsp n. 399681/SC), os bancos visam com este tipo de contrato a obter uma dupla vantagem: conferir exeqüi-

bilidade ao saldo negativo nas contas de crédito rotativo, e, simultaneamente, tornar indiscutíveis os encargos cobrados nos contratos renegociados.

O cliente em dificuldades financeiras, por vezes geradas pela própria cobrança de encargos abusivos, pode ser compelido a assinar uma renegociação de dívida. "O comum é que aceite o que lhe é apresentado, pois o seu âmbito de escolha é quase nenhum" (Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *In*: RT 811/117). E então, se não for capaz de pagar a dívida repactuada, é prontamente executado, com base numa dívida proveniente de contrato de abertura de crédito rotativo, portanto ilíquida, e impossibilitado de discutir os encargos contratuais anteriormente cobrados, por mais extorsivos que sejam.

Essa circunstância refoge ao propósito do desenvolvimento de uma realidade econômica justa e afronta o princípio da proteção do consumidor. Acolhendo-se a tese da existência de novação nas renegociações de dívida, os pactos bancários deixariam de ser apenas de adesão para adentrarem em uma nova modalidade contratual, a da avença hermética, em que as cláusulas, além de não serem negociadas com os clientes, seriam impassíveis de revisão judicial.

A jurisprudência recente vem firmando diversos pronunciamentos sensíveis a essa realidade, ressaltando a diferença entre a novação e as renegociações de dívida, de forma a impedir que esta modalidade de contrato seja embaraço à fiscalização do cumprimento do Código de Defesa do Consumidor, sublinhe-se, norma de ordem pública, nos contratos bancários.

Em Santa Catarina, a jurisprudência da extinta Quarta Câmara Civil firmou-se no sentido da impossibilidade de se manejar o processo executivo com base nos contratos de confissão de dívida desacompanhados do contrato originário.

Nesse esteio averbou-se:

"Não há novação quando apenas se verifiquem acréscimos ou outras alterações secundárias na dívida. A mudança deve ocorrer no objeto principal da obrigação, em sua natureza e na causa jurídica" (TJSC, AI n. 2000.016395-3, de Taió, da relatoria do signatário, j. 9-11-2000).

"Não operada a novação, a obrigação originária é apenas confirmada pela que a segue (art. 1.000 do CC), cumprindo ao exeqüente a juntada dos documentos que representam a dívida renegociada para que se possa atestar a higidez do título executivo, sob pena de nulidade" (TJSC, Ap. Cív. n. 2000.019938-9, de Joaçaba, da relatoria do signatário, j. 22-8-2002).

"Contratos de abertura de crédito, destinados com exclusividade à cobertura de saldos devedores de outras operações bancárias, não implicam em novação. Nesse contexto, tais contratos revelam-se, isoladamente, inexigíveis, por faltar-lhes os requisitos da liquidez, certeza e exigibilidade"

(TJSC, Ap. Cív. n. 2002.014052-5, de Itajaí, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 24-4-2003).

De fato, a incongruência entre a modalidade contratual em exame e o instituto da novação mostra-se bastante clara quando se analisa a doutrina civil concernente à matéria.

No Código Civil de 1916, a definição das hipóteses de novação foi disposta no art. 999, sobre o qual observa Clovis Beviláqua:

"A novação pressupõe: 1º, o acordo das partes; 2º, uma obrigação válida anterior; 3º, ânimo de novar, expresso ou claramente deduzido dos termos da nova obrigação, porque, na falta desta intenção, subsistem as duas obrigações, vindo a segunda reforçar a primeira (art. 1.000); 4º, validade da segunda obrigação.

"Diz-se *objetiva*, quando se opera pela mudança do objeto da prestação (art. 999, nº I); e *subjetiva*, quando se opera pela mudança do credor ou do devedor (art. 999, ns. II e III)" (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958, vol. 4, p. 127).

Perfilha o mesmo entendimento a doutrina de Antunes Varela, segundo a qual a novação consiste na extinção da obrigação anterior por uma nova, a partir de variante nos sujeitos da obrigação ou na natureza do objeto do contrato.

Disserta o autor português:

"Essencial em qualquer dos casos, para haver novação, é que os interessados queiram realmente extinguir a obrigação primitiva por meio da contractação de uma nova obrigação. Se a idéia das partes é a de manter a obrigação, alterando apenas um ou algum dos seus elementos, não há novação (*Schuldersetzung* ou *Schuldumwandlung*, como mais explicitamente dizem os autores alemães), mas simples *modificação* ou alteração da obrigação (*Abanderungsvertrag* ou *Inhaltsanderung*)" (*Das obrigações em geral.* 7ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, vol. 2, p. 231).

A redação original do art. 999 do Código Beviláqua, ressalta-se, foi mantida na íntegra no art. 360 do Código Civil promulgado em 2002.

Nos contratos de confissão de dívida não há modificação no objeto (de um lado o empréstimo em espécie e de outro a restituição do respectivo valor acrescida de juro) nem as partes obrigadas no pacto originário, limitando-se a avença a estabelecer modificações nos prazos e quantia a se pagar. Tem-se, pois, uma alteração na obrigação anteriormente firmada e não a sua novação.

Desse modo, o processo executivo deveria estar instruído com o contrato originário, porquanto as cláusulas nele contidas integram o contexto da lide, com relevância para a discussão acerca da liquidez, certeza e exigibilidade do crédito que se busca satisfazer. Por decorrência, consoante o art. 618 do Código de Processo Civil, é inviável o prosseguimento da execução.

Tal regra decorre do rigor necessário ao processo de execução, haja vista que o "Estado intromete-se no patrimônio do devedor, independentemente de sua concordância; ou impõe-lhe meios coercitivos, de pressão psicológica. Em suma, a execução é processo bastante rigoroso para quem nele figura como réu. Bem por isso, impõem-se ao processo executivo requisitos especiais" (Flávio Renato Correia de Almeida. Curso avançado de processo civil. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 2, p. 46).

Como enfatiza Araken de Assis, "toda execução terá por base título judicial ou extrajucial, cuja ausência gera nulidade (*nulla executio sine titulo*), a teor do artigo 618, I" (Manual do processo de execução. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 97).

Noutro vértice, uma terceira corrente jurisprudencial, apesar de entender igualmente que o instrumento de confissão de dívida, nos empréstimos bancários, não goza de autonomia em relação ao pacto originário, admite o prosseguimento do feito, determinada, em qualquer etapa do processo, a juntada dos contratos originários, com apoio na regra do art. 616 do CPC.

Nesse sentido, colhe-se decisão recente da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que firmou importante precedente:

"Processual civil. Condição da ação. Questão de ordem pública. Conhecimento *ex officio* pelo Tribunal. Contrato de confissão de dívida. Investigação da legitimidade de cláusulas anteriores. Seqüência contratual. Novação. Continuidade negocial. Súmulas 5 e 7/STJ. Execução. Demonstrativos de cálculo. Evolução da dívida não devidamente esclarecida. Juntada do contrato pretérito. Inépcia declarada em segundo grau. Extinção do processo. CPC, art. 616. Aplicação. Oportunização para adequada instrução.

"I – As questões de ordem pública referentes às condições da ação e pressupostos processuais da execução podem e devem ser conhecidas de ofício pelos tribunais de segundo grau (arts. 618 e incisos, 585, 586, c/c art. 267, IV a VI, todos do CPC).

"II – Possível a revisão das cláusulas de contrato celebrado antes da confissão de dívida, se há uma seqüência na relação negocial e a discussão não se refere, meramente, ao acordo sobre prazos maiores ou menores, descontos, carências, taxas compatíveis e legítimas, limitado ao campo da discricionariedade das partes, mas à verificação da própria legalidade do repactuado, tornando necessária a retroação da análise do acordado desde a origem, para que seja apreciada a legitimidade do procedimento bancário durante o tempo anterior em que por atos sucessivos foi constituída a dívida em execução" (REsp n. 471.501/SC, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 19-12-2002).

O precedente tem arrimo no entendimento esposado pelo Superior

Tribunal de Justiça, segundo o qual "em obediência à regra do art. 616 do CPC que contempla o princípio da instrumentalidade, sendo insuficiente ou inexistente o demonstrativo de débito, necessário à instrução da ação executiva (CPC, 614, II), deve-se oportunizar a emenda da inicial e não extinguir o feito de pronto" (REsp n. 435.441/SC, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 8-4-2003).

Todavia, na hipótese de a execução já ter sido embargada, com o respeito devido aos posicionamentos em contrário, não parece razoável admitir-se a aplicabilidade do art. 616 do Cânone Processual.

Esta Corte, em diversas oportunidades, pronunciou-se no sentido de que a interposição dos embargos do devedor encerra as possibilidades de emenda da inicial. A falta de título executivo posteriormente verificada acarreta a extinção do processo executivo, com fulcro no art. 618.

Colhem-se os julgados:

"Cumpre ao magistrado, ao receber a inicial de execução, a teor do artigo 616 do CPC, assinar prazo de dez dias, sob pena de seu indeferimento, para que o credor a implemente com documento exigido por lei. Mas se assim não procede o togado e o defeito for argüido através de embargos, a decisão há de ser proferida, desde que configurado o desatendimento da exigência legal, em proveito do argüente e não no do credor" (TJSC, Ap. Cív. n. 32.959, de Joinville, rel. Des. Napoleão Amarante, j. 3-5-1990).

"Se o exeqüente apresenta petição incompleta (e o demonstrativo a integra), cumpre ao juiz determinar a sua correção em dez dias a teor do disposto no art. 616 do estatuto processual. Todavia, se isto não foi determinado pelo juízo de primeiro grau, desde que a questão é argüida em embargos, não se torna mais possível ao credor emendar a inicial da execução" (TJSC, Ap. Cív. n. 1999.013095-9, de Seara, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 5-4-2001).

"O demonstrativo do débito atualizado, por se tratar de documento indispensável à propositura da execução (CPC, art. 614, II), deve possibilitar ao devedor conhecer a metodologia do cálculo, os índices utilizados, as capitalizações lançadas e o resultado final para, querendo, embargar. Apresentado demonstrativo insuficiente, que não explicite claramente a forma de ascensão da dívida, cumpre ao juiz, nos termos do art. 616 do Código de Processo Civil, conceder ao credor o prazo de 10 (dez) dias para suprir a omissão, sob pena de indeferimento da inicial.

"Todavia, se assim não procede o magistrado e o defeito constatado em fase posterior não possibilita o prosseguimento da execução pelo valor nominal do título, por discrepância quanto ao pagamento ou ao valor do crédito originário representado pelo contrato de abertura de crédito fixo e nota promissória, a solução que se alvitra é a extinção do processo, a teor do art. 618, I, do Estatuto Processual Civil" (TJSC, Ap. Cív. n. 1998.018079-

1, de Criciúma, da relatoria do signatário, j. 29-3-2001).

"Inviável o deferimento de prazo para a realização de emenda à petição inicial da execução (art. 616 do Código de Processo Civil) após a oposição dos respectivos embargos" (TJSC, Ap. Cív. n. 2001.005784-0, de Curitibanos, rel. Des. Ricardo Fontes, j. 26-6-2003).

Na mesma senda, registra-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"Considerando o Tribunal de origem que o título não é líquido, certo e exigível, malgrado ter o exeqüente apresentado os documentos que considerou aptos, não tem cabimento a invocação do art. 616 do Código de Processo Civil" (REsp n. 160107/ES, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16-3-1999).

Os entendimentos conflitantes, entre a aplicação do art. 616 ou do 618 do Cânone Processual, ocorrem porque, de um lado, busca-se preservar a efetividade do processo e o aproveitamento dos atos processuais e, de outro, evitar o tumulto processual que ocorre com a emenda da petição inicial do processo executivo mesmo após o julgamento dos embargos do devedor.

Acentua-se que o Digesto Processual, ao estabelecer a regra do art. 616, não menciona a possibilidade de a petição inicial vir a ser emendada após a oposição dos embargos do devedor. Certamente não será o executado novamente citado no processo para pagar a dívida ou embargar. Ele será então intimado para manifestar-se sobre os novos elementos do título executivo juntados? Com que prazo? Se o embargante não apresentar nova defesa, será considerado revel, mesmo tendo oposto anteriormente embargos do devedor?

Outro problema surge na hipótese de execução não embargada. Terá o executado possibilidade de embargar a execução após a emenda? Para a discussão de toda a execução ou somente dos novos documentos juntados?

A ausência de dispositivo legal que resolva semelhantes problemas robustece o entendimento de que, no sistema processual em vigência, a aplicabilidade do art. 616 resume-se ao momento do recebimento da peça vestibular da execução.

Advirta-se, por derradeiro, que a interpretação segundo a qual o art. 616 do CPC é aplicável mesmo após a oposição dos embargos do devedor é assistemática, por tornar completamente ociosa a redação do inciso I do art. 618. Se a qualquer tempo do processo, a incerteza, inexigibilidade ou iliquidez do título ensejasse a aplicação do art. 616, sob pena de indeferimento da inicial, não haveria hipótese de extinção do processo com fulcro no inciso I do art. 618.

Por outro lado, a decisão terminativa, nesta etapa, provocaria a extinção do processo, após anos de litígio, deixando intocada a lide. E à decisão terminativa da Corte, muito

provavelmente se seguiria à propositura de nova ação na comarca de origem, desperdiçando-se tempo, custo e trabalho até aqui despendidos.

Dessa feita, tendo-se em mira a efetividade do processo e o aproveitamento dos atos processuais, e considerando-se a controvérsia jurisprudencial a respeito da exeqüibilidade dos instrumentos de confissão de dívida, meu voto é pela conversão do recurso em diligência, possibilitando ao exeqüente juntar o(s) contrato(s) renegociado(s).

A decisão ampara-se no Regimento Interno desta Corte, segundo o qual compete às Câmaras "converter o julgamento em diligência, para a realização de providências ou atos estritamente indispensáveis ao esclarecimento da verdade ou à complementação das formalidades processuais" (art. 31, IV).

Essa solução, como advertiu, ao lavrar voto vencido, o eminente Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, privilegia a "eficaz prestação jurisdicional, consistente na aplicação do princípio do devido processual constitucional, que está em reconhecer o dever do Estado, concorrendo com as partes, não só de garantir o acesso à jurisdição, mas, acima de tudo, de buscar solver as lides que lhe são submetidas, evitando dar decisões que resolvem unicamente o processo, sem dirimir a lide, envolvendo as partes em novas demandas, não cumprindo assim sua missão institucional e constitucional de pacificar conflitos" (Ap. Cív. n. 1999.017916-8, de Laguna, j. 10-4-2003).

Informados os autos com os contratos originários, possibilita-se a análise de toda a evolução do débito, conferindo-se liquidez, certeza e exigibilidade à dívida e permitindo-se o exame da legalidade de todos os encargos incidentes. Com isso evita-se que à extinção do processo siga-se a propositura de nova ação, na comarca de origem, versando sobre a mesma lide.

Essa solução melhor se harmoniza com o princípio da instrumentalidade das formas, por dar primazia ao resultado útil do processo.

Colhem-se precedentes da Câmara:

"Embargos à execução. Renegociação de dívida. Viabilidade da discussão de contratos originários. Conversão do julgamento em diligência.

"O sistema de proteção ao consumidor autoriza a revisão de contratos findos quando renegociações ou novações impedirem a verificação de abusos ou validarem prejuízos à parte hipossuficiente da relação contratual, cumprindo ao magistrado conduzir a instrução probatória, determinando a juntada de documentos necessários à apuração dos fatos" (Ap. Cív. n. 2003.004112-5, de Trombudo Central, da relatoria do signatário, j. 30-4-2003).

"Embargos à execução – Confissão de dívida – Título executivo extrajudicial – Inocorrência de

novação – Confirmação da obrigação primitiva – Contratos referentes à dívida confessada não juntados nos autos – Conversão do julgamento em diligência para que sejam acostados os contratos primitivos.

"Sendo renegociada dívida anterior, sem que ocorra novação, torna-se imprescindível venham aos autos os contratos que originaram o débito, pois, de outro modo, estar-se-ia impossibilitando o devedor de questionar a legalidade dos encargos previstos no contrato primitivo e que geraram o débito executado" (Ap. Cív. n. 2000.012602-0, de Cunha Porã, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 5-6-2003).

3. Dessarte, pelo meu voto, converte-se o julgamento em diligência para a juntada dos contratos originários.

Florianópolis, 10 de setembro de 2003.

Pedro Manoel Abreu

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Sérgio Baasch Luz:

Dissenti da douta maioria pelos mesmos argumentos esposados na fundamentação do voto vencido proferido pelo eminente Des. Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 17 de outubro de 2003.

Sérgio Baasch Luz.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.005958-0, DE IBIRAMA

Relator: Des. Ricardo Fontes

Apelação cível – Embargos à ação monitória – Cheques – Inexistência de prescrição do prazo para a propositura da ação de enriquecimento ilícito – Art. 61 da Lei n. 7.357/85 – Desnecessidade de declinação da causa debendi *– Correção monetária e juros moratórios – Princípio da congruência – Possibilidade de instru-*

ção do feito com títulos sem a assinatura do sacador ante a ausência de impugnação de seu conteúdo e os demais elementos probatórios – Litigância de má-fé não caracterizada – Improcedência do requerimento de elevação da verba honorária se formulado em contra-razões da apelação – Recurso parcialmente provido.

Dispensável a revelação da causa debendi *em ação monitória fundada em cheque prescrito, quando intentada precedentemente ao término do prazo previsto no art. 61 da Lei n. 7.357, de 2-9-85.*

"A atualização monetária de cheque, mesmo quando afetada a sua força executiva, flui a contar da data da emissão, independentemente da data de sua apresentação ao sacado. Enquanto isso, os juros moratórios, computados à taxa legal de 6% ao ano, fluem a contar da data da citação inicial do emitente" (Ap. Cív. n. 2002.017175-7, de Palmitos, rel. Des. Trindade dos Santos, DJ de 21-5-03).

Em respeito ao princípio da congruência, porém, segundo o qual o Magistrado deve julgar de acordo com o que foi pedido pelo titular do interesse, no caso sub judice *a correção monetária deverá recair a contar das datas fixadas nas cártulas em questão através da prática do título pós-datado (ou pré-datado).*

Sem embargo de não servirem à execução, os cheques sem a aposição da assinatura do sacador podem, em tese, embasar o procedimento dito injuntivo, desde que seu conteúdo não seja impugnado de maneira coerente pelo demandado e dos demais elementos probatórios possa o Juiz convencer-se acerca da plausibilidade da existência do crédito neles representados.

A restrição da utilização da ação monitória aos casos em que os documentos estão assinados pelo devedor não traduz o real alcance do mencionado instituto.

A interposição de recurso previsto na ordem legal processual, desacompanhada de elemento subjetivo (dolo) a configurar qualquer das hipóteses previstas nos incisos I a VII do art. 17 do CPC, elide a litigância de má-fé.

Inviável a majoração dos honorários de advogado se requerida nas contra-razões da apelação, e não em recurso próprio.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.005958-0, da comarca de Ibirama (1ª Vara), em que é apelante Armin Bayer, sendo apelada Lubrilages Comércio de Lubrificantes Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso, a fim de fixar a data da citação como o termo *a quo* para o cálculo dos juros moratórios.

Custas de lei.

I — Relatório

Na comarca de Ibirama, perante o Juízo da 1ª Vara, Lubrilages Comércio de Lubrificantes Ltda. ajuizou a presente demanda monitória contra Armin Bayer, objetivando perceber a quantia atualizada de R$ 3.059,30 (três mil, cinqüenta e nove reais e trinta centavos), decorrente da emissão dos cheques de ns. 850027, 850028, 850029 e 850030, nos valores de R$ 600,00 (seiscentos reais), o primeiro, R$ 747,00 (setecentos e quarenta e sete reais), o segundo e o terceiro, R$ 434,62 (quatrocentos e trinta e quatro reais e sessenta e dois centavos), o último, emitidos todos no dia 16-11-00, e pós-datados para 23-11-00, 1º-12-00, 8-12-00 e 11-1-01, respectivamente.

O demandado opôs embargos ao mandado de pagamento, nos quais, em síntese, apresentou os seguintes argumentos: (a) a correção monetária deve incidir a partir do ajuizamento da ação (Lei n. 6.899, de 8-4-81), e os juros moratórios a contar da citação; (b) o procedimento injuntivo deve ser extinto, pois a embargada não fez menção ao negócio havido entre as partes; e (c) a segunda e a terceira cártulas não estão assinadas, motivo pelo qual não podem instruir o feito.

Impugnação aos embargos às fls. 36 a 43.

O MM. Juiz de Direito, na sentença de fls. 46 a 51, declarou constituídos, de pleno direito, os títulos executivos, na forma prevista no art. 1.102c, § 3º, do CPC, nos valores originais neles estampados, atualizados por intermédio dos índices oficiais, a partir do vencimento (datas da "pré-datação", ante o pedido da autora), até o seu efetivo pagamento. O réu, ainda, foi condenado ao pagamento das custas processuais, ao final da ação executória, bem como da verba honorária, fixada, na hipótese de pronto pagamento, em 10% (dez por cento) sobre o valor do débito.

Às fls. 55 a 63, Armin Bayer interpôs recurso de apelação, alegando, em suma, que: (a) consoante prescreve a Lei n. 6.899/81, a correção monetária recai a partir do ajuizamento da demanda, e os juros moratórios a contar da citação do devedor; (b) no caso *sub judice,* fazem-se necessárias a declinação e a prova da *causa debendi*; e (c) os cheques de ns. 850028 e 850029 não contêm a sua assinatura, razão pela qual não são hábeis para legitimar o procedimento.

Ao final, postulou a reforma da decisão *a quo*, com a inversão dos ônus da sucumbência.

Nas contra-razões oferecidas às fls. 71 a 79, a apelada requereu a manutenção da sentença, condenando-se o recorrente ao pagamento das custas judiciais e dos honorários advocatícios, em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, e de indenização em idêntico montante, a título de litigância de má-fé (artigos 17, inciso VII, e 18, § 2º, do CPC).

É o relatório.

II — Voto

Com efeito, conforme determina o art. 1.102a do CPC, "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".

Acerca da ação monitória, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery escrevem:

"A ação monitória é ação de conhecimento, condenatória, com procedimento especial de cognição sumária e de execução sem título. Sua finalidade é alcançar a formação de título executivo judicial de modo mais rápido do que na ação condenatória convencional. O autor pede a expedição de mandado monitório, no qual o juiz exorta o réu a cumprir a obrigação, determinando o pagamento ou a entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel" (Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.032).

A utilização do instituto sob comento, no tocante aos cheques prescritos, é plenamente viável, em face das características e dos objetivos do procedimento injuntivo.

Sob a ótica da Lei do Cheque (Lei n. 7.357, de 2-9-85), tem-se, em primeiro lugar, enquanto não vencido o prazo prescricional inscrito no art. 59, contado a partir da expiração daquele previsto para a apresentação (art. 33, *caput*), ser possível a execução forçada, bastando alegar o crédito fundado no título.

Nesse sentido:

"A prescrição do direito à execução do cheque ocorre depois de transcorrido o lapso temporal de seis meses, contados da expiração do prazo de apresentação, previsto no art. 33 da Lei n. 7.357/85, consoante o disposto no art. 59 da mesma Lei" (Ap. Cív. n. 2000.013486-4, de Biguaçu, rel. Des. Cercato Padilha, DJ de 15-10-02).

Consumada a prescrição da jurisdição *in executivis* (art. 59), o credor pode-se valer da ação de enriquecimento ilícito (art. 61), no prazo de 2 (dois) anos, sendo suficiente a apresentação do cheque, que presume o não-recebimento.

Na ação de execução, bem como na de enriquecimento ilícito, é

desnecessária a comprovação da *causa debendi*, ou seja, o credor fica dispensado da demonstração do negócio jurídico que originou a emissão das cártulas.

Assim:

"Em monitória sustentada em cheque executivamente prescrito, promovido o pleito precedentemente ao escoamento do prazo previsto pela lei chéquica para o exercício da ação de enriquecimento, a postulação injuntiva tem natureza cambiária. Não causal a ação, conservado pelo título, pois, a autonomia que lhe é emprestada por lei, totalmente dispensável faz-se a declinação da *causa debendi* ou do negócio jurídico subjacente que provocou-lhe a emissão" (Ap. Cív. n. 2002.019720-9, de Rio do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos, DJ de 16-7-03).

Ressalta-se, oportunamente, que esta Corte estadual admite o debate relativo ao fundamento da obrigação, desde que o devedor apresente prova robusta de algum fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito pleiteado na exordial, *in verbis*:

"Ainda que prescrito o cheque para fins executivos, desvincula-se ele, desde que emitido, da causa subjacente que motivou-lhe o saque. Ressalvadas as hipóteses excepcionais, respaldadas em elementos de vulto a gerar dúvidas sobre a sua eficácia, é que faz-se viável a investigação da *causa debendi* do cheque" (Ap. Cív. n. 2002.006090-4, de Curitibanos, rel. Des. Trindade dos Santos, DJ de 8-4-03).

Findo o prazo prescricional do art. 61, a propositura de *actio* alicerçada na relação negocial subjacente, de cunho pessoal, ainda é possível ao credor, devendo este, porém, declinar a *causa debendi* da obrigação.

O julgado a seguir corrobora esse entendimento:

"O cheque prescrito tanto para a ação de execução, quanto para a de enriquecimento indevido, ambas previstas na Lei n. 7.357/85, é documento hábil a fundamentar demanda injuntiva com natureza eminentemente causal. Nessa linha, é necessária a exposição do negócio subjacente, sob pena de indeferimento da petição inicial, ante a omissão da causa de pedir, ou seja, a relação jurídico-material lastradora da emissão do cheque" (Ap. Cív. n. 2003.005335-2, de Brusque, rel. Des. Gastaldi Buzzi, DJ de 21-5-03).

Com esteio na doutrina, o ensinamento de Paulo Sérgio Restiffe e Paulo Restiffe Neto:

"A prescrição chéquica na verdade retira a executoriedade do título, mas não o direito nele documentado [...]. 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 [...]; 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" (Lei do Cheque. 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 353).

No caso vertente, ajuizada em 30-4-02 (fl. 2), e emitidos os cheques em 16-11-00, exsurge, como visto, a natureza não causal da demanda, pois não esgotado o lapso temporal para intentar-se a ação de enriquecimento ilícito. Dispensável, então, a revelação da *causa debendi*, porquanto em favor do credor milita a presunção legal de certeza e de liquidez do débito.

Em relação à correção monetária, é por demais sabido que esta não consubstancia penalidade ao devedor inadimplente ou espécie de indenização, mas, sim, simples recomposição do valor real do débito não adimplido a modo e a tempo, e deve incidir a partir da emissão dos títulos.

Em respeito ao princípio da congruência, porém, segundo o qual o Magistrado deve julgar de acordo com o que foi pedido pelo titular do interesse, no caso *sub judice* a correção monetária deverá recair a contar das datas fixadas nas cártulas em questão através da prática do título pós-datado (ou pré-datado).

A apelação merece provimento, entretanto, a fim de fixar a data da citação válida como o termo *a quo* para o cálculo dos juros moratórios, a teor do art. 219, *caput*, do CPC.

A respeito, manifestou-se o TJSC:

"A atualização monetária de cheque, mesmo quando afetada a sua força executiva, flui a contar da data da emissão, independentemente da data de sua apresentação ao sacado. Enquanto isso, os juros moratórios, computados à taxa legal de 6% ao ano, fluem a contar da data da citação inicial do emitente" (Ap. Cív. n. 2002.017175-7, de Palmitos, rel. Des. Trindade dos Santos, DJ de 21-5-03).

Nas razões de seu recurso, Armin Bayer também sustenta a imprestabilidade dos Títulos de ns. 850028 e 850029 para instruir a ação monitória, diante da ausência de sua assinatura.

A assinatura do emitente (sacador), ou de seu mandatário com poderes especiais, de fato, é um dos requisitos do cheque (Lei n. 7.357/85, art. 1º, inciso VI). Sem esse elemento, não é título executivo extrajudicial para os fins do art. 585, inciso I, do CPC.

Os documentos apontados pelo apelante, desse modo, não se prestam à execução, hipótese, entretanto, diversa da dos autos. Como se extrai do próprio texto legal, a ação monitória requer, a quem pretender pagamento de soma em dinheiro, "prova escrita sem eficácia de título executivo".

Sem embargo de não servirem à execução, os cheques sem a aposi-

ção da assinatura do sacador podem, em tese, embasar o procedimento dito injuntivo, desde que seu conteúdo não seja impugnado de maneira coerente pelo demandado e dos demais elementos probatórios possa o Juiz convencer-se acerca da plausibilidade da existência do crédito neles representados.

Outrossim, a restrição da utilização da ação monitória aos casos em que os documentos estão assinados pelo devedor não traduz o real alcance do mencionado instituto.

Humberto Theodoro Júnior assinala:

"Exige o art. 1.102a, que a petição inicial da ação monitória seja instruída com a 'prova escrita' do direito do autor.

[...] 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" (Curso de direito processual civil. 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, vol. III: procedimentos especiais, p. 339).

In casu, as cártulas acostadas pela autora possuem seqüência numérica (n. 850027 a n. 850030), sendo lícito presumir que as de ns. 850028 e 850029, nas quais não consta a assinatura de Armin Bayer, façam parte do mesmo negócio jurídico, como bem destacado na sentença. Ademais, a falta de impugnação do apelante ao conteúdo dos cheques em questão é fato corroborante da tese da existência do crédito pretendido.

De outro lado, a interposição de recurso previsto na ordem legal processual, desacompanhada de elemento subjetivo (dolo) a configurar qualquer das hipóteses previstas nos incisos I a VII do art. 17 do CPC, elide a litigância de má-fé.

Por fim, os ônus da sucumbência restaram corretamente fixados na decisão de primeiro grau, e a majoração dos honorários de advogado, requerida pela apelada nas contra-razões por ela oferecidas, é inviável em decorrência da não-interposição de recurso próprio.

III — Decisão

Em face do que foi dito, dá-se parcial provimento ao recurso, a fim de fixar a data da citação como o termo *a quo* para o cálculo dos juros moratórios.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Túlio Pinheiro.

Florianópolis, 28 de agosto de 2003.

Eládio Torret Rocha,
Presidente com voto;
Ricardo Fontes,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.010535-0, DE TAIÓ

Relator: Juiz Tulio Pinheiro

Ação de revisão contratual – Sentença que julgou improcedente a lide, sob o argumento de que sendo discutidas matérias relativas a contrato bancário em embargos do devedor, descabe nova abordagem em ação revisional ante a ocorrência de preclusão – Fundamentação equivocada.

A preclusão é ônus que se impõe à parte apenas dentro de um mesmo processo, podendo ocorrer em relação a outro tão-somente o instituto da coisa julgada.

Coisa julgada – Inocorrência.

Juros remuneratórios – Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da Constituição Federal.

Emenda Constitucional n. 40. Revogação do art. 192, § 3º, da Constituição Federal. Vigência a contar de sua publicação. Expungida do universo constitucional a norma limitadora de juros, tal circunstância afetará, em tese, apenas os contratos assinados após a data da publicação da referida emenda. Tratando-se de contratos celebrados sob a égide da regra limitadora, permanece hígida a proibição anterior, fulcrada em norma constitucional tida por auto-aplicável.

Valores cobrados a título de comissão de permanência – Impossibilidade. Dívida que deverá ser corrigida pelo INPC.

Incidência da multa contratual sobre os juros de mora – Inadmissibilidade.

"A multa moratória não pode incidir sobre o montante referente aos juros moratórios visto terem a mesma natureza jurídica, importando inaceitável bis in idem*" (Apelação Cível n. 1999.014143-8, de Anita Garibaldi, rel. Des. Carlos Prudêncio).*

Condenação do recorrido à penalidade prevista no art. 1.531 do Código Civil – Inviabilidade – Pleito que deve ser perquirido em ação própria.

Inversão dos ônus sucumbenciais – Inteligência do art. 21, parágrafo único, do CPC.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.010535-0, da comarca de Taió, em que é apelante Rohden S.A. e apelado Banco do Brasil S.A.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, prover parcialmente o recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Na comarca de Taió (Vara Única), Rohden S.A. ajuizou ação de revisão contratual em desfavor de Banco do Brasil S.A., asseverando, para tanto, que celebrou com o requerido, em 20-4-95, contrato de mútuo representado por Nota de Crédito Industrial n. 95/00038-0, no valor de R$ 23.000,00, destinado ao suprimento de capital de trabalho de suas atividades, com vencimento previsto em 19-6-95.

Relatou que em decorrência do inadimplemento, o Banco promoveu ação de execução, exigindo o valor de R$ 38.120,75, composto pelo principal correspondente a R$ 23.000,00; juros e comissão de permanência no montante de R$ 11.655,23; e multa contratual equivalente a R$ 3.465,52.

Disse que em sede de embargos à execução não questionou a taxa de juros convencionada nem a incidência da multa sobre juros, razão por que a decisão proferida naqueles autos não fez coisa julgada relativamente a essas matérias. Dessa sorte, insurge-se acerca dos juros contratuais fixados em limite superior a 12% ao ano; impossibilidade de cobrança de comissão de permanência diante da impontualidade no pagamento; e impossibilidade de incidência de multa sobre juros de mora.

Em virtude da cobrança excessiva, requereu a condenação do réu ao pagamento dos valores pagos a mais (art. 1.531 do Código Civil), devidamente atualizados e acrescidos de juros.

Regularmente citado, Banco do Brasil S.A. contestou, alegando, preliminarmente, coisa julgada, uma vez que a causa de pedir desta ação já foi pleiteada na interposição de embargos; e inépcia da inicial ante a falta dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, pois foram arroladas na inicial matérias preclusas.

No mérito, rechaçou a tese de nulidade da cláusula que prevê juros superiores a 12% ao ano, já que a autora está ignorando os termos do contrato estabelecidos conforme princípios legais, em especial o da autonomia da vontade, fazendo lei entre as partes.

No tocante à comissão de permanência, aduz que em momento algum a autora demonstrou o valor considerado a mais, mesmo porque inexiste, já que foram exigidos somente os valores fixados no contrato e determinados pela Resolução n. 1.129/96.

Sobre a incidência de multa sobre juros moratórios, afirmou que foi pactuada pelas partes, além de estar devidamente amparada pela legislação.

Concluiu salientando que a condenação prevista no art. 1.531 do Código Civil é descabida, pois não houve excesso de execução, tampouco litigância de má-fé.

À impugnação, sobreveio sentença em que o Togado *a quo* julgou improcedente a ação revisional, uma vez que as teses nela suscitadas deveriam ter sido argüidas na oportunidade dos embargos, quando foram levantadas outras questões contratuais, de sorte que em relação àquelas ocorreu a preclusão pelo princípio da eventualidade.

Insatisfeita com o teor do *decisum*, apelou Rohden S.A., asseverando: a) inexistência de preclusão; b) nulidade absoluta da cláusula fixando os juros superiores a 12% ao ano; c) impossibilidade da cobrança de comissão de permanência diante da eventual impontualidade de pagamento; d) impossibilidade de incidência da multa contratual sobre os juros de mora; e e) condenação do apelado à penalidade prevista no art. 1.531 do Código Civil.

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

II – Voto

O recurso é tempestivo e houve preparo no prazo legal, devendo, pois, ser conhecido.

Inicialmente, cumpre determinar a ocorrência ou não de preclusão das matérias ora suscitadas, e que a apelante deixou de aventar na oportunidade dos embargos à execução.

Consoante vê-se da sentença hostilizada, o Magistrado sentenciante entendeu pela ocorrência da preclusão, em face do princípio da eventualidade, já que as questões referentes aos juros contratuais, comissão de permanência e incidência da multa contratual sobre os juros de mora deveriam ter sido ventiladas nos embargos à execução.

Todavia, *a preclusão é ônus que se impõe à parte apenas dentro de um mesmo processo*, podendo ocorrer em relação a outro tão-somente o instituto da coisa julgada.

Nesse sentido:

"Inexistência de preclusão, que essa opera dentro do processo, não atingindo outros que possam ser instaurados, o que é próprio da coisa julgada material" (REsp n. 135355/SP, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 4-4-2000).

Por outro lado, resta claro que a coisa julgada não se configurou na hipótese, pois da leitura do art. 468 do CPC infere-se que a sentença tem for-

ça de lei nos limites da lide e das questões decididas, o que não ocorreu no caso dos autos, pois as matérias ora levantadas não foram decididas nos embargos.

Aliás, esse também foi o entendimento exarado tacitamente na sentença vergastada.

Releva acrescentar que em outra oportunidade já foi decidido por este Tribunal situação idêntica, em que também figuraram como partes os litigantes da presente ação.

Do corpo do acórdão relatado pelo eminente Des. Pedro Manoel Abreu, extrai-se:

"Argumentou o recorrido, preliminarmente, que a ocorrência de coisa julgada no processo de execução impede a discussão das matérias ventiladas nesta revisional. Entende ter havido preclusão em desfavor da apelante ao deixar de levantar as questões ora discutidas – juros, comissão de permanência e multa contratual – na oportunidade dos embargos à execução.

"Em que pese os fundamentos expostos pela instituição financeira recorrida, não é possível dilargar de tal modo o instituto da coisa julgada.

"De fato, é precisa a letra do art. 468 do Código de Processo Civil: 'a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas'.

"No caso *sub examine*, as matérias ventiladas nos embargos à execução e nesta ação revisional não são comuns. Veja-se que o magistrado prolator da sentença naqueles autos foi claro:

'O embargante se insurge quanto ao valor do financiamento constante da cédula de crédito industrial, alegando que houve desvio de finalidade do respectivo crédito, e por este motivo o título não pode ser exigido. O embargante alega, ainda, que foi compelido a dar destinação diversa ao crédito, no sentido de quitar outras obrigações pendentes, sendo utilizada a operação vulgarmente conhecida como 'mata-mata' uma vez que nunca dispôs do *quantum*' (fl. 68).

"Nesta revisional, por outro lado, a lide cinge-se ao patamar de juros, à possibilidade de utilização de comissão de permanência como fator de atualização e à admissibilidade de incidência da multa sobre os juros. Não há, como se percebe, a identidade entre as lides.

"Por esse motivo é que improcedem os argumentos do apelado, pois não pode haver coisa julgada material em relação à ação de conhecimento fundada em outros fatos jurídicos, ou mesmo preclusão, quando deixar o devedor de opor embargos à execução ou, interpondo, não ataca as mesmas questões.

"Ernane Fidélis dos Santos comenta, exemplificando:

'Todas as questões referentes ao mérito se acobertam também pela coisa julgada, mas ficam resguardadas na limitação da lide, ou seja, do pedido específico, devidamente fundamentado. Pede-se despejo por fal-

ta de pagamento e o juiz julga procedente o pedido. A lide se circunscreveu ao pedido de despejo. A falta de pagamento é questão decidida, acoberta-se pela coisa julgada, mas respeita os limites da lide, de tal forma que, em outro processo (cobrança dos mesmos aluguéis, por exemplo), pode voltar a ser discutida e ter até solução contrária ao primeiro processo. O réu poderá ser condenado ao despejo e, no pedido de cobrança, sair vitorioso' (Manual de Direito Processual Civil. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996. vol. 1, p. 501)" (Apelação Cível n. 2000.010536-8, de Taió).

Vistos os documentos acostados referentes à ação revisional – cópia dos embargos, da sentença e do acórdão –, verifica-se que a discussão naquela lide cingiu-se à nulidade da nota de crédito industrial (desvio de finalidade); ilicitude do demonstrativo de débito que instruiu a exordial; anatocismo; valor relativo a IOF (dissenso relativamente às obrigações convencionadas); e multa contratual de 10%.

In casu, questiona-se a legalidade da cláusula que prevê juros superiores a 12% ao ano; da cobrança de valores a título de comissão de permanência; e da incidência da multa contratual sobre os juros de mora, de sorte que não há identidade entre os feitos.

Frisa-se que na decisão proferida neste grau de jurisdição, relativa aos embargos, ficou consignado que "o tema relativo aos juros remuneratórios de 10,50% e condição potestativa da cláusula de juros de fl. 7 dos autos de execução não foi ventilado na inicial dos embargos de modo que não deve ser conhecido" (fl. 30).

Assim, não sendo sequer conhecidas as matérias, não há falar em coisa julgada, pois a jurisprudência tem registrado que *se a questão não é decidida pela sentença, embora conste do pedido, não se forma coisa julgada a respeito, podendo o autor propor nova ação para obter a correspondente prestação jurisdicional* (RTJ 92/289, RF 275/177 e RT 627/117).

Também não é demais lembrar que "[...] o banimento do enriquecimento injustificado é princípio geral de direito, que merece exame e aplicação, nos termos dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, haja vista a necessária visão social que o direito há de ter, em especial quando se trata de questões que dizem respeito com serviços oferecidos a consumo. E afirmada a lesão ao direito dos autores, pela abusividade e nulidade da cobrança de diversos encargos, esta lesão não pode ser subtraída do exame do Poder Judiciário, por efeito do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal" (Apelação Cível n. 70002402410, de Porto Alegre, 19ª Câmara Cível, rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior, j. 7-8-01).

Demais disso, a discussão de matérias como as ora aventadas devem ser conhecidas de ofício, pois insertas em contrato bancário e porque todas as operações bancárias encontram-se sob o regime jurídico do

Código de Defesa do Consumidor que contempla normas de ordem pública.

A propósito:

"As normas do CDC são *ex vi legis* de ordem pública, de sorte que o juiz deve apreciar de ofício qualquer questão relativa às relações de consumo, já que não incide nesta matéria o princípio dispositivo. *Sobre elas não se opera a preclusão e as questões que dela surgem podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição*" (Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.348) (grifamos).

Destarte, diante da inocorrência da preclusão e/ou coisa julgada, resta a análise dos encargos questionados pela apelante.

Juros. Limite de 12% ao ano

Com razão a apelante ao pleitear a limitação dos juros em 12% ao ano, a teor do que dispõe o art. 192, § 3º, da Constituição Federal.

É que esta Corte de Justiça tem entendido como auto-aplicável o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, que estipula que "as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos em que a lei determinar".

A questão da auto-aplicabilidade do dispositivo citado é controvertida e foi discutida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn n. 004 do Distrito Federal, tendo o Pretório posicionado-se, por maioria de votos, em favor da inaplicabilidade do limite constitucional de juros.

Data venia o entendimento da douta maioria, do voto vencido declarado pelo Min. Paulo Brossard extrai-se posicionamento que mais se coaduna com a realidade apresentada:

"Tenho para mim que o § 3º do art. 192 tem em si mesmo elementos bastantes para imperar desde logo e independentemente de lei complementar, até porque esta, querendo ou não o legislador, não poderá ter como juro máximo 12% ao ano, incluídas nessa taxa que, aliás, não é nova entre nós, toda e qualquer comissão ou tipo de remuneração direta ou indiretamente referida à concessão do crédito. Isto porque, como é sabido, como a chamada Lei de Usura prescrevesse como limite máximo a taxa de juros de 12% ao ano, instituições financeiras, sob pressão do fenômeno inflacionário, passaram a cobrar outras taxas sob rótulos distintos.

"Querendo ou não querendo o legislador ele não poderá autorizar a cobrança de qualquer remuneração seja a que título for, direta ou indiretamente ligada à concessão do crédito, além do juro, juros este que será de até 12% e em caso algum superior a essa taxa" (RTJ 147/830).

Como bem aponta o Des. Nelson Schaefer Martins "A idéia de que

o § 3º do art. 192 da Constituição da República Federativa do Brasil esteja a depender de lei complementar importaria em verdadeiro atentado à soberania do poder constituinte até porque, é evidente, a legislação infraconstitucional não poderá negar vigência ao dispositivo já esculpido na Constituição nem impor-lhe limites" (Apelação Cível n. 2001.017806-0, de São Carlos, j. em 29-8-02).

Aliás, "Na realidade social em que se insere a lide, pois, é do interesse maior da economia do país a limitação dos juros em patamar que permita o desenvolvimento das classes produtoras, visando a 'assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social' (CF, art. 170). Determinando-se, na própria Lei Maior, o limite de 12% ao ano, não há sentido em permitir que se ultrapasse este percentual" (Apelação Cível n. 2000.006594-3, de Araranguá, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 26-9-02).

Relevante assinalar que, a nosso ver, a edição da Emenda Constitucional n. 40, publicada em 30-5-2003, revogando diversos dispositivos, entre eles o § 3º do art. 192 da Constituição Federal, não se aplica ao caso presente. É que, ao expungir do universo constitucional a norma limitadora de juros, referida emenda será, quando muito, aplicável aos contratos assinados após sua publicação. Tratando-se de contratos celebrados sob a égide da regra limitadora, permanece hígida a proibição anterior, fulcrada em norma constitucional tida por auto-aplicável.

Diante da auto-aplicabilidade da norma constitucional referida, os juros estipulados em 10,50% ao mês devem ser reduzidos para 12% ao ano.

Comissão de permanência

A cobrança da comissão de permanência implica na imposição de taxas flutuantes de mercado, sujeitas ao arbítrio do credor, o que descumpre as regras dos arts. 115 do Código Civil e 51, IV, do CDC.

A seu respeito, a jurisprudência pondera:

"Desconhecidos [...] mormente dos devedores, são os critérios para chegar-se à percentualização da comissão de permanência, conquanto seja por demais evidente não ter tal acessório, como base de cálculo, apenas a correção da moeda fundada nas taxas inflacionárias.

"Representa ela, acima de tudo, remuneração de capital; ou seja, nada mais são do que juros disfarçados, com o objetivo de incrementar ainda mais os já 'miseráveis e insignificantes lucros das instituições financeiras pátrias"' (Apelação Cível n. 2001.024146-3, de Joaçaba, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 5-9-02).

No dizer do Des. Pedro Abreu: "Não há negar, de outro vértice, que dita comissão afronta o Código do Consumidor, notadamente no tangente aos princípios da boa-fé e do dever de informação (art. 6°, inc. III, CDC), pois, como dito, a instituição financeira não informou porque e como utiliza

métodos de correção flutuantes, cujos índices somente podem ser apurados por intrincados cálculos" (Apelação Cível n. 2000.006594-3, de Araranguá, j. em 26-9-02).

Portanto, tem-se como ilegal a cobrança de valores a título de comissão de permanência, já que seu índice fica adstrito com exclusividade aos interesses dos estabelecimentos integrantes do Sistema Financeiro Nacional, devendo tais valores ser excluídos e a atualização ser feita pelos índices do INPC.

Incidência da multa contratual sobre os juros moratórios. Impossibilidade

O entendimento desta Corte é no sentido de que a multa e os juros moratórios, por derivarem do descumprimento da obrigação, não podem ser calculados um sobre o outro. A multa é lícita, mas incide apenas sobre o principal devidamente corrigido, não sobre os juros moratórios.

Nesse diapasão:

"A multa contratual, de outro lado, não incide sobre os juros moratórios, já que ambos os encargos têm índole penalizante. E admitir-se a incidência de um desses acessórios sobre o outro, equivaleria a pactuar-se com a imposição, ao devedor, de uma dúplice punição por um mesmo fato: a inadimplência" (Apelação Cível n. 1999.012735-4, de Anita Garibaldi, rel. Des. Trindade dos Santos).

Mais:

"Multa contratual. Incidência sobre juros moratórios. Impossibilidade.

"A multa moratória não pode incidir sobre o montante referente aos juros moratórios visto terem a mesma natureza jurídica, importando inaceitável *bis in idem*" (Apelação Cível n. 1999.014143-8, de Anita Garibaldi, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Destarte, a multa contratual somente pode incidir sobre o débito constituído pelo principal, juros remuneratórios de 12% ao ano e correção monetária.

Cumpre lembrar que o apelado, rebatendo as questões de mérito ora decididas, sustentou que todas as cláusulas contratuais foram anuídas pela apelante, devendo prevalecer o princípio da autonomia da vontade.

Todavia, esse princípio não deve imperar em face da evolução da sociedade, mormente no que diz respeito ao direito obrigacional, sendo impossível conceber que cláusulas desprovidas de razoabilidade sejam invioladas.

Colhe-se do corpo do acórdão exarado pelo insigne Des. Trindade dos Santos:

"E dúvidas não restam que o Estado, em tema de contratos, ainda que particulares, deve interferir para assegurar a ordem pública e a igualdade dos ajustantes, tendo em vista o equilíbrio social, relegando-se a um plano secundário a teoria do *pacta sunt servanda,* que, endeusando o elemento volitivo, prega total obediência aos termos da pactuação" (Apelação Cível n. 2000.008359-3 e Ação Cautelar Incidental de Caução n. 2000.008359-3/0001.00, de Barra Velha).

No que diz respeito à indenização prevista no art. 1.531 do Código Civil, tenho que não se aplica ao presente caso, pois *"*literalmente interpretado, o art. 1.531 parece ter abraçado a teoria da responsabilidade objetiva. Dada a sua severidade, contudo, sua hermenêutica propende para a teoria subjetiva, considerando-se aplicável somente no caso de estar comprovada a má-fé do demandante*"* (Stoco, Rui. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial. 4ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 447).

Na espécie, não se pode aferir o dolo do apelado em exigir a dívida, mesmo porque o valor foi apurado segundo as cláusulas contratuais que, à *prima facie*, não representavam ilegalidade.

Não fosse isso, referida indenização deve ser perquirida em ação própria, segundo entendimento jurisprudencial:

"Só por meio de ação autônoma poderá o executado obter a sanção reparadora prevista no art. 1.531 da Lei Substantiva Civil, mormente quando não caracterizado o dolo por meio de prova irrefragável" (JC 28/284, rel. Des. Napoleão Amarante).

Assim, deverá ser realizado novo cálculo em liquidação de sentença para apurar o efetivo saldo devedor, obedecidos os critérios ora estabelecidos.

Derradeiramente, no que se refere à verba sucumbencial, a sentença monocrática condenou o apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, sendo estes fixados em R$ 600,00.

Contudo, em virtude da prolação de julgamento diverso daquele exarado no Juízo *a quo*, a inversão dos ônus sucumbenciais é medida que se impõe, uma vez que a apelante decaiu de parte mínima de seu pedido, ou seja, somente a condenação do recorrido à penalidade prevista no art. 1.531 do Código Civil restou desprovida.

A propósito, o art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil, dispõe: *"*Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários" (art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

III – Decisão

Por todo o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para limitar os juros remuneratórios em 12% ao ano; afastar a cobrança dos valores a título de comissão de permanência, devendo a dívida ser atualizada pelo INPC; e reprimir a incidência da multa contratual sobre os juros de mora. Invertidos os ônus sucumbenciais.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Ricardo Fontes.

Florianópolis, 28 de agosto de 2003.

Eládio Torret Rocha,
Presidente, com voto;
Tulio Pinheiro,
Relator.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.003487-5, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Apelação cível – Embargos de terceiro – Bem penhorado pertencente ao patrimônio do sócio da empresa – Inconfundibilidade de patrimônios – Ausência de comprovação de fraude à lei ou excesso de mandato – Cotas sociais, ademais, já integralizadas à vista – Penhora insubsistente – Recurso provido.

"Os bens particulares dos sócios, uma vez integralizado o capital da sociedade por quotas, não respondem pelas dívidas desta, nem comuns, nem fiscais, salvo se o sócio praticou ato com excesso de poderes ou infração da lei, do contrato social ou estatutos.

"A pessoa jurídica tem, por lei, existência distinta daqueles que integram sua composição social, distinção essa que se estende aos respectivos patrimônios. De regra, os bens particulares dos sócios não podem ser vinculados às obrigações contraídas exclusivamente pela pessoa jurídica e de responsabilidade desta. Excepcionalmente, utilizada a personalidade jurídica para propósitos fraudulentos, admite-se a aplicação da teoria da desconsideração da personalização jurídica, tornando-a ineficaz para determinados atos" (Ap. Cív. n. 1999.020298-4, da comarca de São José, deste subscritor).

Inquestionável que para a aceitação da teoria da descaracterização da pessoa jurídica fique evidenciada a culpa do sócio-gerente no ato ilegal praticado, não podendo dita responsabilidade ser imputada caso presentes, tão-somente, indícios de prática de abuso de mandato; necessária, por certo, a prova de sua existência e de sua prática.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.003487-5, da comarca de São José (1ª Vara), em que é apelante Itamar Paseto, sendo apelados Paulo Valério Marques e outro:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento ao recurso interposto.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de recurso de apelação interposto por Itamar Paseto contra sentença proferida pelo douto Togado *a quo* que, nos autos de embargos de terceiro por ele propostos contra Paulo Valério Marques e outro, julgou improcedente o pedido formulado, condenando-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 250,00, nos exatos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Asseverou que o bem constritado no processo de execução não pertence à empresa executada, isso porque pertence a ele, sócio da empresa.

Afirmou que os bens particulares do sócio não respondem pelas dívidas contraídas pela empresa, além do que o capital social desta já restou integralmente pago, sendo indevida, assim, a desconsideração da empresa para que sejam atingidos os bens particulares dos sócios.

Ao final, pugnou pela reforma da decisão e pela procedência da demanda.

Devidamente intimados, os apelados apresentaram as contra-razões ao respectivo apelo.

A posteriori, os autos ascenderam a esta Corte.

II — Voto

Razão do inconformismo apresentado pelo ora apelante foi a sentença de improcedência dos embargos de terceiro por ele aforados, ao argumento de que alvo da ação executiva é a empresa Hortigranjeiros Itaja Ltda. e não seus sócios, categoria esta em que se encontra.

Assim é que restou penhorada uma linha telefônica de sua propriedade, o que não poderá ser admitido, já que a personalidade da pessoa jurídica é diversa da de seus sócios.

Já a sentença, que reputou ausente a integralização do capital social e presentes indícios de prova que conduzem à existência de má gestão, acabou por desconsiderar a personalidade jurídica da empresa, o que acarretaria a possibilidade de ingressar no patrimônio dos sócios para que restassem pagas as dívidas daí advindas.

Ocorre que, conforme apontaremos, a sentença está a merecer reforma!

Com efeito, restou sobejamente comprovado que a ação de execução da qual proveio a penhora restou

deflagrada, apenas, contra a empresa Hortigranjeiros Itaja Ltda.

Ademais, ficou demonstrado que a penhora veio a recair sobre os direitos e ações do terminal telefônico n. (48) 246-0130, bem de propriedade particular do ora apelante, em virtude de este figurar no contrato social da Hortigranjeiros Itaja Ltda. como sócio.

Diante desse quadro, força é convir que a penhora foi levada a cabo de forma totalmente irregular. O simples fato de o embargante figurar no contrato social da empresa devedora como sócio não está a autorizar a constrição de bens de seu patrimônio para saldar uma dívida pertencente a ela. Em casos como este é preciso se ter em mente que a sociedade comercial possui personalidade jurídica autônoma, totalmente desvinculada da pessoa de seus sócios, o que impossibilita, via de regra, a agressão do patrimônio destes com o fito de adimplir dívidas daquela.

A propósito, Amador Paz de Almeida ensina:

"A sociedade, pessoa natural, tem, individual e juridicamente, o patrimônio distinto dos sócios que isoladamente a compõem.

"Sendo a sociedade comercial pessoa jurídica autônoma independente das pessoas dos sócios, as obrigações destes não se confundirão com as da sociedade. Entre sócio e sociedade há estreitas relações, mas cada um possui esfera própria de atividades jurídicas" (*in* Manual das Sociedades Comerciais. 8ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, p. 27).

É certo que se vem admitindo, em hipóteses excepcionais, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, de modo que o patrimônio particular dos sócios possa responder por dívidas contraídas por ela. Isso ocorre quando os sócios agem com excesso de poder, com infração à lei ou ao contrato social, utilizando a personalidade jurídica autônoma da empresa para acobertar falcatruas e enriquecer às custas do patrimônio alheio.

O art. 20 do Código Civil/16, aliás, disciplina de modo muito claro que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.

Já o art. 2º do Decreto n. 3.708/19, ordenamento que regula a constituição das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, reza que "o título constitutivo regular-se-á pelas disposições dos arts. 300 a 302 e seus números do Código Comercial, devendo estipular ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social".

Por sua vez, o art. 10 do mesmo Decreto diz que "os sócios-gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiro solidária e ilimitadamente *pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei*" (grifo nosso).

Por certo uma das causas de ingresso no patrimônio pessoal do só-

cio, e causadora da descaracterização da pessoa jurídica, será a existência de excesso de mandato perpetrado por ele, ou atos praticados com violação do contrato ou da lei.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica surgiu com o objetivo de evitar os abusos e fraudes que passaram a ser praticados pelos sócios em épocas em que a personalidade da empresa era intangível. Se por um lado a distinção entre as personalidades do sócio e da sociedade é requisito imprescindível para o bom desempenho da empresa, possibilitando ao sócio exercer da melhor maneira possível o seu comando sem o constrangimento de ver seu patrimônio próprio dilapidado caso o investimento reste fracassado, por outro lado essa mesma prerrogativa pode contrariar os interesses da própria sociedade, quando ocorre abuso de poder do sócio, ou cometimento de fraude contra credores. Objetivando coibir essas duas situações, formulou-se a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

A respeito do tema, esclarecedor Fábio Ulhoa Coelho:

"Para a teoria maior, o pressuposto inafastável da desconsideração é o uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, únicas situações em que a personalização das sociedades empresárias deve ser abstraída para fins de coibição dos ilícitos por ela ocultados. [...] *Em outros termos, quem pretende imputar a sócio ou sócios de uma sociedade empresária a responsabilidade por ato social, em virtude de fraude na manipulação da autonomia da pessoa jurídica, não deve demandar esta última, mas a pessoa ou as pessoas que quer ver responsabilizadas*" (*in* Curso de Direito Comercial, Saraiva, 2002, 5ª ed., SP, p. 54 e 55) (grifo nosso).

Nesse sentido, as lições de Carlos Henrique Abrão:

"Em tema de desconsideração da pessoa jurídica é de se lembrar que não se trata de declarar nula a personificação, mas sim torná-la ineficaz para determinados atos.

"A personalidade jurídica não pode servir para utilização fraudulenta, visando contornar as proibições estatutárias do exercício do comércio ou outras vedações legais" (Penhora das Quotas de Sociedade de Responsabilidade Limitada, Saraiva, 1986, p. 59).

Da mesma forma, colhe-se da ensinança de Alexandre Couto Silva:

"A doutrina da desconsideração não visa anular a personalidade jurídica; objetiva tão-somente desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É este o caso de declaração de ineficácia da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo ela, todavia, incólume para seus outros fins legítimos" (Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro, Editora LTr, 1999, p. 28).

Linhas após, complementa o abalizado autor:

"Muitos doutrinadores brasileiros têm confundido os casos de desconsideração da personalidade jurídica com responsabilidade pessoal dos sócios-gerentes, administradores e diretores. Estes podem responder pelas dívidas da sociedade quando agem com excesso de poderes ou contrariando dispositivos legais ou estatutários. Entretanto, nesses casos, não se trata da desconsideração da personalidade jurídica, por inexistir a manipulação da personalidade da sociedade. O que ocorre, na realidade, é que essas pessoas estariam agindo de forma ilícita e, por essa razão, são responsabilizadas.

"A *Disregard Doctrine* não visa à desconstituição da personalidade jurídica, ou seja, à despersonificação. Desconsideração e despersonificação são diferentes. A despersonificação tem por finalidade a anulação da personalidade jurídica, por lhe faltar condições de existência, como nos casos de invalidade de contrato social ou dissolução de sociedades. Já a desconsideração visa desconsiderar, apenas no caso concreto, o instituto da pessoa jurídica" (p. 29).

A jurisprudência desta Corte tem-se posicionado de forma reiterada acerca dos requisitos ensejadores à aplicação da *disregard doctrine*, no sentido de que deve haver fraude a credor ou abuso de direito. Se não vejamos:

"Agravo de instrumento. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Desconsideração da personalidade jurídica. Requisitos ausentes. Fraude ou abuso de direito não caracterizados.

"Tratando-se de medida excepcional, para que a desconsideração da personalidade jurídica possa ocorrer, não basta que inexistam bens da empresa a serem penhorados. É necessário ficar comprovado que os sócios efetivamente utilizaram-se da separação existente entre sua pessoa e a personalidade jurídica da empresa (art. 20 do Código Civil), com o intuito de fraudar credores, eximindo-se do cumprimento de obrigações assumidas pela sociedade.

"Recurso desprovido" (Agravo de Instrumento n. 2000.002355-8, de Xanxerê, rel. Des. Silveira Lenzi).

"A pessoa jurídica tem, por lei, existência distinta daqueles que integram sua composição social, distinção essa que se estende aos respectivos patrimônios. De regra, os bens particulares dos sócios não podem ser vinculados às obrigações contraídas exclusivamente pela pessoa jurídica e de responsabilidade desta. Excepcionalmente, utilizada a personalidade jurídica para propósitos fraudulentos, admite-se a aplicação da teoria da desconsideração da personalização jurídica, tornando-a ineficaz para determinados atos. Entretanto, não há como adotar-se essa teoria, quando a obrigação em execução é de responsabilidade única e exclusiva da empresa, contraída ela quando ainda não integravam seus quadros societários os sócios cujo patrimônio pessoal se pretende afetar, não comprovada a dissolução irregular da sociedade e

nem, ao menos, não conte esta com bens suficientes para suportar o débito sob execução" (Ap. Cív. n. 2001.025750-5, de Balneário Camboriú, rel. Des. Trindade dos Santos).

"Desconsideração da personalidade jurídica. Medida excepcional. Inexistência de comprovação de que o sócio tenha agido com excesso de poderes, infração à lei ou ao contrato social.

"Para a aplicação da teoria do *disregard of legal entity* não bastam probabilidades ou suposições, sendo necessária não só a comprovação da inexistência de bens da sociedade, como também a de que os sócios tenham praticado atos com excesso de poderes, fraude à lei ou ao contrato social.

"Recurso desprovido" (Agravo de Instrumento n. 1999.016859-0, de Criciúma, rel. Des. Silveira Lenzi).

E para fulminar o assunto, vale transcrever parte do acórdão proferido pelo TJSP:

"Ilegitimidade de partes – Passiva – Ocorrência – Grupo societário – Ausência de responsabilidade subsidiária – Inaplicabilidade das teorias da responsabilidade do grupo empresarial e da desconsideração da pessoa jurídica – Hipótese em que não basta a simples comodidade ou conveniência do credor para dirigir a escolha contra a sociedade controlada, em lugar da controladora ou vice-versa – Recurso não provido.

"É verdade que a tendência cada vez mais freqüente em nosso direito é desfazer a intangibilidade da personalidade jurídica, mas somente quando esta for usada para acobertar a fraude à lei, o abuso de direito das formas jurídicas, ou causar prejuízos a terceiros pela falência, insolvência ou encerramento danoso das atividades" (Ap. Cív. n. 211,163-1, TJSP, rel. Des. Cunha Cintra).

Inequívoca a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica, permitindo ao credor ingressar no patrimônio do sócio caso os bens constantes do acervo societário não sejam suficientes para liqüidar os débitos por ela contraídos.

Entretanto, igualmente claro que, para operar-se dita desconsideração, necessária a demonstração de infração a lei ou contrato social, bem como tenha restado evidenciada nos autos a inequívoca culpa do sócio-gerente para efetivação do dano perpetrado, isso em decorrência da manifesta existência distinta da empresa comercial da de seus sócios, como resulta claro pelo disposto no art. 20 do Código Civil.

Nesse sentido, ademais, tem-se manifestado a jurisprudência pátria:

"Os bens particulares dos sócios de sociedade por cotas de responsabilidade limitada podem ser penhorados, na falta de bens livres e desembaraçados da sociedade (CPC, art. 596, *caput*), na hipótese de desconsideração da pessoa jurídica. *Entretanto, tal responsabilidade executória*

não é objetiva, nem decorre tão-só da insolvência da sociedade, cabendo ao credor provar os pressupostos da desconsideração, ou seja, de que o sócio utilizou-se da pessoa jurídica fraudulentamente (art. 10 do Decreto n. 3.708/19). Apelação desprovida" (Ap. Cív. n. 70002992378, TJRS, rela. Desa. Mara Larsen Chechi) (grifo nosso).

"Os bens particulares dos sócios, ainda que gerentes, não respondem pelas obrigações de sociedade limitada, se não foi feita prova alguma de que o sócio inquinado, a quem se atribui a responsabilidade fiscal, interveio culposamente para a prática do ilícito tributário"(TJRJ, RT 558/72; RDTJRJ 1/262).

E, deste Sodalício:

"Sociedade comercial — Responsabilidade do sócio por dívida de empresa — Teoria da desconsideração da pessoa jurídica — Penhora de bem de sócio — Hipótese de admissibilidade — Citação — Embargos de terceiro — Procedência.

"*Nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, o sócio administrador somente responde pelas dívidas da empresa quando houver excedido o mandato ou praticar ato contrário à lei ou ao contrato social e, ainda, desde que presente o requisito da relação de causalidade entre a sua ação ou omissão e o dano suportado pelo prejudicado*.

"A dissolução irregular da empresa, por si só, nem sempre é causa geratriz da responsabilidade subsidiária do sócio.

'A responsabilidade extraordinária, como a proveniente de abuso de gestão, violação do contrato, dolo, etc., depende de prévio procedimento de cognição e só pode dar lugar à execução quando apoiada em sentença condenatória' (Humberto Theodoro Júnior)" (Ap. Cív. n. 48.275, de Xanxerê, rel. Des. Newton Trisotto) (grifo nosso).

"O sócio administrador, nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, apenas responde solidariamente por dívida da pessoa jurídica quando, comprovadamente, houver excedido o mandato que detém ou praticar atos contrários à lei ou ao contrato social, sempre que devidamente delineada a existência de nexo de causalidade entre a sua ação ou omissão e o dano imposto ao credor. Tendo a empresa comercial existência distinta da de seus sócios, como resulta do art. 20 do Código Civil, a penhora em bens particulares de sócio, em garantia de dívida assumida pela sociedade, só se legitima se provados com suficiência os requisitos em apreço e que rendem ensejo à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica" (Ap. Cív. n. 2001.006192-9, de Araranguá, rel. Des. Trindade dos Santos).

In casu, um dos fundamentos expostos pelo Togado a possibilitar o ingresso no patrimônio do sócio da empresa foi o de que existiriam indícios de má gestão e extinção fraudulenta da sociedade executada, o que ampararia a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Ocorre que, conforme bem apontou o Togado e restou esclarecido acima, meros indícios não são suficientes a autorizar a aplicação da teoria da desconsideração.

Não há nos autos, dessa forma, nenhuma demonstração de efetivo ato fraudulento praticado pelo recorrente, sendo que a sentença o fez, tão-somente, em decorrência da existência de indícios apontados pelo Togado, indícios que nem sequer restaram comprovados nos autos, tal como a alegada falência da empresa executada.

Já o segundo ponto levantado pelo Togado, igualmente deverá ser afastado!

Consabido que a ausência de integralização do capital social acarreta a responsabilização subsidiária dos sócios perante o capital ainda a ser integralizado.

Aliás, é o que aponta o art. 1.052 do novo Código Civil, se não vejamos:

"Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de sua quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social".

Em seus comentários, novamente nos socorre Fábio Ulhoa Coellho:

"Desse modo, consultado o contrato social da limitada, se dele consta encontrar-se o capital social totalmente integralizado, não há nenhuma responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, de natureza negocial. A falta de bens do patrimônio da sociedade, sobre os quais pudesse ser efetivada a garantia de recuperação do crédito, significa perda do credor. Se, contudo, a cláusula do contrato social sobre o capital noticia a subscrição a prazo, é cabível a responsabilização dos sócios pelo montante necessário a integralização. Qualquer credor, negocial ou não negocial, beneficia-se dessa exceção à limitação da responsabilidade dos sócios" (ob. cit., p. 404 e 405).

Waldirio Bulgarelli doutrina a propósito:

"Como pessoa jurídica, o patrimônio da sociedade por quotas é autônomo em relação ao patrimônio dos sócios. Já verificamos que o modelo brasileiro da sociedade por quotas prevê a responsabilidade do sócio até o valor total do capital social. Remanesce, contudo, uma responsabilidade subsidiária a bem dizer, quando as cotas não estejam totalmente integralizadas" (Sociedades Comerciais, 7ª ed., Atlas, São Paulo, 1998, p. 195).

A responsabilidade dos sócios, em caso de não-integralização do capital social, fica restrita à quantia ainda não subscrita.

In casu, percebe-se que já restou subscrita a integralidade do capital social, não havendo como efetivar o ingresso no patrimônio dos sócios da empresa para que, assim, sejam subscritas as cotas ainda pendentes.

A cláusula sétima do contrato social, aliás, é clara ao apontar que "a

integralização do capital social *será feita à vista* em moeda corrente nacional" (grifo nosso).

Ora, a integralização restou perfectibilizada à vista, conforme bem apontou citada cláusula, não havendo como, sob esse fundamento, alcançar-se o patrimônio dos sócios.

Nota-se que nesse particular deve prevalecer o constante no contrato social, e não no que restou registrado na Junta Comercial, isto porque, sendo os dados constantes na Junta mera cópia dos contratualmente previstos, não há como levar em consideração a ausência de patrimônio integralizado constante em documento emitido pela Junta Comercial, em contradição com o contratualmente previsto de que integralizado à vista.

A respeito do presente tema, aliás, assim já nos posicionamos no julgamento da Ap. Cív. n. 1999.020298-4, da comarca de São José:

"Os bens particulares dos sócios, uma vez integralizado o capital da sociedade por quotas, não respondem pelas dívidas desta, nem comuns, nem fiscais, salvo se o sócio praticou ato com excesso de poderes ou infração da lei, do contrato social ou estatutos.

"A pessoa jurídica tem, por lei, existência distinta daqueles que integram sua composição social, distinção essa que se estende aos respectivos patrimônios. De regra, os bens particulares dos sócios não podem ser vinculados às obrigações contraídas exclusivamente pela pessoa jurídica e de responsabilidade desta. Excepcionalmente, utilizada a personalidade jurídica para propósitos fraudulentos, admite-se a aplicação da teoria da desconsideração da personalização jurídica, tornando-a ineficaz para determinados atos.

"Inquestionável que para a aceitação da teoria da descaracterização da pessoa jurídica fique evidenciada a culpa do sócio-gerente no ato ilegal praticado, não podendo dita responsabilidade ser presumida em razão de os sócios serem marido e mulher. Assim, indemonstrado que há culpa imputável à esposa e ela ingressando com embargos de terceiro para que seja afastado seu patrimônio da arrecadação ordenada no feito falencial, não haverá outra alternativa senão deferir o pedido formulado".

Assim, é de dar-se provimento ao recurso interposto para que seja desonerado o bem ora constritado.

III — Decisão

Ante o exposto, por votação unânime, dá-se provimento ao recurso para que seja desonerado o bem ora penhorado.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Santa Ritta.

Florianópolis, 9 de outubro de 2003.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente, com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.005940-5, DE SÃO CARLOS

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Ação declaratória de responsabilidade solidária c/c desconsideração de personalidade jurídica.

Agravo retido. Suspeição do perito e afronta ao contraditório. Inocorrência. Despropósito da confecção de novo laudo. Cerceamento de defesa insubsistente.

Considerando que são de ordem subjetiva as razões que indicam a suspeição, seu acatamento, quanto ao perito, pressupõe a demonstração da efetiva quebra de parcialidade.

Não implica afronta à garantia constitucional do contraditório a utilização, em demanda movida contra o sócio de sociedade limitada, de laudo pericial emprestado de processo falimentar a enredando, máxime quando o que se ambiciona é a aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica. No mais, porquanto em voga os mesmos fatos, desnuda-se despicienda a confecção de nova perícia, sob pena de comprometer-se o acesso à efetiva (expressão em que se insere o vocábulo célere) prestação jurisdicional, igualmente assegurado em sede constitucional.

Usança deturpada da personalidade jurídica. Aplicação da doutrina do disregard of legal entity. *Honorários advocatícios. Relativização do § 2º do art. 208 da Lei de Quebras. Cabimento.*

Comprovada a infração à lei e ao contrato social, por atos empiorados pela presença de dolo e abuso de direito, impõe-se responsabilizar o sócio que, escondido sob o manto da capacidade autônoma de contrair direitos e obrigações, prejudica terceiros, fraudando a própria empresa em seu benefício exclusivo. Pela desconsideração da personalidade jurídica, recai sobre o sócio de limitada o mister de honrar, com o patrimônio particular, os compromissos assumidos pela empresa cujo apanágio é servir-lhe aos lucros, tornando inoperante a circunscrição da responsabilidade ao capital integralizado.

Tem-se dito, sobre a restrição constante do § 2º do art. 208 da Lei de Quebras, que não se aplica "às ações ordinárias ou

especiais paralelas ao processo falimentar, em que se tenha discutido questão que não se coloca exclusivamente dentro do procedimento falimentar. Nesse caso, ainda quando o direito material tenha sido previsto na Lei de Falências, mas com característica autônoma, de modo a não confundi-lo com as finalidades da execução coletiva, como também naqueles casos em que as pretensões se disciplinam segundo as regras do direito comum, abre-se ensejo para a aplicação do princípio da sucumbência, tornando-se legítima a condenação do vencido em honorários de advogado" (Yussef Said Cahali. Honorários Advocatícios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.236).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.005940-5, da comarca de São Carlos, em que é apelante Milton Klauck, sendo apelada Massa Falida de Materiais Klauck de Construção Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, rejeitar o agravo retido e negar provimento à apelação.

Custas de lei.

I – Relatório

Na comarca de São Carlos, a Massa Falida de Materiais Klauck de Construção Ltda., representada por seu síndico, aforou ação declaratória de responsabilidade solidária c/c desconsideração de personalidade jurídica e pedido liminar de seqüestro contra Milton Klauck, Luiz Klauck e Plínio Klauck.

Historiou que os demandados, na qualidade de sócios-gerentes da empresa Milton Klauck e Irmãos Ltda., empresa essa cuja razão social foi posteriormente alterada para Materiais Klauck de Construção Ltda., incorreram em uma série de "desatinos administrativos, causando, com a sua insensatez, prejuízo à sociedade, a ponto de elevá-la ao estado de insolvência real".

Noticiou que, como consectário da má administração, na qual se levaram a efeito atos fraudulentos, em benefício dos sócios e em detrimento de terceiros e da própria sociedade, teve esta sua falência decretada, com os termos inicial e legal marcados para 26-10-92 e 18-9-91, respectivamente. Descriminou um a um atos fraudulentos, alegando-lhes a desconformidade com a Lei e o estatuto e justificando-os com uma série de documentos, de par com um laudo pericial apurado em processo falimentar.

Segundo o relato, sobreditas fraudes consistiram, basicamente, na entrada exacerbada de mercadorias em período de crise, alienações simuladas e fraudulentas de veículos, em

operações cuja renda revertia em favor dos sócios, fraudes na contabilidade, sonegação de tributos e exercício ilegal da atividade após a decretação da quebra, dando sumiço aos bens da massa.

Culminou, após a exposição fática, requerendo a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, declarando-se a responsabilidade solidária dos sócios-dirigentes pelas obrigações da massa falida.

Pleiteou, outrossim, com o fito de evitar o esvaziamento patrimonial dos administradores, a concessão de liminar tendente ao seqüestro de seus bens, pedido que restou deferido às fls. 253 a 255.

Citados, os réus apresentaram contestação, em peças apartadas, sendo que as defesas de Milton e Plínio, os quais constituíram o mesmo procurador, são idênticas. Nestas levantou-se uma série de prefaciais, e, no mérito, foi patrocinada a legalidade de todos os atos de gestão praticados pelos sócios-gerentes durante o interregno em que figuraram no quadro societário. Sustentaram, ainda, que somente após a retirada de ambos da empresa é que teve início a fase decadente, não se podendo, por isso, atribuí-la a eles e tampouco imputar-lhes as obrigações assumidas a contar de sua exclusão.

O réu Luiz, a seu turno, atendo-se ao mérito da causa, consignou que não exerceu funções empresariais administrativas, donde, na qualidade de mero sócio, deve ter sua responsabilidade limitada ao capital integralizado.

Às fls. 847 a 850, proferiu-se despacho saneador rejeitando as preliminares argüidas por Milton e Plínio. Tal decisão foi objeto do agravo retido de fl. 868, no qual se requer a anulação da sentença e realização de nova perícia, ao fundamento de que o *expert* é suspeito e de que houve quebra do contraditório.

Da fl. 988 consta decisão homologando o pedido de desistência da ação contra Plínio, excluindo-o da lide com o assentimento de todos os envolvidos.

Ao cabo da fase instrutória, em que se ouviram diversas testemunhas, e após a manifestação ministerial opinando pela procedência do pedido, sobreveio sentença assim o julgando para o fim de, à vista da fraude à lei e da infringência ao contrato social, desconsiderar a personalidade jurídica da empresa falida, declarando a responsabilidade solidária dos réus Milton e Luiz Klauck, com os consectários da sucumbência.

Irresignado, Milton Klauck interpôs recurso de apelação propugnando, preliminarmente, pelo conhecimento do agravo retido encartado à fl. 868. Quanto ao mérito, ponderou que a responsabilidade por excesso de mandato ou infringência à Lei recai exclusivamente sobre a figura do administrador, no caso Luiz Klauck, de vez que já havia ele se ausentado do quadro societário. Ressaltou, ademais, que não há nos autos prova do excesso

de mandato ou mesmo de infração à Lei, requerendo, ao fim e ao cabo, a cassação da condenação referente aos honorários advocatícios.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos a esta Corte.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do apelo.

Vieram ao gabinete os autos conclusos.

II – Voto

Primeiramente, cumpre analisar o agravo retido à ordem do apelante, de cujos termos se extrai requerimento visando à anulação do veredicto em virtude de cerceamento de defesa.

Examinando o recurso, fácil é ver que os argumentos com arrimo em que se reduz a termo o pedido de nova perícia consistem em eventual quebra do contraditório e na suspeição do *expert*.

Logicamente, sucesso não aguarda a tese, seja pelo primeiro como pelo segundo dos arrazoados.

Parece inegável que o laudo pericial submeteu-se, sim, ao crivo do contraditório, à medida em que os réus tiveram à disposição todo o *iter* processual para impugnar as conclusões. Todavia, como sói notar, remanesceu-lhe patente o vigor, considerando que, malgrado oportunizados, abstiveram-se de atacá-lo incisivamente, contentando-se com a apresentação de meras investidas verbais concernentes à suspeição do perito.

Conforme já decidido, "Os motivos geradores da suspeição hão de existir entre o perito-excepto e uma das partes, devendo estar suficientemente demonstrados; do contrário, não se reconhece a ocorrência de quebra da imparcialidade" (Agravo de Instrumento n. 2001.011838-6, de Tubarão, rel. Des. Pedro Manoel Abreu). *In casu*, nada há de concreto que comprometa a parcialidade do *expert*, podendo-se tranqüilamente utilizar o laudo enquanto elemento de convicção.

Ad argumentandum, consoante orientação sobremodo divulgada na doutrina e jurisprudência pátria, a configuração de uma das hipóteses de suspeição, arroladas em *numerus clausus* pelo art. 135 do CPC, institui em favor do prejudicado uma presunção apenas relativa de prejuízo, comportando derrogação por prova em contrário.

Nesse sentido é o ensinamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

"Os motivos enumerados no CPC 135 indicam presunção relativa de parcialidade do juiz, que pode ser afastada mediante prova em contrário. Os motivos indicadores da suspeição são de ordem subjetiva" (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 447).

Pois bem, a fidelidade que enlaça o laudo aos demais documentos

constantes do vivaz plexo probatório, aos próprios depoimentos pessoais dos sócios e, outrossim, das testemunhas, é o *quantum satis* para o afastamento da aludida presunção relativa de parcialidade. Sim, porquanto as conclusões periciais são exatamente as mesmas a que conduzem as demais provas, expurgando definitivamente quaisquer suposições de que lhe sejam congênitas fábulas decorrentes de interesses subjetivos do *expert*.

Destarte, em face inclusive da completude do parecer pericial em voga (art. 437, CPC, inteligência *contrario sensu*), força é convir que a reprise do ato processual representaria, unicamente, providência atentatória contra a economia e efetividade consagradas pela moderna processualística.

Por fim, à guisa de saneamento, impende assentar a possibilidade de convivência harmônica entre o entendimento ora esboçado e a garantia estampada no art. 5º, LV, da Lei Maior.

Com efeito, nota-se que o Magistrado *a quo*, a propósito do despacho saneador, embasou nas seguintes circunstâncias a desnecessidade de realização de nova perícia:

"Ocorre que o perito fora nomeado pelo Magistrado da época nos autos de falência (fl. 225, Proc. n. 259/91) quando não houve a tempo e modo qualquer insurgimento e irresignação quanto a seu nome e trabalho. Entendo preclusa a oportunidade, até porque, é evidente que agora, passados vários anos, a realização de nova perícia seria providência dificílima, quando não, inútil, e que serviria tão-só para procrastinar ainda mais o deslinde do feito".

Donde inferível, facilmente, que a valência do laudo pericial para este processo representa o emprego de prova emprestada. Segundo o melhor entendimento, tal prova é admitida no direito brasileiro, contanto que obtida na presença da parte contra que se a opõe.

Muito a propósito, confira-se a Ap. Cív. n. 48.731 (88.081942-1), de Santa Cecília, em que funcionou como relator o destacado Des. João José Schaefer. Do corpo do v. aresto, extrai-se:

"Humberto Theodoro Júnior afirma que, 'entre os meios não previstos no Código, mas moralmente legítimos, podem ser arrolados os clássicos indícios e presunções, bem como a prova emprestada, que vem a ser aquela produzida em outro processo, mas que tem relevância para o atual' (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 3ª ed., p. 457).

"José Frederico Marques tem a prova emprestada de admissibilidade indiscutível, advertindo, contudo: 'se a prova foi colhida sem a participação da parte contra quem deva operar, mínimo ou quase nenhum tem de ser o seu valor. O Juiz, se possível, deve mandar repeti-la para que assim se obedeçam aos postulados e garantias do contraditório' (Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, 2ª edição, p. 387 e 388).

"Finalmente, Moacyr Amaral Santos, em suas notáveis 'Primeiras Linhas de Direito Processual Civil', 2º volume, n. 506, p. 272, escreve que 'Mesmo que não especificados por lei, mas moralmente legítimos, isto é, idôneos, por outros meios poder-se-á provar a verdade dos fatos. Assim, por exemplo, as chamadas provas emprestadas, isto é, transportadas de outros processos, onde se produziram para a demonstração dos mesmos fatos...'.

"Humberto Theodoro Júnior, a propósito, transcreve acórdão do STF publicado na RTJ 56/285, no sentido de que 'É admissível a prova emprestada quando tenha sido colhida mediante garantia do contraditório, com a participação da parte contra quem deva operar'.

"Em seu Código de Processo Civil Anotado, 7ª edição, revista e atualizada, vol. 2, páginas 1.606 a 1.608, Alexandre de Paula reproduz inúmeros julgados que admitem a prova emprestada, desde que, como no respeitável aresto do STF, acima referido, observada a garantia do contraditório".

No caso *sub studio*, não há negar que a perícia foi levada a efeito em processo falimentar movido contra a empresa cuja quebra posteriormente decretou-se, e em cujo quadro societário figuravam os réus, sem que estes, todavia, protagonizassem diretamente aquela demanda. Num primeiro contato, assim, o emprego irrestrito da prova emprestada pode aparentar violação ao princípio do contraditório, garantia do devido processo constitucional.

Todavia, dadas as peculiaridades do caso, não é esse o melhor dos caminhos a ser trilhado pelo raciocínio. A presente demanda visa (com êxito, conforme se demonstrará) justamente pôr termo à distinção entre as pessoas dos sócios e da empresa falida, de sorte que o exercício mental encerraria em si notável contradição se, embora persuadido a desconsiderar a personalidade jurídica para fins de vincular o patrimônio pessoal dos sócios ao adimplemento das obrigações da massa, consignasse a diferença entre os mesmos sujeitos da desconsideração potencialmente reconhecida, determinando a realização de nova perícia. Enfeixar-se-ia a adoção de entendimentos quase incompatíveis, o que não se justifica à vista de sensata interpretação circunstancial.

Não seria exorbitância registrar que o real desiderato do sócio, conquanto recôndito no argumento, é ainda uma vez esconder-se sob o manto da capacidade autônoma de contrair direitos e obrigações, beneficiando-se enquanto pessoa física e postergando a obrigação, que cedo ou tarde se lhe imporá, de responder pelo passivo da massa.

No mais, na qualidade de sócio majoritário e administrador, é intuitivo que teve o recorrente ciência da designação do perito e da elaboração do laudo no processo falimentar, de modo que a prova foi produzida, inegavelmente, sob seus cuidados indiretos.

À derradeira, já que em voga os mesmos fatos, é despicienda a confecção de novo laudo, sob pena de comprometer-se o acesso à efetiva (expressão em que se insere o vocábulo célere) prestação jurisdicional, igualmente assegurada em sede constitucional. É outrossim à vista da proporcionalidade que se rejeita o agravo retido.

Prosseguindo, quanto ao recurso apelatório, também este não merece provimento.

A desconsideração da personalidade jurídica se vem admitindo, com acerto, nas hipóteses em que caracterizado mau uso do ente moral. Por sua aplicação é imposto aos sócios o mister de honrar, com o patrimônio particular, os compromissos assumidos pela empresa cujo apanágio é servir-lhes aos lucros. É igualmente por ela que se torna inoperante, nas limitadas, a circunscrição da responsabilidade ao capital integralizado.

A exemplo de toda e qualquer medida excepcional, a doutrina do *disregard of legal entity* demanda a comprovação inequívoca de seus pressupostos, sob pena de, subvertendo os princípios estruturais, tomar-se por regra a exceção. Dentre ditos pressupostos vale transcrever, à guisa de ilustração, a fraude à lei ou ao contrato social, mediante o emprego de ardis os mais diversificados, empiorados pela presença de dolo ou abuso de direito.

Na demanda em epígrafe, como se passa a expor, ficou provada à sobeja a usança deturpada da atividade empresarial, retratando-lhe o emprego fraudulento deliberado e lesivo aos interesses sociais.

Inversamente ao que sustenta o apelante, não há, à míngua de sua exclusão da sociedade, como atribuir exclusivamente a Luiz responsabilidade solidária.

Eis o porquê. Primeiramente, na data de 6-5-91, cerca de 13 anos após a constituição da empresa, o então quotista majoritário, Milton Klauck, por meio de alteração no contrato social mudando-lhe a razão e majorando-lhe o capital, ausentava-se do quadro societário, ao que tudo indica como forma de resguardar-se das funestas perspectivas empresariais.

Sem embargo, sobredita alteração constitutiva só se registrou em 8 de outubro daquele mesmo ano. Como excedido o trintídio a que alude o art. 39 da Lei n. 4.726/65, fácil é perceber que à modificação não se pode atribuir eficácia retroativa; daí dever-se considerá-la *ex nunc*, ou seja, a contar da data em que perfectibilizado o registro.

Nessa ocasião – contida, aliás, no período de agonia da empresa – já um sem-número de atos reprováveis se tinham realizado. E segundo o contrato social, giza-se, Milton ainda era sócio e, mais, administrador.

Deparando-se com esses dados, assim manifestou o perito sua percepção:

"Os atos constitutivos de sociedades comerciais e respectivas alte-

rações somente terão eficácia a partir da data do efetivo registro, retroagindo à data constante no documento, quando protocolado no órgão competente até 30 (trinta) dias de sua lavratura, de acordo com o artigo 39, parágrafo único, da Lei n. 4.726, de 13-7-65 [...].

'Artigo 39. Os documentos, a que se referem os números II, III, IV, V e VI do art. 37, deverão ser apresentados à Junta dentro do prazo de 30 (trinta) dias contados de sua lavratura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento, registro, anotação ou cancelamento.

'Parágrafo único. Requerido fora desse prazo, o arquivamento só terá eficácia a partir da data do despacho que o conceder.'

"No mesmo sentido é o Decreto Regulamentador n. 57.651, de 19-1-66, em seu artigo 73, § único.

"Assim, a última Alteração Contratual da empresa Milton Klauck e Irmãos Ltda., lavrada em 6-5-91 e somente registrada em 8-10-91, produziu seus efeitos a partir da data do efetivo registro, não tendo efeito retroativo à data de sua lavratura.

"Logo, tendo o MM. Juiz fixado o Termo Legal da Quebra em 18-9-91, ao decretar a falência em 26-10-92 (fls. 57 a 59), são considerados sócios-quotistas e integrantes da massa falida os Srs. Milton Klauck, Plínio Klauck, Urbano Klauck e Luiz Klauck".

Por outro lado, a circunstância de a alteração ter-se enviado à Jusesc dentro do mencionado prazo de trinta dias não guarda implicações. Ora, se, de par com não a ter registrado, determinou-se-lhe a emenda, deve ser porque comportava irregularidades; justamente pelo que não lhe tocava aptidão para produzir efeitos. Assim, deve ter-se em mira a data do efetivo registro, e tão-só ela.

A pretexto argumentativo, mesmo que prescindível o registro, convém lembrar que a retirada formal do sócio não implicaria, necessariamente, a retirada de fato. Ora, se mesmo após a lavratura do instrumento a participação de Milton no planejamento da empresa remanesceu incisiva, todos os atos nóxios, sem exceção, podem imputar-se também a ele. Simplesmente não há como ignorar sua responsabilidade, qualquer que seja o enfoque atribuído.

Sobre a suposta exclusão, de resto, pode-se concluir, em coro com o Togado, que "qualquer um de senso intelectual mediano pode inferir que tudo não passou de uma armação, um verdadeiro estratagema arquitetado com o nítido propósito de fraudar credores e induzir em erro aqueles que serviam de alvo de seu golpe".

Mais adiante, salienta o Juiz que "iniludivelmente a situação era ruim e, como Milton era e sempre foi o cabeça da família, deveria safar-se e ser preservado". E tanto isso é verdade que Luiz, igualmente sucumbente em primeira instância, absteve-se de recorrer, permitindo que Milton interpusesse um recurso imputando-lhe toda e qualquer responsabilidade.

Assim, não há cogitar da almejada isenção.

Prosseguindo, são os embustes e o uso deturpado da atividade empresarial que se passa a analisar.

Flagra-se, nitidamente, do instrumento da alteração social e do laudo pericial, este encartado às fls. 225 a 235 dos autos, o torpe propósito dos sócios. A significativa majoração do capital social, dantes mencionada, jamais se calcou em dados concretos, mas em incorporações de reservas de capital e expectativas de lucros improváveis. Na verdade, serviu deliberadamente para "aumentar o crédito perante terceiros" (depoimento de Germano Arenhard, fl. 1.000).

Curiosamente, logo após a manobra (embora ainda não registrada) tendente à obtenção de empréstimos de maior representatividade, a empresa intensificou desproporcionalmente, com prováveis compras a prazo, o número das mercadorias de entrada (fls. 45 a 71), causando notória atividade deficitária. A justificativa, no dizer do sócio Luiz, encontra amparo numa tentativa de "implementar as vendas sem contudo ter um critério", com intuito de "fazer maior caixa" (fl. 991).

A partir do desastre, nada ocasional, do novo método administrativo, também surpreendentemente deflagrou-se uma "operação de desmonte", esvaziando o patrimônio da empresa em detrimento dos credores. Tal operação consistiu, basicamente, em alienações baratas dos bens empresariais, em operações cuja renda reverteu em favor dos sócios e de empresas diversas; realização de depósitos bancários (sem razão comercial) em prol da empresa Brukutu, empresa essa cujas cotas, em sua maior parte, são de titularidade de Milton; aquisição de materiais agrícolas, pagos com capital da empresa, mas destinados à atividade produtiva de empresa distinta, também correlata a Milton; dentre inúmeros outros atos tão virtuosamente narrados na peça introital que dispensam menção.

O fato é que a integralidade dos documentos aportados aos autos, retratando fielmente *quaestiones facti* descritas na peça pórtica, é corroborada pelos termos das habilitações dos credores da massa falida, pelo laudo pericial e pelos depoimentos colhidos ao longo da instrução processual.

Bem de ver, de passagem, que o próprio apelante, em seu depoimento pessoal, quando indagado sobre a transferência documentalmente comprovada de capitais entre as empresas (fls. 90 e 91), deixou escapar que, "se houve transferência de dinheiro da falida para a Brukutu, deve referir-se ao pagamento das cotas que vendeu para Luiz". Vale dizer: se realmente existiu essa venda, o capital da conta corrente da pessoa jurídica transferiu-se pelo sócio como forma de pagamento de dívida particular, respeitante à aquisição de cotas em empresa diversa. Isso contribuiu para descapitalizar indevidamente a empresa, em detrimento dos credores.

Por outro lado, a contabilidade empresarial, inigualavelmente desastrosa, guardava repercussões sombrias inclusive em sede tributária. De

acordo com o documento de fl. 92, emitido pelo Departamento da Receita Federal, a empresa não possuía "escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, e optou indevidamente pela tributação com base no lucro presumido no exercício 92 – havia ultrapassado o limite do Lucro Presumido no exercício anterior".

No mesmo documento estampa-se o "procedimento adotado, por não existir estoque físico de mercadorias em final do período, presumindo-se que tenham sido vendidas sem emissão de nota fiscal e sem oferecimento do lucro à tributação". Consoante, também, o laudo pericial, existia um estoque frio, à míngua de notas fiscais, sendo que, por outro lado, os tributos estaduais não eram resgatados.

A pretexto ilustrativo, extraem-se outras falcatruas habilmente diagnosticadas na sentença monocrática:

"Outra pergunta que não quer e não pode calar: Como justificar a compra de maquinário agrícola junto a (*sic*) empresa Donini pela empresa falida? Como estes maquinários foram parar na fazenda de Milton? A resposta está no depoimento de fls. 976 verso.

"Mais uma. Onde é que se lê no contrato social da empresa que seu objetivo social é a agricultura/ Isto não é desvio de finalidades estatutárias? A resposta não é outra que não afirmativa, decorrendo daí elemento e pressuposto da procedência do pedido, como, aliás, já se disse alhures, pois o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, apreciando o HC n. 12.459, acima invocado e transcrito, adentrou no mérito da *quaestio*, analisou as provas e pontificou a responsabilidade dos sócios.

"Outra. Raoni, ouvido à fl. 993, diz que entregou um automóvel Fiat para a empresa como pagamento. Esta versão é admitida pelo depoimento de Luiz Klauck. Pergunta-se: Este Fiat e o numerário entraram na empresa? A resposta mais uma vez é negativa".

Importante destacar, mais, que a empresa não fechou as portas após a expedição do decreto de falência, ignorando a determinação judicial com o propósito de dar cabo de seu estoque. Vilson Hinterholz não hesitou em averbar "que, em seguida a ordem de lacramento do estabelecimento, deram uma parada de dois a três meses, sendo que depois retomaram a atividade, de forma normal, com a entrada e saída de mercadorias" (fl. 999).

Como se vê, não são poucas as condutas que permitem se afira tanto a tipificação de fraude à lei quanto a infração ao contrato social. Isso sem falar nas demais imposturas, expostas com clareza solar no laudo pericial, mas, por amor à economia, não transcritas.

Sobre a doutrina do *disregard of legal entity*, assim já se manifestou esta Corte, em precedente da lavra do eminente Des. Trindade dos Santos:

"Execução de sentença. Não localização de bens da empresa de-

vedora. Pretensão à penhora em bens de sócio. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Desconsideração da personalidade jurídica. Pressupostos, para tanto, ausentes. Insurgência desacolhida.

"Os bens particulares de sócio que já integralizou o seu capital participativo em sociedade por cotas de responsabilidade limitada, não respondem por dívidas da empresa, exceto quando comprovado à saciedade haver o sócio atuado, para a formação do débito, de forma contrária à lei ou ao contrato social, com dolo ou com abuso de direito, bem como na hipótese de dissolução irregular da sociedade" (AI n. 98.016810-4, de Criciúma, j. 13-4-99).

Eis o parecer da doutrina, cá representada por Fábio Ulhoa Coelho:

"[...] somente quando a pessoa jurídica for utilizada para a realização de uma fraude ou abuso de direito é que o Juiz está autorizado a ignorá-la. O simples prejuízo de terceiros em razão da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais nunca será, por si só, fundamento para a desconsideração. Sem o elemento subjetivo, intencional, destinado a ocultar uma ilicitude atrás da pessoa jurídica, não há como superar a autonomia patrimonial que a caracteriza. Se inexiste fraude ou abuso de direito, a personalização da sociedade, associação ou fundação deverá ser amplamente prestigiada" (Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, São Paulo: Saraiva, 1991).

Por fim, Marçal Justen Filho define a desconsideração como "a ignorância, para casos concretos e sem retirar a validade do ato jurídico específico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida a uma ou mais sociedades, a fim de evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica" (Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro. São Paulo: Editora RT, 1987, p. 57).

Rematando a questão, é de sublinhar-se que, das inúmeras acusações que lhe são imputadas, logrou o recorrente esclarecer, e ainda assim temerariamente, apenas uma, respeitante à sub-rogação quando da transação de um caminhão. Mas isso não é, nem de longe, o bastante para dispensá-lo.

Alternativamente, forte no § 2º do art. 208 da Lei de Falências, requer-se o levantamento da condenação referente aos consectários da sucumbência.

Sobre o assunto, extrai-se da obra de Yussef Said Cahali:

"No que se tem que o disposto no art. 208 e seus parágrafos da Lei de Falências restou incólume ante as alterações da lei processual com vistas à adoção da regra da sucumbência, também se tem ressaltado que a disposição ali estabelecida, segundo a qual 'a massa não pagará as custas e advogados dos credores e do falido' (§ 2º), só se refere aos processos de falência e concordatas propriamente ditos. Não se aplica, pois, às ações ordinárias ou especiais paralelas ao

processo falimentar, em que se tenha discutido questão que não se coloca exclusivamente dentro do procedimento falimentar. Nesse caso, ainda quando o direito material tenha sido previsto na Lei de Falências, mas com característica autônoma, de modo a não confundi-lo com as finalidades da execução coletiva, como também naqueles casos em que as pretensões se disciplinam segundo as regras do direito comum, abre-se ensejo para a aplicação do princípio da sucumbência, tornando-se legítima a condenação do vencido em honorários de advogado" (Honorários Advocatícios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.236).

A lição se amolda perfeitamente ao caso, no qual a discussão é apenas correlata ao procedimento falimentar propriamente dito, donde descabida a restrição, a qual, aliás, como toda e qualquer norma que excepciona a regra, não merece interpretação extensiva.

Isso posto, nega-se provimento à apelação.

III – Decisão

Ante o exposto, a Câmara decide, à unanimidade, rejeitar o agravo retido e negar provimento à apelação.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Dionízio Jenczak.

Florianópolis, 12 de fevereiro de 2004.

Trindade dos Santos,
Presidente, com voto;
Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Relatora.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.010264-0, DE INDAIAL

Relator: Des. Trindade dos Santos.

Alienação fiduciária em garantia. Busca e apreensão. Garantia de débitos preexistentes. Mora, ademais, não caracterizada a contento. Carência de ação.

I — Identifica-se simulação no pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia, quando for constituído, não para garantir um efetivo empréstimo, mas como mera garantia de débitos preexistentes e não adimplidos, alvo de renegociação já garantida por título dotado de prerrogativas executivas.

II — Há, de outro lado, carência da ação de busca e apreensão quando a mora debitoris *não se vê caracterizada a contento, mercê da inserção, na quantificação do débito tido como inadimplido, de acessórios abusivos ou percentualizados em desacordo com as normas legais incidentes.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.010264-0, da comarca de Indaial (1ª Vara), em que é apelante Banco Real S.A., sendo apelada Intepe — Indústria Têxtil Pereira Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencido o Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzi.

Custas de lei.

I — Relatório

Em combate ao *decisum* que, por entender não ser possível a alienação fiduciária em garantia de débitos preexistentes, julgou extinta a ação de busca e apreensão por si intentada contra Intepe — Indústria Têxtil Pereira Ltda., apelou o Banco Real S.A., sustentando, de início, que, nos termos da Súmula 28 do STJ, o contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor.

Sustentou não ter pretendido valer-se da simulação para celebrar o contrato com a apelada, agindo com o objetivo de obter privilégio especial na hipótese de eventual falência da devedora fiduciária.

Postulou, ainda, pelo reconhecimento da revelia da recorrida, uma vez que a ação não foi contestada no prazo legal.

Requereu a anulação da sentença para que outra seja proferida, julgando-se procedente o pedido formulado na exordial.

Conquanto intimada, a empresa apelada não apresentou resposta.

Manifestando-se nos autos, posicionou-se o Dr. Promotor de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do recurso intentado, com a conseqüente confirmação do decisório atacado.

Neste grau de jurisdição, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, anulando-se a senten-

ça combatida, determinando-se a baixa dos autos à comarca de origem para prosseguimento e julgamento da causa.

II — Voto

A sentença extintiva atacada impõe-se confirmada, também em razão da não configuração, a contento, da mora da empresa apelada.

Extrata-se dos autos terem os litigantes celebrado instrumento particular de confissão de dívida garantida por alienação fiduciária, no valor de R$ 191.023,87, a ser pago em 36 parcelas mensais, instrumento esse vinculado a saldos devedores de outros contratos.

Deixando, no entanto, a empresa recorrida de pagar as prestações devidas, ajuizou o estabelecimento de crédito ação de busca e apreensão, com fulcro nos permissivos do Decreto-Lei n. 911/69.

Deferida a liminar postulada, permaneceu o bem alienado na posse do sócio Ilmar Pereira, a quem foi deferido o encargo de fiel depositário dos bens.

Embora regularmente citada, a demandada deixou fluir *in albis* o prazo para contestação.

À fl. 25, veio aos autos a informação da decretação da falência da empresa requerida, razão pela qual foi intimado o síndico, o qual se manifestou legando que o contrato de confissão de dívida caracteriza-se como verdadeiro mútuo, sendo ilegal a utilização da alienação fiduciária prevista no Decreto-Lei n. 911/69, posto que os bens já pertenciam ao devedor, configurando-se a simulação, e, por conseqüência, a nulidade da garantia pactuada.

A MMa. Julgadora singular decretou a extinção do processo, sem julgamento do mérito, em virtude da impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a alienação fiduciária teve, *in casu*, o propósito de garantir o pagamento de uma dívida preexistente.

Na insurgência que interpôs, a instituição financeira acionante utiliza como um de seus argumentos principais a possibilidade de o contrato de alienação fiduciária em garantia poder ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor.

Primeiramente analisaremos a impossibilidade de a garantia fiduciária ser constituída como pacto adjeto em uma renegociação de dívidas anteriores da empresa requerida, conforme sustentado pela Magistrada sentenciante, incidindo, assim, em verdadeiro pacto comissório, vedado expressamente pelo art. 765 do Código Civil.

Manifestando-se sobre o tema, Paulo Restiffe Neto expõe:

"O pacto comissório, por qualquer de suas manifestações na prática, incide na censura da lei e não é por ela admitido, de vez que disfarça uma venda forçada e condicional que se contrapõe e inutiliza a finalidade

legítima das relações de segurança real, como leciona Carvalho Santos, com apoio nos ensinamentos de Afonso Fraga e Chironi, desnaturando o contrato de garantia real e frustrando o espírito da lei (Código Civil Brasileiro Interpretado, 5ª ed., Freitas Bastos, 1953, vol. X, p. 91)" (Garantia Fiduciária, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 184).

E razões existem a amparar o *decisum* guerreado!

Apropriamo-nos, neste voto, do teor da sentença proferida na comarca de Blumenau, da qual já nos utilizamos para fundamentar o acórdão prolatado na Apelação Cível n. 2000.017813-6, transcrevendo-a integralmente.

Disse o então decisor, *in verbis*:

"Cuida-se de ação de busca e apreensão de veículo automotor alienado com garantia fiduciária ajuizada por Banco Bradesco S.A. contra Osmar Augusto Schwanke.

"Está claro pelo documento de fls. 7 a 10 que, na espécie, a garantia fiduciária foi constituída como pacto adjeto em uma renegociação de uma dívida anterior do requerido. Por outras palavras, a alienação foi engendrada para atuar como garantia de uma dívida preexistente.

"Em tal circunstância, não há invocar a proteção da Súmula 28 do Superior Tribunal de Justiça, para sustentar a validade da alienação fiduciária.

"Não se pode confundir mútuo ou financiamento com uma dívida já consolidada e preexistente. No financiamento ocorre um adiantamento em dinheiro para o devedor. Na dívida, já pendente, inexiste a entrega de qualquer coisa.

"Por isso que no mútuo ou financiamento é possível a instituição da garantia fiduciária em bens já integrantes do patrimônio do devedor. Quando a alienação é feita com o sentido de garantir o pagamento de uma dívida, ela, na verdade, outra coisa não é senão pacto comissório, vedado pelo art. 765 do Código Civil.

"A despeito de algumas objeções doutrinárias e jurisprudenciais, parece plenamente plausível e justificável que os bancos exijam uma garantia fiduciária em casos de empréstimos ou financiamentos para capital de giro das empresas ou para atender qualquer outra necessidade de pessoas jurídicas ou físicas.

"A propósito disso, pertinente transcrever o posicionamento do ilustre magistrado gaúcho, Arnaldo Rizzardo:

'Os bancos de investimento, referidos no art. 29 da Lei n. 4.728, tiveram sua constituição e o funcionamento regulados pela Resolução n. 18, de 18-2-66, cujos incs. XXXI e XXXVI cuidam das garantias tanto nos empréstimos para formar capital fixo, como nos de capital de giro.

'No inc. XXXI consta: 'Os empréstimos para financiamento de capital de movimento deverão ser garantidos por direitos reais de garantia, ou outras garantias a juízo do Banco Central'.

'No inc. XXXVI temos que: 'a obrigação dos bancos deve ser contragarantida, entre outros meios, por alienação fiduciária em garantia'.

'Igualmente pela Res. n. 93 de 26-6-68, inc. XXI, o Banco Central do Brasil permite que o empréstimo para o financiamento de capital fixo seja garantido por alienação fiduciária em garantia'.

'Orlando Gomes endossa tal aplicação, afirmando: 'Este entendimento é aceito tranqüilamente no mercado financeiro, tendo recebido confirmação na prática diuturna de contratos de alienação fiduciária nos quais figuram como partes outras instituições financeiras que são as sociedades de crédito, financiamento e investimento e nos quais a dívida fiduciariamente não se origina da compra e venda. É que também essas outras instituições financeiras se acham sob o mesmo controle e fiscalização do Banco Central e também reclamam, para facilitar a liquidação de certas operações, um instrumento jurídico de pronta e eficiente ação, como é, sem dúvida, a alienação fiduciária em garantia'.

'Com tais fundamentos, não há como invalidar o contrato nestas circunstâncias. De acordo com as resoluções do Banco Central referidas e mais a de n. 45, não deve considerar-se nulo o contrato no qual se instituiu a fidúcia em garantia de empréstimo para fornecer à empresa capital de giro' (Contratos de Crédito Bancário, Ed. RT, p. 249 e 250).

"A situação ora examinada, entretanto, é diferente porque — repita-se — aqui não houve nenhum tipo de financiamento ou de entrega de dinheiro para o réu.

"Certamente suspeitando que o réu não seria capaz de resgatar a dívida renegociada, o banco exigiu a alienação fiduciária de um automóvel ano 1994, o que lhe era muito mais conveniente do que outras garantias como o penhor ou a fiança de terceiros. E isso porque, com a alienação fiduciária, não havendo o resgate da dívida, o credor, numa antecipação evidente de pacto comissório, subtrai, desde logo, o bem do domínio do devedor ou então reclama a sua prisão por via da ação de depósito. Na primeira alternativa, ainda lhe assiste o direito de, sem qualquer tipo de controle, promover a alienação extrajudicial da coisa e, por sobre isso, se saldo houver, cobrá-lo do devedor ou de seus garantidores.

"Sobre tal prática é preciso refletir sobre as palavras de Arnaldo Rizzardo: 'O intento, torna-se óbvio, é impingir, contra o devedor, mais uma garantia, consistente na ameaça de prisão como depositário infiel de um bem que lhe pertencia e não foi adquirido com o mútuo, conduta que adquire contornos de criminalidade, numa aproximação da figura do art. 160 do CP, isto é, da extorsão indireta: 'Exigir ou receber, como garantia de dívida, abusando da situação de alguém, documento que pode dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiros. Pena —

reclusão de um a três anos, e multa' (ob. cit., p. 252)'.

"O Judiciário não pode chancelar ou compactuar com esse tipo de procedimento, cumprindo identificar esse tipo de negócio sem preocupação com filigranas jurídicas, mas, sim, como aquilo que ele efetivamente é: pacto comissório nulo porque vedado em lei.

"Sobre o pacto comissório, é sempre oportuno ter em mente a lição de Clóvis Bevilácqua: 'A proibição do pacto comissório funda-se em um motivo de ordem ética. O direito protege o fraco contra o forte, impede que a pressão da necessidade leve o devedor a convencionar o abandono do bem ao credor por quantia irrisória. O imperador Constantino, impressionado pelas manobras capciosas dos pactos comissórios, cuja aspereza crescia assustadoramente, decretou-lhes a nulidade, e as legislações modernas aceitaram essa condição. O pacto comissório não pode ser estipulado no momento de ser dada a garantia real, nem posteriormente' (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil; edição histórica, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1979, vol. I, p. 1.229).

"Aliás, como se dava na época do preclaro imperador, nota-se hoje, no foro judicial, um progressivo aumento de ações de busca e apreensão em que se constitui a alienação fiduciária para garantir o pagamento de saldo devedor de conta corrente.

"Se não houver uma reação firme dos juízes a esta verdadeira excrescência, não estará longe o dia em que todos os contratos bancários tenham sempre como odioso penduricalho a alienação fiduciária, instituto que pode e até deve ser preservado desde que não seja desnaturado de sua função original, qual seja, servir como uma garantia eficaz para o credor que fornece dinheiro destinado a ser investido em atividades produtivas. Não sendo assim, brevemente não se verá mais nenhum banco ajuizar processo de execução. Este será um antiquado instrumento de uso compulsório de quem não é dono de banco...

"Sensível a este preocupante quadro, no julgamento da Apelação Cível n. 97.005682-6, da comarca de Balneário de Camboriú, o voto do eminente desembargador vencido averbou:

'O contrato de alienação fiduciária em garantia cuida de modalidade de convenção onde o bem financiado pelo credor fiduciante garante a estipulação, podendo ensejar sua busca e apreensão sumária, todavia, este contrato, prescinde da efetiva realização do negócio. Assim, a falta de requisitos intrínsecos retira o benefício elencado.

'Comprovada a simulação, deve-se ter o contrato como simples modalidade de mútuo, pois, caso contrário, criar-se-á a verdadeira indústria dos empréstimos garantidos por alienação fiduciária' (DJE de 8-5-98).

"Em arremate, no caso vertente, o pacto adjeto de alienação fiduciária é nulo porque, não tendo havi-

do qualquer financiamento ou empréstimo, mas mera confissão de dívida preexistente, trata-se de pacto comissório, vedado em lei.

"Resulta daí que, inexistindo a alienação fiduciária, o pedido de busca e apreensão é jurídicamente impossível, acarretando o indeferimento da petição inicial.

"Pelo exposto, com fundamento no art. 295, parágrafo único, inc. III, do CPC, indefiro a petição inicial e, em conseqüência, julgo extinto o processo (art. 267, I, CPC)".

Esclareçe-se, entretanto, que não se nega, com a confirmação do *decisum* de extinção, a possibilidade de dar o devedor, em alienação fiduciária, bens já integrantes do seu patrimônio.

Mesmo porque, conforme já sustentou o colendo Tribunal de Alçada Civil do Estado do Rio Grande do Sul:

"Possibilidade de dar em alienação fiduciária bens próprios porque, tratando-se de propriedade de direito disponível, não afronta norma de ordem pública. Apelo improvido" (Ap. Cív. n. 192.956.604, 2ª CCiv., j. 7-5-92, rel. Juiz Paulo Heerdt).

É esse, aliás, o entendimento predominante nos Tribunais pátrios, inclusive neste Pretório e no egrégio Superior Tribunal de Justiça.

A respeito, transcreve-se:

"Bens infungíveis, instrumentos de trabalho da empresa. Possibilidade da sua alienação em garantia, mesmo já anteriormente integrados ao patrimônio do devedor. Não cabe estabelecer distinção onde a lei não distingue e a natureza do pacto não a impõe [...]" (REsp n. 3.413/RS, j. 25-6-91, rel. Min. Athos Carneiro).

"Alienação fiduciária em garantia. Bens não adquiridos com o produto do financiamento. A lei admite a possibilidade de serem fiduciariamente alienados bens já antes pertencentes ao devedor, e portanto não adquiridos com o produto do financiamento [...]" (RSTJ 33/204).

De forma igual, expusemos na ementa do acórdão referente à Apelação Cível n. 97.004503-4, da comarca de São Miguel do Oeste:

"Não há qualquer vedação legal expressa a que o contrato de alienação fiduciária em garantia tenha por objeto bem integrante do patrimônio do devedor".

Também não é de se ignorar que, em hipótese assemelhada à dos autos, disse o Superior Tribunal de Justiça:

"Alienação fiduciária — Bens integrantes do patrimônio do devedor que podem ser alienados — Impossibilidade de qualificação como penhor.

"I — Segundo entendimento sumulado do Tribunal (enunciado n. 28), o contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bens já integrantes do patrimônio do devedor. II — Não obstante as afinidades, a alienação fiduciária em garantia não

pode ser qualificada como 'penhor mascarado e pacto comissório antecipado' pela circunstância de sustentar-se também em bens já pertencentes ao devedor" (REsp n. 5.528/Mato Grosso do Sul — 4ª Turma — rel. Min. Sálvio de Figueiredo — DJU de 9-12-91, p. 18.034).

Contudo, no caso sob apreciação, há conotações totalmente diversas.

O pacto comissório, *in specie*, não decorre do simples fato de o bem alienado fiduciariamente já integrar o patrimônio da apelada quando da convenção que instituiu o gravame, pois assentimos com a jurisprudência predominante de que, em tal hipótese, a vinculação garantidora é válida e eficaz.

Aqui o pacto comissório, como bem exposto pela insigne sentenciante, decorre do fato de já preexistir o débito, tratando-se da repactuação de contratos anteriores, com a alienação fiduciária constituindo-se, não em garantia originária, mas em garantia complementar de um débito já garantido por nota promissória emitida em valor bastante excedente ao do débito renegociado.

Sob outro prisma, impõe-se ponderado, consoante consta grifado na jurisprudência pátria:

"Negócio simulado de alienação fiduciária em garantia, mascarando contrato de mútuo burlando a lei, não produz efeito, é nulo, levando à carência da ação proposta com fundamento no Decreto-Lei n. 911/69" (RT 629/125).

Posicionando-se a respeito do tema, o hoje brilhante Ministro do Superior Tribunal de Justiça, então Des. Ruy Rosado de Aguiar, ao manifestar-se nos autos do acórdão objeto dos Embargos Infringentes n. 587.024.548, julgado pelo 3º Grupo de Câmaras Cíveis do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, enfatizou:

"Se qualquer empréstimo pode ser garantido com alienação fiduciária, todas as dívidas ensejarão a prisão civil , transformando-se todos os devedores em depositários, e o princípio constitucional limitativo da prisão civil cairá no vazio".

Por isso mesmo já decidiu este colendo Tribunal de Justiça, quando do julgamento da Apelação Cível n. 27.253, da qual foi relator o eminente Des. Nestor Silveira:

"Ausentes os requisitos próprios da alienação fiduciária, desaparece a garantia do Decreto-Lei n. 911/69. Demonstrada que o bem não adquirido pelo fiduciante e que a operação foi simulada, nulo é o contrato assinado. É dever da financeira certificar-se da realidade da transação subjacente, sob pena de ficar sem garantia fiduciária" (JC 67/195).

Sobre a matéria, assim já nos manifestamos:

"Alienação fiduciária. Instituição como garantia de débito renegociado. Pacto comissório identificado. Extinção do processo. *Decisum* incensurável. Confirmação. Apelo desprovido.

"O nosso Código Civil, em seu art. 765, veda o pacto comissório por qualquer de suas manifestações, posto acobertar ele, em verdade, uma venda forçada e condicional que se opõe à natureza das garantias reais.

"E não há deixar de entrever uma verdadeira manifestação de pacto comissório na vinculação de bens pertencentes ao devedor, não como garantia de um mútuo real, mas como garantia do débito existente e que, pendente de pagamento, foi solidificado através de instrumento de renegociação de dívida.

"A similitude com o pacto comissório, nesse contexto, é inquestionável, revelando a garantia fiduciária uma mera garantia de um débito já preexistente e não solucionado pelo devedor incidente em mora. E não há vislumbrar diferença, para efeitos de caracterização do pacto comissório, na transferência automática do bem para o patrimônio do credor e na outorga a ele de uma ampla disposição sobre o bem, a fim de aliená-lo a quem nem lhe aprouver, pelo valor que bem entender, sem qualquer anuência do legítimo proprietário — o devedor — e sem qualquer possibilidade de fiscalização do mesmo ou do Judiciário" (Ap. Cív. n. 2000.017813-6, de Blumenau).

Criada para fomentar a aquisição de bens de consumo ou a tomada de empréstimos ou financiamentos pelos que deles necessitam, não há permitir a utilização do instituto da alienação fiduciária em garantia como um mero reforço de garantias em contratos de confissão de dívida, a fim de propiciar ao estabelecimento financeiro credor o uso de ações com força coercitiva, como soem ser as de busca e apreensão e de depósito.

A completa deturpação dos preceitos legais do instituto da alienação fiduciária em garantia, com a sua total desnaturação, não pode nem deve gerar qualquer benefício em favor do credor, posto tratar-se de negócio visceralmente viciado.

Ademais, imperioso é ressaltar, configura-se o pacto comissório na circunstância de o credor transferir diretamente ao seu domínio o bem garantidor da dívida contraída, acaso o débito não seja adimplido, da mesma forma há de se entrever a existência de um verdadeiro pacto comissório quando o credor, embora não fique com a propriedade do bem alienado fiduciariamente, passa a ter sobre ele um total poder de disposição, como se dele proprietário fosse, com a faculdade de aliená-lo extrajudicialmente a quem o queira e pelo preço que melhor lhe aprouver, sem prestar contas ao devedor e sem ouvir este previamente, e sem qualquer interferência do Judiciário. Ainda mais quando esse bem, na verdade, não foi obtido com o produto do financiamento ou empréstimo não pago, prestando-se apenas para garantir um débito já existente e não contraído dentro dos princípios que norteiam o instituto da alienação fiduciária em garantia.

Nem se diga que o juiz, ao equacionar os litígios que lhe são

submetidos, tem de ater-se com exclusividade à letra da lei.

Atualmente esse verdadeiro aforismo viu-se enfraquecido, pois o que deve presidir os julgamentos judiciais é o entendimento de que o magistrado não é apenas um simples escravo da lei, aplicando-a cegamente e sem ao menos analisar os contratos ou outras situações que sustentam o pretenso direito da parte autora.

Por isso mesmo, enfatizamos em julgamentos anteriores:

"Ao julgador incumbe, dentro de um ideário de justiça que todos os magistrados têm, ao examinar a controvérsia que lhe é submetida, pautar-se por princípios, acima de tudo, humanísticos, buscando um desate mais justo para a causa" (AI n. 2000.024974-2, de Tubarão).

"O magistrado, diante das novas concepções sociais que vêm sendo emprestadas ao direito, não é mais um mero títere enunciador da vontade do legislador, mormente quando essa vontade é voltada, com exclusividade, à proteção dos economicamente mais fortes [...]" (AI n. 2000.025160-7, de Indaial).

Se a lei é injusta, por certo não estará o julgador obrigado a aplicá-la.

E o Decreto-Lei n. 911/69, editado em época em que a democracia estava relegada ao plano da inexistência jurídica, com falsos legisladores editando diplomas legais (?) que visavam a beneficiar apenas os economicamente mais privilegiados — leia-se aqueles que os apoiavam — com o direito e a justiça sendo aplicados somente quando implicavam em repressão dos que tinham a coragem e a suprema ousadia de manifestarem opiniões de não solidariedade com a situação caótica que atravessava o Brasil, com as determinações ditatoriais dos que, mesmo despreparados, se instalaram no poder, nada tem de justo.

Não se pode ter como justo um diploma que permite que o credor retire da propriedade do devedor o bem que garante o pagamento do débito, aliene particularmente esse bem, sem qualquer prestação de contas e sem qualquer fiscalização, e ainda cobre do devedor o saldo negativo remanescente, o que implica em que, além de perder seus bens, com visível desfalque ao seu patrimônio, o devedor ainda tenha de honrar a integralidade da avença. Em última análise: o bem garantidor é perdido, mas o crédito da instituição financeira fiduciante é integralmente composto. Uma das partes contratantes perde tudo, com a outra ganhando tudo em nome da intocabilidade de seus lucros, na maioria das vezes portentosos.

No caso sob apreciação, embora a lei seja injusta, o Magistrado sentenciante se houve com total acerto.

De total valia os ensinamentos transcritos do brilhante Des. Rui Portanova, quando, com a maestria que lhe é peculiar, ensina:

"Um dos mais desconcertantes erros em que pode incorrer o intérpre-

te jurídico é crer possível a separação entre o Direito tal qual é, e o Direito tal qual deve ser. O objetivo do Direito não é busca do equilíbrio entre lógico e extralógico nem ordem de coação, mas busca do justo.

"A lei injusta se dá quando contrária aos princípios gerais do Direito ou da justiça e quando é imenso o contraste entre os valores do ordenamento jurídico e o sentimento de justiça preponderante na sociedade. A lei opera o esvaziamento e a debilidade do jurídico na sua mais elevada acepção. Por isso, a resposta do juiz, no conflito entre seguir o jurídico ou o moral, há de ser sempre de conteúdo ético, pois não há injustiça que se justifique. Só assim o Judiciário se assume como Poder, deixando de ser mero aplicador do Direito positivo para ser um garantidor dos princípios da justiça. O juiz não pode furtar-se à busca do justo.

"A fórmula para enfrentar a lei injusta é aplicar os princípios gerais, fazer aplicação dialética e transdogmática e, principalmente, vê-la como inconstitucional.

"A lei injusta é sempre inconstitucional, pois é de se admitir, como pressuposto de validade e vigência de uma Constituição, a garantia de princípios gerais de Direito e de justiça que são, por assim dizer, supraconstitucionais. Privado de moralidade e justiça, só por abstração teria o Direito validade, vigência e eficácia; contudo, jamais teria real eficácia lógico-ética. A justiça deve ser considerada como a norma fundamental de uma Constituição e assim o é em nossa Carta Magna de 1988, quando em seu artigo 1º colocou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa, devendo ser alinhados nestes objetivos, ainda, o artigo 3º e seus incisos" (Motivações Ideológicas da Sentença, 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 127 e 128).

Diante dos fundamentos *supra*, deve a ação de busca e apreensão ser extinta sem julgamento do mérito, uma vez que, sendo nula a garantia instituída, o pedido demonstra-se juridicamente impossível, nos termos do art. 267, inciso VI, do *Codex* Processual Civil Brasileiro.

Outro fundamento a determinar a extinção da presente ação de busca e apreensão é o de que o pacto celebrado entre as partes revela a existência de cláusulas contratuais abusivas que, repercutindo na modificação do *quantum debeatur*, conduzem à iliquidez dos valores tidos como inadimplidos, descaracterizando, assim, a mora da devedora fiduciante.

Vejamos:

Constata-se que na avença celebrada estão sendo exigidos encargos abusivos e ilegais, a TR como índice de correção monetária, juros de 1,5% ao mês, capitalização de juros, juros moratórios e multa contratual de 10%.

E este Órgão Fracionário entende que a TR não se presta como índice de atualização monetária de obrigações pecuniárias; os juros remu-

neratórios devem ser limitados ao percentual de 12% ao ano, em face da auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da Constituição Federal, bem como da legislação infraconstitucional, constituindo-se o extrapolamento desse percentual em onerosidade excessiva para o consumidor, incidindo em afronta ao art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor; quanto à capitalização dos juros, somente é ela admitida nas operações afetas à disciplina de leis especiais que, expressamente, a autorizem, o que não ocorre referentemente aos mútuos bancários comuns; e a multa contratual, quando devida, deve ater-se ao percentual de 2%, conforme os ditames do Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre que na hipótese *sub judice* são também inexigíveis a multa contratual e os juros moratórios, uma vez que somente são eles exigíveis se efetivamente integrada a mora do devedor, que, no caso, resta descaracterizada ante ao reconhecimento judicial da abusividade dos encargos previstos contratualmente.

Percebe-se, destarte, e de forma cristalina, que com a exclusão dos encargos abusivos haverá uma redução sensível no valor pretendido pela instituição bancária.

Por conseqüência, prejudicada está a caracterização da mora e, logicamente, por tratar-se de condição indispensável ao manejo da ação de busca e apreensão, restou prejudicada.

Isso porque, conforme lição do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

"Mora somente existe quando o atraso resultar de fato imputável ao devedor (art. 963 do Código Civil). Se a exigência do credor é abusiva, e portanto ilegítima, o devedor que não paga o que lhe está sendo indevidamente cobrado não incide em mora, pois pode reter o pagamento enquanto não lhe for dada quitação regular. O melhor comportamento do devedor é, em tal caso, promover a ação cabível para definir o valor exato do débito [...]" (REsp n. 150.099 / MG, DJ de 8-6-98).

Nesses termos, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"Alienação fiduciária. Nulidade de cláusulas contratuais contrárias ao Código de Defesa do Consumidor. Descaracterização da mora. Ilegalidade dos juros contratados. Carência da ação.

"É nula a cláusula que deixa ao alvedrio da instituição financeira a alienação do bem objeto da busca e apreensão. Nulidade da cláusula que prevê a emissão de cambial em branco. Se a cambial emitida em branco confere mandato ao credor para o preenchimento, tal prática se constitui em abuso para o consumidor nos exatos termos do art. 51, inc. VIII, do CDC. Ademais, a ilegalidade contamina o contrato também no atinente aos juros pactuados (juros reais superiores a 4% ao mês). Mora descaracterizada. Carência de ação. Apelo improvido" (Ap. Cív. n. 195120217, de Porto Alegre, 4ª Câmara Civil).

"Ação de busca e apreensão. Contrato de financiamento. Alienação fiduciária. Extinção da ação. Irresignação. Desacolhimento.

"Busca e apreensão. Carência.

"Ainda que por motivos diversos aos apresentados pelo julgador monocrático, é de ser mantida a extinção da ação de busca e apreensão, partindo-se das ilegalidades constantes da avença, o que torna insegura a noção da mora.

"Apelação improvida" (Ap. Cív. n. 70001390988, de Porto Alegre, rela. Desa. Lais Rogéria Alves Barbosa).

"Alienação fiduciária.

"Ação de busca e apreensão.

"A exigência de encargos abusivos ou ilegais torna duvidosa a mora do devedor e conduz à carência da ação.

"Agravo prejudicado. Ação extinta de ofício" (AI n. 70003717311, de Porto Alegre, rel. Des. José Antônio Cidade Pitrez).

"Ação de busca e apreensão. Contrato de financiamento. Garantia de alienação fiduciária. Indeferimento de liminar. Irresignação.

"Incerteza quanto à mora. Extinção da demanda.

"Insegura a comprovação da mora, concretiza-se a carência da ação proposta.

"Além disso, vislumbrados encargos ilegais na avença, não se pode afirmar que a parte devedora esteja em mora, inviabilizando, assim, a ação intentada, visto que ausente a noção de intencionalidade quanto ao inadimplir do pacto.

"Em conseqüência, extingue-se, de ofício, a demanda com base no artigo 267, inciso VI, do CPC.

"Agravo de instrumento prejudicado.

"Extinção, de ofício, da ação de busca e apreensão" (Ap. Cív. n. 70001436302, de Três Passos, rela. Desa. Lais Rogéria Alves Barbosa).

"Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Matéria de defesa. Juros. Capitalização. Comissão de permanência. Mora.

"É possível discutir o montante do crédito em ação de busca e apreensão, como matéria de defesa.

"É entendimento da Câmara que a taxa de juros está limitada a 12% ao ano, tanto pela norma constitucional como pela legislação ordinária.

"O anatocismo é repelido pela Súmula 121 do Pretório Excelso que o afasta ainda quando expressamente convencionado.

"A cobrança de comissão de permanência a uma taxa variável, pela evidente potestatividade, não pode ser admitida ainda que não cumulada com a correção monetária.

"A mora não se configura pela simples imputação, mas pela inexecução culposa da obrigação, hipótese que não aconteceu no caso em tela, pois era exigido do mutuário um pagamento indevido, estando assim

ausente requisito essencial para a ação de busca e apreensão, o que impunha sua improcedência.

"Apelação desprovida" (Ap. Cív. n. 197025547, de Seberi, rel. Des. Márcio Borges Fortes).

"Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão.

"Estando sendo exigidos valores abusivos ou ilegais do devedor, quanto à taxa de juros, sua capitalização, comissão de permanência e juros de mora cumulados com multa, resta descaracterizada sua mora, tornando-se o credor carecedor da ação proposta.

"Extinguiram a ação de ofício e julgaram prejudicada a apelação" (Ap. Cív. n. 70000936344, de Santiago, rel. Des. José Antônio Cidade Pitrez).

"Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Encargos contratuais abusivos. Indicação de crédito superior ao efetivo. Não configuração da *mora solvendi*.

"Se o contrato prevê encargos abusivos, reconhecidos em sentença transitada em julgado, e o credor, fazendo-os incidir, indica crédito em valor superior ao montante efetivamente devido, resta descaracterizada a *mora solvendi*. Atitude que, ademais, no processo, deixa o consumidor em estado de perplexidade, sem saber se requer a emenda da mora ou contesta a ação. Demanda extinta sem julgamento do mérito. Apelação não provida" (Ap. Cív. n. 599249976, de Novo Hamburgo, rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini).

"Ação de busca e apreensão. Contrato de financiamento com pacto de alienação fiduciária. Juros onzenários. Prática de anatocismo. O pressuposto da prestação jurisdicional que consolida a posse do bem na pessoa do credor e a mora do devedor.

"Sendo a mora a falta de pagamento de obrigação no tempo, lugar e forma convencionados, caracterizando-se a cobrança de juros ilegais (Decreto n. 22.626) e a prática do anatocismo, não há que se falar em mora, porquanto ser contra-senso pretender-se a exigência de mora pela cobrança do indevido. Carência de ação. Apelo provido" (Ap. Cív. n. 195120001, de Camaquã, rel. Des. Márcio Oliveira Puggina).

Acrescenta-se, ainda, que a mora é exigência da Súmula 72 do Superior Tribunal Justiça, assim editada:

"A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente".

Destarte, em virtude da exigência de encargos abusivos e ilegais, estavam os demandados autorizados a reter os respectivos pagamentos, nos termos do art. 939 do Código Civil, não tendo, conseqüentemente, incorrido em mora por ausência de culpa no descumprimento da obrigação.

A respeito ensina o Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

"Sabe-se que a mora, no nosso sistema, exige o elemento subjetivo, pois só existe mora culposa (art. 963 do CC). Já ensinava Orosimbo

Nonato, na sua linguagem enxuta: 'como quer que seja em nosso Direito, e em face dos textos legais citados, o tema não comporta dúvidas ou entredúvidas. Exato desconter o art. 955 do Código Civil alusão à culpa: considera-se em mora o devedor que não paga ou o credor que não recebe, no tempo, lugar e forma convencionados. Mas o art. 963, complementar do art. 955, dispõe às expressas: Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora'. [...] Ampla e constante, iterada e reiterada tem sido a jurisprudência dos tribunais à aplicação do art. 963 suso transcrito (Curso de Obrigações, 2ª parte, vol. I/300: no mesmo sentido. Oswaldo Optiz. Mora no negócio jurídico, p. 12, e Washington de Barros Monteiro. Dir. Obrigações. 1ª parte, p. 261).

"Por isso, afastada a culpa imputável ao devedor na demora do pagamento, fato inapreciável nesta instância, estou em não conhecer do recurso, pois tanto os juros como a multa seriam conseqüência da mora" (REsp n. 82560/SP).

Em decisão recente, registramos:

"No direito pátrio, como resulta do art. 963 do Código Civil, a mora do devedor somente se integra quando o atraso no cumprimento da obrigação vincula-se a fato a ele atribuível. Integrado o saldo devedor tido como de sua responsabilidade de acessórios abusivos ou impostos com exacerbamento dos limites legalmente admissíveis, descaracterizada estará a mora do devedor que não paga o que lhe está sendo indevidamente exigido. E descaracterizada ou insegura a configuração da mora, pela exigência de encargos abusivos ou ilegais, há a carência da ação de busca e apreensão nessa mora respaldada" (Ap. Cív. n. 2002.013244-1, de Sombrio).

Salienta-se, ademais, que a fiscalização da existência das condições da ação, por ser matéria de ordem pública, pode ser exercida de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição, conforme o art. 267, § 3º, do nosso Diploma Processual Civil, *in verbis*:

"O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI".

Acerca do assunto Humberto Theodoro Júnior anota:

"A proclamação da ausência de condição da ação e a conseqüente decretação de extinção do processo podem ocorrer por provocação da parte ou por iniciativa oficial do juiz (art. 267, § 3º).

"As condições da ação, sendo requisitos de legitimidade da própria atuação do Poder Jurisdicional (arts. 2º e 3º), podem ser examinadas a qualquer tempo, não se sujeitando à preclusão, enquanto não houver sentença de mérito, ainda mesmo que o saneador reste irrecorrido" (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 312).

Egas Moniz de Aragão doutrina:

"Tais itens extravasam do poder dispositivo das partes, ficando incluídos entre os que se sujeitam à investigação de ofício pelo Estado, como uma das conseqüências de ser a ação um direito contra ele exercitável que, por isso, lhe dá o poder correspectivo, de examinar de ofício os pressupostos do processo e as condições da ação, mesmo que ocorra a revelia do réu" (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Ed. Forense., vol. II, p. 536).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery comentam:

"Exame de ofício. Como são matérias de ordem pública, as causas de incisos IV (pressupostos processuais), V (coisa julgada, litispendência e perempção) e VI (condições da ação) podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, porque não acobertadas pela preclusão, e devem ser examinadas de ofício pelo juiz ou tribunal. Entenda-se por 'qualquer grau de jurisdição' os da instância ordinária (primeiro e segundo graus, até os embargos infringentes), não se incluindo nesta locução as instâncias extraordinárias do RE e do REsp (RTJ 105/267)" (Código de Processo Civil Comentado. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 532).

Outro não poderia ser o entendimento defendido por este Tribunal, que, a propósito, já disse:

"As condições da ação, sendo requisitos de legitimidade da própria atuação do Poder Jurisdicional (arts. 2º e 3º), podem ser examinadas a qualquer tempo, não se sujeitando à preclusão, enquanto não houver sentença de mérito, ainda mesmo que o saneador reste irrecorrido" (Ap. Cív. n. 49.409, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Ante o exposto, não caracterizada a mora, torna-se o banco demandante carecedor de ação, o que, da mesma forma, autoriza a extinção da ação de busca e apreensão deduzida.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzi.

Florianópolis, 26 de junho de 2003.

Trindade dos Santos,
Presidente e Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzi:

Ementa aditiva:

Apelação cível — Busca e apreensão — Decreto-Lei n. 911/69 — Alienação fiduciária em contrato de confissão de dívidas — Possibilidade — Devedor citado — Encargos contratuais exigidos pelo credor de modo excessivo — Mora do devedor pelo inadimplemento das obrigações não elidida, relativamente ao *quantum* que, ao final, é tido como fundado e

correto após abatidos os importes reputados ilegais.

Ousei divergir da douta maioria desta colenda Câmara, porquanto entendo que o contrato de confissão de dívida não retira a possibilidade de o credor valer-se da alienação fiduciária como garantia. Nesse sentido disse o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito que: "[...] o caminho da jurisprudência revelou que a alienação fiduciária desfruta de autonomia para garantir o cumprimento da dívida, tanto que cabível no mútuo, recaindo sobre bens que já integram o patrimônio do devedor [...]. O contrato de confissão de dívida, no caso, não retira a possibilidade legal de utilizar o credor a alienação fiduciária como garantia" (Conf. STJ, REsp n. 223.385/MG, DJ 26-6-2000).

É da jurisprudência:

"Alienação fiduciária. Contrato de renegociação de dívida.

"Precedentes da Corte.

"1. A jurisprudência da Corte admite a alienação fiduciária em contrato de confissão de dívida.

"2. Recurso especial conhecido e provido" (STJ — REsp n. 468.324/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 23-6-2003).

Por fim, tem-se que não é causa suficiente para extinguir a ação de busca e apreensão lastreado no Decreto-Lei n. 911/69, ao só argumento de que há cobrança de encargos contratuais exigidos pelo credor de modo excessivo, motivo que afasta o elemento subjetivo da mora, respeitante à culpa do devedor pelo inadimplemento do débito, na forma pactuada, valendo-me, para tanto, do entendimento lançado quando proferi a declaração de voto vencido, no julgamento da Apelação Cível n. 2000.011277-1, de Balneário Camboriú, rel. Des. Trindade dos Santos.

Portanto, muito respeitosamente, quedo vencido.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2003.

Gastaldi Buzzi

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.012258-3, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Fernando Carioni

Agravo de instrumento – Ação ordinária cumulada com pedido de tutela antecipada – Contrato por instrumento particular

de mútuo com garantia hipotecária – Matérias não apreciadas no juízo a quo *– Supressão de instância – Impossibilidade de análise neste grau de jurisdição – Pedido de antecipação de tutela – Inexistência da verossimilhança das alegações e do* periculum in mora *– Requisitos do artigo 273 do CPC – Decisão cassada – Recurso provido.*

Alegações não abordadas na instância inferior não merecem apreciação deste Tribunal, na esfera de seu conhecimento recursal, pois, do contrário, importaria em supressão de instância, o que é vedado.

A concessão da tutela antecipada depende de prova robusta que demonstre a verossimilhança das alegações do autor, além daquelas que efetivamente comprovem o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou abuso do direito de defesa do réu. Dessa forma, inexistindo a verossimilhança das asserções do autor, consoante o disposto no artigo 273 do CPC, o indeferimento da tutela é medida de rigor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2003.012258-3, da comarca de São José (1ª Vara), em que é agravante Besc S.A. Crédito Imobiliário, sendo agravada Sant'ana Administração, Construção e Incorporações de Imóveis Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuida-se de agravo de instrumento, com pleito suspensivo, interposto por Besc S.A. Crédito Imobiliário, contra decisão da Juíza Substituta da 1ª Vara Cível da comarca de São José que, nos autos da Ação Ordinária cumulada com Pedido de Tutela Antecipada n. 064.03.005502-8, ajuizada por Sant'ana Administração, Construção e Incorporações de Imóveis Ltda., acolheu liminarmente a antecipação de tutela requerida, autorizando a liberação de gravame hipotecário de imóveis dados em garantia ao ora agravante, possibilitando, ainda, serem fracionados (fls. 22 e 23).

Inconformado, recorre da decisão prolatada, sustentando que a hipoteca em questão já havia sido fracionada por convenção do condomínio, sendo também convencionado

o valor individual dos imóveis com a ora agravada, o que vem a demonstrar a tentativa de burlar o contrato e a garantia hipotecária.

Alega que a tutela antecipada concedida fere os princípios do *pacta sunt servanda* e que a agravada se valeu da liminar para fraudar a hipoteca, pois receberia integralmente o valor dos compradores, referente aos imóveis compromissados, porém não repassaria ao credor para que fossem saldados os bens gravados.

Diz que o artigo 1.488 do CC/2002, fundamento do pedido de antecipação de tutela, é controvertido pois, no caso em tela, trata-se de um ato jurídico perfeito e acabado na vigência do Código Civil anterior, de forma que a lei nova não poderá atacar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Assevera que a alegação da agravada, que diz respeito ao dano irreparável que supostamente sofreriam as pessoas que comprassem os imóveis com pagamento à vista, não faz jus à verdade, uma vez que a Lei n. 8.004/90 estabelece que os imóveis financiados pelo SFH terão a transferência do financiamento simultaneamente à data da compra, em que será obrigatória a intervenção da instituição financeira.

Menciona a falta de clareza e fundamentação do despacho atacado, além da ausência dos pressupostos do artigo 273 do CPC para a concessão da antecipação de tutela.

Ao final, requer seja dado provimento ao recurso, a fim de que se reforme a decisão de primeiro grau ou, se assim não entender, seja determinado o depósito conforme o preço estipulado pelas partes, de acordo com a cláusula trigésima quarta do contrato em litígio, para cada uma das unidades hipotecadas.

O pedido de efeito suspensivo foi negado (fls. 365 e 366).

Foi apresentada contraminuta (fls. 370 a 382).

II — Voto

O conteúdo da postulação há de ser apreciado, ante a presença dos pressupostos de admissibilidade recursal.

Em síntese dos fatos, observa-se que em 10-7-2000 foi pactuado, entre as partes em litígio, o Contrato de Mútuo com Garantia Hipotecária (fls. 71 a 82), no valor de R$ 2.559.197,62 (dois milhões, quinhentos e cinqüenta e nove mil, cento e noventa e sete reais e sessenta e dois centavos), ao qual foram dados em garantia hipotecária, sendo registrados, no respectivo cartório de imóveis, os apartamentos, vagas de garagem e lojas descritos na "cláusula trigésima quarta" do referido pacto.

A ora agravada propôs ação ordinária c/c pedido de antecipação de tutela requerendo o fracionamento da hipoteca para que as unidades habitacionais, vagas de garagem, mais as lojas comerciais pertencentes ao imóvel dado em garantia fossem gravados de forma autônoma, funda-

mentando o seu pedido nos arts. 2.035 e 1.488, ambos do CC/2002, e nas constantes ordens judiciais proferidas em favor dos promitentes compradores adjudicantes, em que se determinou a transferência dos imóveis livres da incidência do ônus.

O inconformismo do ora agravante se concentra na decisão do Juízo *a quo* que deferiu a antecipação de tutela, a qual autorizou a liberação do gravame hipotecário dos imóveis, possibilitando que eles fossem divisíveis.

Em primeiro lugar, são afastadas as teses argüidas pelo agravante relacionadas com o fato de a hipoteca já ter sido fracionada por convenção do condomínio, de que a concessão da liminar contrariou o princípio do *pacta sunt servanda* e de que há uma tentativa de burlar o contrato garantido por hipoteca por meio da concessão da antecipação de tutela. Referidas articulações não podem ser analisadas nesta instância, sob pena de suprimir um grau de jurisdição, uma vez que a respeito delas não se manifestou a Magistrada de primeiro grau.

Deste Tribunal:

"Agravo de instrumento – Discussão de questões não apreciadas na decisão impugnada – Inadmissibilidade.

"Em sede de agravo de instrumento só se discute o acerto ou desacerto do ato judicial hostilizado, não sendo viável a discussão de questões ainda não apreciadas no Juízo *a quo*, sob pena de indevido adiantamento da tutela jurisdicional invocada e conseqüente supressão de instância, em afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição" (Ag n. 1999.022497-0, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf).

Em sede de agravo de instrumento, o julgador deve estribar-se somente nas matérias deliberadas na decisão refutada, descartando-se, assim, da presente perquirição, as argumentações não avaliadas anteriormente, porque não ventiladas na instância originária.

Por outro lado, tratando-se de pedido de tutela antecipatória, pertinente se faz, em primeiro lugar, ilustrar os requisitos necessários à sua concessão.

Estatui o art. 273, incisos I e II, do CPC:

"O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

"I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

"II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu".

Nesse sentido, assentou o Superior Tribunal de Justiça:

"Antecipação de tutela – Requisitos – Deferimento liminar.

"1. Ainda que possível, em casos excepcionais, o deferimento liminar da tutela antecipada, não se dispensa o preenchimento dos requi-

sitos legais, assim a 'prova inequívoca', a 'verossimilhança da alegação', o 'fundado receio de dano irreparável', o 'abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu', ademais da verificação da existência de 'perigo de irreversibilidade do provimento antecipado', tudo em despacho fundamentado de modo claro e preciso.

"2. O despacho que defere liminarmente a antecipação de tutela com apoio, apenas, na demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* malfere a disciplina do art. 273 do CPC, à medida que deixa de lado os rigorosos requisitos impostos pelo legislador para salutar inovação trazida pela Lei n. 8.952/94" (REsp n. 131.853/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, DJU de 8-2-1999).

Sobre a expressão "prova inequívoca", Luiz Guilherme Marinoni assenta que, "embora o artigo 273 fale em 'prova inequívoca', é necessário apenas que reste demonstrada a probabilidade do direito invocado" (*in* Novas Linhas do Processo Civil, 4ª ed., Malheiros, 2000, p. 132).

No caso em tela, a tutela antecipada concedida não merece vingar, pois não foram demonstrados a contento os requisitos do art. 273 do CPC, em especial a verossimilhança das alegações da empresa agravada.

Observa-se que o art. 1.488 combinado com o art. 2.035, ambos do CC/02, deram suporte para a caracterização do requisito antecipatório – Verossimilhança, conforme dispôs a Togada *a quo*:

"O pedido de tutela antecipada merece acolhido porquanto, com o advento do art. 1.488 do novo Código Civil, ficou possível a divisão da hipoteca nos condomínios edilícios, preceito que reputo aplicável aos gravames constituídos preteritamente, louvando-me na dicção do art. 2.035 do mesmo diploma legal.

"Sem sombra de dúvida, a possibilidade de fracionamento da hipoteca que recai sobre bem divisível possibilita o resgate individualizado do gravame, fiscalizando-se como parâmetro a proporção entre o valor do bem e o saldo remanescente da dívida" (fl. 22).

Em primeiro lugar, faz-se necessário vislumbrar a regência do novo Código Civil na espécie.

Dispõe o art. 2.035 do CC/02:

"A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução".

Em comentários ao sobredito artigo, a célebre Maria Helena Diniz afirma que:

"[...] *Os atos e negócios jurídicos que se constituíram antes da entrada em vigor deste Código obede-*

cerão às normas referidas no art. 2.045, tendo-se em vista que o novo diploma legal ainda não irradiou quaisquer efeitos.

"Facta pendentia: *Para gerar direito adquirido, o ato ou negócio jurídico válido deverá ter sido constituído e ter produzido efeitos em tempo atual, ou seja, durante a vigência da lei que contempla a situação por ele tratada*. Se o ato negocial estiver em curso de formação, por ocasião da entrada em vigor da nova lei, esta aplicar-se-lhe-á. Mas, se celebrado sob a égide da lei antiga, e não tendo podido ainda produzir efeitos, que só ocorrerão depois da entrada em vigor do novo Código, os contratantes terão o direito de vê-lo cumprido nos termos da lei nova, que regerá seus efeitos, exceto se, na convenção, foi estipulada certa forma de execução, não contrariando preceito de ordem pública" (*in* Novo Código Civil Comentado/coordenador Ricardo Fiuza, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 1.829 e 1.830) (sublinhei).

Acerca do assunto, oportuno trazer à tona o artigo "Validade e Efeitos dos Contratos, perante o conflito de vigência entre o Novo Código Civil e o Código de 1916":

"[...] *Quando o efeito é resultado de fatos ou atos jurídicos, diz-se que são efeitos jurídicos legais. Nesta linha de raciocínio, se os atos passam a cumprir seus efeitos jurídicos, entende-se, também, que eles se encontram perfeitamente concluídos e legalmente formados*.

"Por efeitos jurídicos, designam-se também todos os resultados que devem proceder de um ato ou de um contrato, quando são eles os previstos em lei. De sorte, se, em razão da existência certa do negócio ou do ato, algum efeito tiver lugar depois da vigência da lei nova, aos preceitos desta se subordinam, '[...] salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução', por exemplo, se estabeleceu como forma de solução, o juízo arbitral.

"A nova regra do atual ordenamento civil brasileiro afeta diretamente os contratos de longa duração, nos quais a execução se estende durante anos. Esses contratos passarão pela transição entre os dois ordenamentos e poderão ser questionados com base em normas que não existiam quando foram assinados.

"Por outro lado, foram introduzidos no Novo Código preceitos fundamentais de ordem pública, como a função social da propriedade, dos contratos e a boa fé objetiva, dentre outros. Por via de conseqüência nenhum negócio ou ato jurídico prevalecerá, quanto aos efeitos, se, quando da verificação ou ocorrência destes, houver afronta aos aludidos preceitos fundamentais em vigor.

"Uma destas hipóteses ocorre no caso de lesão, quando uma das partes se obriga a uma prestação desproporcional à oferecida pela parte contrária. O artigo 157 do Novo Código prevê a revisão ou anulação do contrato em caso de lesão, ato não

previsto no Código de 1916, embora admitido em decisões judiciais.

"O Novo Código também aumenta a possibilidade de intervenção do Judiciário, ao dizer que o juiz poderá corrigir um contrato quando houver clara desproporção entre o valor da prestação devida e a quantia prevista em sua execução (artigo 317). Outra mudança é a previsão dos juros aplicáveis em caso de mora quando o contrato não estipular um valor.

"Contudo, e contrariando todo o entendimento acima exposto, a jurisprudência diz que os efeitos de um contrato não podem ser modificados por lei futura, ou seja, o ato jurídico se rege pelas leis vigentes à época em que foi constituído, conforme dito em parágrafo anterior.

"O Supremo Tribunal Federal entendeu em 1992, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493, que a lei não pode alcançar efeitos futuros de um contrato anterior a ela. Em 1999, a posição foi reiterada pelo STF, que definiu que o Código de Defesa do Consumidor só se aplica aos contratos firmados após sua instituição, pois trata de uma questão definida pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição" (Guilherme Sahade, Revista Autor**,** n. 21, março/2003, http://www.revistaautor.com.br) (grifei).

Tem-se, ainda, a respeito:

"[...] os negócios jurídicos celebrados antes da entrada em vigor do novo Código continuarão regidos pelas leis anteriores (Código Civil de 1916, Código Comercial), no que tange aos seus pressupostos de validade (nulidade e anulabilidade).

"[...] Aliás, esta impossibilidade de retroação dos efeitos da lei nova para atingir a validez dos negócios já celebrados apenas consubstancia a observância da regra constitucional que impõe o respeito ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF).

"No entanto, se, por um lado, não pode a lei nova atingir a validade dos negócios jurídicos já constituídos, por outro, se os efeitos do ato penetrarem o âmbito de vigência do novo Código, deverão se subordinar aos seus preceitos, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

"[...] Para melhor entendê-lo, cumpre-nos marcar, neste ponto, um divisor de águas: quanto ao aspecto de sua validade, não poderá o Código de 2002 atingir negócios celebrados antes de sua vigência; no entanto, quanto ao seu aspecto eficacial, ou seja, de executoriedade ou produção de seus efeitos, caso estes invadam o âmbito temporal de vigência da nova lei, estarão a esta subordinados.

"Um exemplo.

"Imaginemos um contrato de financiamento celebrado em 1999, de execução repetida no tempo (trato sucessivo), em que o financiado se obrigou a pagar, mensalmente, prestações pecuniárias à instituição financeira pelo prazo de 5 anos. Pois bem. Entra em vigor o novo Código Civil. Este, por expressa dicção legal, não poderá interferir na validade do negó-

cio celebrado, embora os efeitos do contrato – de execução protraída no tempo – se sujeitem às suas normas (art. 2.035)" (Pablo Stolze Gagliano, O Novo Código Civil e os Contratos celebrados antes da sua vigência, www.juspodivm.com.br).

Tais questionamentos abalizam, *in casu*, a não-incidência das regras do novo Código Civil em relação à garantia ofertada, pois o contrato restou pactuado em meados do ano de 2000, muito antes da entrada em vigor do Código em discussão.

Fator preponderante, e que deve ser ressaltado, é que os efeitos do contrato celebrado relativos à hipoteca se deram automaticamente na data de sua realização, ou seja, a garantia hipotecária oferecida irradiou seus efeitos nos bens hipotecados a partir daquele ato formalmente acabado.

Diferentemente, portanto, não há falar na espécie na utilização da segunda parte do dispositivo legal, o qual possibilitaria o ensejo das novas regras civis.

Permanece, enfim, a validade do ato resguardada pela legislação anterior, posto ser ele juridicamente perfeito e acabado.

Sobre a temática, prediz o artigo 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que a lei nova, embora possua aplicação imediata, deverá respeitar o ato jurídico perfeito, ou seja, deve a lei respeitar o ato praticado e já consumado na vigência da lei anterior:

"Art. 6.º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

"§ 1.º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou".

Nesse mesmo sentido, a Constituição Federal assim determina em seu artigo 5º, XXXVI:

"Art. 5º [...]

"XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Da mesma forma o *periculum in mora* não pode ser tido como presente a ensejar a concessão da tutela antecipada, já que a fundamentação deduzida pela agravada para amparar esse requisito diz respeito às demandas de adjudicação compulsória intentadas pelos compradores das unidades do Edifício Residencial Paola. Ora, se as unidades habitacionais encontravam-se hipotecadas e descritas individualmente no Registro de Imóveis, conforme comprovado às fls. 60 a 68, a comercialização era tida como vedada enquanto o devedor não honrasse com o pactuado.

Contudo, verifica-se que a agravada não respeitou essa situação, vindo a comercializar os apartamentos e, pelo que se conclui, sem comunicar aos compradores a real situação. Tal conclusão é obtida pelos documentos coligidos no agravo (fls. 88 a 94, 167 a 174,184 a 188, 222 a 241, dentre outros), dando conta de que a agravada negligenciava a informação, lesan-

do, assim, os anseios dos consumidores, os quais cumpriam com sua parte no acordo, qual seja, quitavam o imóvel, mas não recebiam as escrituras, tendo que ajuizar demandas para tanto.

Vem agora a Construtora bater à porta do Judiciário para que seja concedida tutela antecipada em demanda que pretende aplicar o artigo 1.488 do CC/02, diga-se inovação introduzida pelo novo Código, bem mais benéfica aos devedores, no contrato firmado na época em que vigia a lei antiga.

Assim, para demonstrar o *periculum in mora* a autorizar a concessão da tutela antecipada, fundamentou seu pedido nas ações intentadas pelos consumidores que se viram lesados e ludibriados por ela, situação que desponta ser nitidamente maliciosa e de cunho totalmente sofista, visando unicamente a esquivar-se da obrigação assumida. Até porque, se se utilizasse dos pagamentos recebidos pela venda das unidades hipotecadas para o fim de saldar a obrigação contraída com o Banco, desnecessária seria a impetração da presente demanda.

Diante das provas que se abstraem dos autos, constata-se que o *periculum in mora* é decorrente única e exclusivamente da responsabilidade da agravada, por ter vendido unidades habitacionais, o que sabia previamente ser impossível.

Destarte, não vislumbrada a verossimilhança da alegação, bem como o *periculum in mora* à concessão da antecipação de tutela, tem-se que a cassação do *decisum* agravado desponta como medida cogente e acertada.

Ad argumentandum tantum, fazendo uma interpretação lógica da norma contida no art. 1.488 do Código Civil de 2002, verifica-se, sem muito esforço, que a divisão somente é admitida "se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício [...]".

Ora, totalmente inaplicável ao caso, pois a hipoteca recaiu sobre os bens já a partir da sua efetivação, portanto situação diversa daquela prevista pelo legislador ao fato, descrevendo-se a hipótese quando o imóvel é dado em garantia e somente após é construído edifício ou mesmo loteamento.

Pelo exposto, tenho que não mais subsistem razões para a concessão da antecipação da tutela em análise, motivo pelo qual reforma-se a decisão em viso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, dá-se provimento ao agravo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 25 de setembro de 2003.

Fernando Carioni,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.029706-5, DE ARARANGUÁ

Relator: Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi

Agravo de instrumento – Ação de nulidade de duplicata sem aceite cumulada com pedido de indenização por dano moral – Averiguação, em tese, no âmbito de admissibilidade da demanda, da viabilidade de imposição de responsabilidade civil às instituições financeiras – Legitimidade passiva das casas bancárias endossatárias translativas e mandatárias – Exame da pertinência subjetiva dos demandados segundo a possibilidade, em abstrato, de os sujeitos da lide submeterem-se aos efeitos da coisa julgada – Interesse do banco, que adquiriu os títulos via endosso translatício, em defender a legalidade da operação bem como os direitos emergentes das cártulas – Atividade de risco do ente bancário mandatário (teoria do risco de empresa) – Legitimidade passiva ad causam *de ambos os bancos presente – Recurso provido para admiti-los no pólo passivo da demanda, sem prejuízo do exame de mérito quanto à existência concreta de responsabilidade civil.*

A averiguação da legitimidade ad causam *advém da possibilidade, em abstrato, daqueles envolvidos no litígio submeterem-se aos efeitos da coisa julgada, caso proferida sentença de mérito destinada a dirimir a controvérsia. Logo, a pertinência subjetiva de um e de outro no pólo passivo da demanda está subordinada à qualidade sob a qual os demandados intervieram no evento lesivo que desencadeou a pretensão deduzida em juízo.*

Em sede de ação declaratória de inexistência de débito, cumulada com pedido indenizatório decorrente de protesto indevido de título de crédito sem lastro, e não abstraído de sua causa subjacente, como o é a duplicata sem aceite, tanto sacador quanto aquele que detém o título e potencializou o protesto da cártula (endossatário/cessionário) dispõem de legitimidade para figurarem no pólo passivo da demanda, uma vez que, in abstrato, *têm relação direta com os efeitos decorrentes da coisa julgada voltada à solução da lide.*

Outra situação é aquela da casa bancária, ou empresas do mesmo ramo de atividade, que atuam como cobradoras de títulos

de crédito mediante endosso-mandato, e que, em princípio, não são interessadas diretas na relação de crédito representada pela cártula, desempenhando apenas uma função em nome daquele que, pessoalmente, detém a titularidade dos direitos emergentes do título.

De regra, aquele que recebe a cártula e desempenha o endosso-mandato, para realizar o crédito, não responde pelos prejuízos advindos da implementação dos atos necessários ao exercício da representação que lhe foi conferida.

Todavia, excepcionalmente, é viável a responsabilização civil não apenas quando evidenciada a culpa, mas também nos casos em que ela não ocorre, à vista do desenvolvimento da responsabilidade objetiva. Assim, quando a instituição financeira capta clientes e com eles contrata, dentro de sua atividade fim, a realização de serviços potencialmente nocivos a terceiros, solidariza-se, ao menos em tese, com os seus contratantes, para responder pelos prejuízos decorrentes da prática profissional de risco que desempenha no meio social, vez que, no mínimo, serviu de agente catalisador do pretenso evento lesivo, interessando-lhe defender a regularidade de sua conduta, bem como a ausência de dano a terceiros no exercício desse ofício lucrativo (Teoria do risco de empresa – art. 927, parágrafo único, do CC — 10.406/02).

No âmbito do ingresso da demanda para nulificação de duplicata emitida sem lastro, cumulada a pedido ressarcitório, não se pode atribuir ao demandante o ônus de identificar, previamente, os detalhes das relações materiais que envolveram aqueles que desencadearam o resultado lesivo sujeito à reparação, e, segundo essa necessidade, condicionar a formação do pólo passivo da demanda. Assim é porque o exame da legitimação passiva ad causam *não perpassa a verificação da procedência ou não do pedido, para então retroagir, a fim de identificar a pertinência subjetiva dos sujeitos da lide. Em verdade, restringe-se apenas à constatação da possibilidade de submissão dos demandados aos efeitos da coisa julgada, mediante um exame preliminar da conexidade de sua conduta com o litígio posto em discussão judicial.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2003.029706-5, da comarca de Araranguá (2ª Vara), em que é agra-

vante Vision Informática Ltda., sendo agravados Slengmann Comércio e Representações Ltda., Banco HSBC S.A. e Banco Bradesco S.A.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, 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 Vision Informática Ltda. contra decisão proferida na Ação Declaratória de Inexistência de Dívida c/c Indenização por Danos Morais n. 004.03.001993-5, proposta contra Slengmann Comércio e Representações Ltda., Banco HSBC S.A. e Banco Bradesco S.A., na qual o Togado excluiu as instituições financeiras do pólo passivo da demanda, por não possuírem legitimidade *ad causam*, condenando, conseqüentemente, a autora ao pagamento dos honorários advocatícios dos respectivos patronos em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) para cada.

Afirmou que os agravados respondem solidariamente pelos prejuízos advindos do protesto irregular das cambiais, visto que o primeiro recebeu os títulos por meio de endosso-translativo, por meio do contrato de mútuo, na forma operacional de desconto celebrado com a sacadora, tendo o segundo firmado convênio para a cobrança das duplicatas; concluindo, portanto, que ambos detêm legitimidade para figurar no processo.

Pleiteou, ao final, a diminuição dos honorários advocatícios arbitrados pelo julgador, devendo ser fixada a remuneração do causídico em valor condizente com a complexidade do caso e o trabalho realizado pelos advogados dos recorridos.

Não foi apresentada resposta (fl. 38).

II — Voto

O recurso deve ser conhecido e provido.

Cuida-se de controvérsia concernente à averiguação da legitimidade passiva *ad causam*, no bojo de ação declaratória de nulidade de duplicata e cancelamento de protesto por inexistência de relação jurídica subjacente à emissão do título, cumulada com pedido indenizatório por dano material e moral, em que a autora pretende seja reconhecida a ausência de lastro da duplicada sacada contra ela e endossada translativamente em favor da casa bancária que, por meio de outra instituição financeira (endosso impróprio), levou a protesto a cambial, por falta de aceite e pagamento.

Cediço que a averiguação da legitimidade *ad causam* advém da possibilidade, em abstrato, de aqueles envolvidos no litígio submeterem-se aos efeitos da coisa julgada, caso proferida sentença de mérito destinada a

dirimir a controvérsia. Logo, a pertinência subjetiva de um e de outro no pólo passivo da demanda está submetida à qualidade sob a qual os demandados intervieram no evento lesivo que desencadeou a pretensão indenizatória.

Nessa medida, o indigitado sacador e aquele que detém os direitos emergentes do título representativo da obrigação atribuída ao sacado (autor da demanda e alegado pseudo-devedor), seja por força de endosso translativo ou caução, ou, mesmo, mediante cessão de crédito, são passíveis, em princípio, de sujeitarem-se aos efeitos decorrentes da coisa julgada que resolve a controvérsia sobre a existência ou não do crédito, bem como da responsabilidade civil proveniente dessa situação, daí por que são naturalmente dotados de legitimidade para integrar o pólo passivo da lide.

Enquanto ao sacador aproveita defender a retidão da operação de saque, bem como demonstrar a existência de lastro ao título emitido contra o sacado, de modo a ilidir a pretensão desconstitutiva da obrigação incorporada à cártula, esquivando-se do ressarcimento de eventuais prejuízos decorrentes do protesto da duplicata, à instituição financeira beneficiária dos direitos provenientes do título (via endosso – translativo ou de caução – e/ou cessão de direitos) também cumpre essa mesma missão, de maneira a resguardar seus interesses quanto à validade da obrigação e pretensão de cobrança contra o sacado e endossante, uma vez que no implemento de sua atividade pode impor dadas conseqüências ao primeiro.

Segundo esse contexto, em sede de ação declaratória de inexistência de débito, cumulada com pedido indenizatório decorrente de protesto indevido de título de crédito sem lastro, e não abstraído de sua causa subjacente, como o é a duplicata sem aceite, tanto sacador quanto aquele que detém o título e potencializou o protesto da cártula (endossatário/cessionário) dispõem de legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, uma vez que, *in abstrato*, têm relação direta com os efeitos decorrentes da coisa julgada voltada à solução da lide.

Nas palavras da Ministra Nancy Andrighi:

"Se foi o Banco que levou o título a protesto e este causou danos ao autor; se é o Banco o proprietário do título, vez que, beneficiário da operação de endosso-desconto que realizou como emitente da duplicada fria; se é a instituição financeira a detentora da cártula que consubstancia o direito de crédito que buscou cobrar pelo protesto da duplicata, é iniludível que detém legitimidade passiva para responder no pólo passivo da ação de cancelamento de protesto, anulação de título e reparação de danos. Com efeito, tem o Banco interesse próprio em resguardar a validade do título porquanto nele está incorporado o crédito, do qual passou a ser credora, já tendo remunerado o descontante pelo título endossado, tem relação direta

com o cancelamento do protesto e, dependendo da dilação probatória, pode ser responsabilizado pelos danos que tenha com sua conduta perpetrado a pessoa física, estranha à relação causal fraudulentamente simulada pelo emitente da duplicada" (AGREsp n. 216.673/MG, rela. Mina. Nancy Andrighi. Terceira Turma).

Passado esse ponto, outra situação é aquela da casa bancária, ou outras empresas desse mesmo ramo de atividade, que atuam como cobradoras de títulos de crédito mediante endosso-mandato, e que, em princípio, não são interessadas diretas na relação de crédito representada pela cártula, desempenhando apenas uma função em nome daquele que, pessoalmente, detém a titularidade dos direitos emergentes do título.

De regra, aquele que recebe a cártula e desempenha o endosso-mandato, para realizar o crédito, não responde pelos prejuízos advindos da implementação dos atos necessários ao exercício da representação que lhe foi conferida. É bem verdade que, timidamente, existem precedentes jurisprudenciais atribuindo responsabilidade subjetiva ao cobrador, mesmo no cumprimento do mandato, quando, comissiva ou omissivamente, exerce-o abusivamente ou sem a diligência ordinária que lhe competia empregar para pôr em prática esse múnus negocial.

Assim o colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu, valendo registrar:

"Duplicata sem causa. Protesto. Banco mandatário. O banco que recebe por mandato a incumbência de efetuar a cobrança de duplicatas sem causa, se não demonstrar ter recebido ordem do emitente para levar o título a protesto, responde pelo dano que daí resulta para o terceiro. Recurso não conhecido" (REsp n. 333913/SP, da 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 2-4-2002).

Ou ainda,

"Agravo. Recurso especial. Endosso-mandato. Protesto. Título pago. Responsabilidade civil. Banco endossatário. Culpa. 1. Responde o banco endossatário-mandatário pelo pagamento de indenização decorrente do protesto de título já quitado, caracterizada nas instâncias ordinárias a negligência do mesmo. 2. Agravo desprovido" (AGREsp n. 434467/PB, 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 8-11-2002).

Nessa medida, ainda é forte o *princípio da culpa*, segundo o qual "[...] só deveria haver obrigação de reparar danos verificados na pessoa ou em bens alheios quando o agente causador tivesse procedido de forma censurável, isto é, quando fosse exigível dele um comportamento diverso" (Noronha, Fernando. Direito das obrigações. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 434).

Felizmente, ainda que excepcionalmente, a viabilidade da responsabilização civil não opera apenas quando evidenciada a culpa, mas tam-

bém nos casos em que ela não ocorre, à vista do desenvolvimento da responsabilidade objetiva.

Segundo a doutrina de Fernando Noronha, "A responsabilidade objetiva, ou pelo risco, é a obrigação de reparar danos causados a outrem, que tenha acontecido durante atividades realizadas no interesse ou controle da pessoa responsável e independentemente de qualquer atuação dolosa ou culposa desta [...]. Na vida real, as situações concretas em que nos deparamos com responsabilidade objetiva podem, globalmente consideradas, ser reconduzidas a dois grandes grupos, mesmo que alguns casos fiquem fora deles. De um lado, estão os acidentes ocorridos no desenvolvimento de atividades em si mesmas suscetíveis de criar riscos para outrem e que é costume designar de *atividades perigosas*. De outro lado, estão os danos causados a terceiras pessoas por subordinados e demais agentes que poderiam ser evitados se estes procedessem com os cuidados devidos. Neste caso, a atividade não é perigosa, mas é realizada no interesse da pessoa que acaba sendo responsabilizada" (Noronha, Fernando. Responsabilidade civil objetiva. Cópia de apostila não publicada. Redação provisória e anterior ao Código Civil vigente, p. 492 a 506).

Assim, quando a instituição financeira capta clientes e com eles contrata, dentro de sua atividade fim, a realização de serviços potencialmente nocivos a terceiros, solidariza-se, ao menos em tese, com os seus contratantes, para responder pelos prejuízos decorrentes da prática profissional de risco que desempenha no meio social, uma vez que, no mínimo, serviu de agente catalisador do pretenso evento lesivo, interessando-lhe defender a regularidade de sua conduta, bem como a ausência de dano a terceiros, no exercício desse ofício lucrativo (Teoria do risco de empresa — art. 927, parágrafo único, do CC — 10.406/02).

Cumpre destacar bem que, no presente momento, o ponto nevrálgico da discussão não está na existência ou não da responsabilidade, ou, então, na averiguação de responsabilidades segundo a ótica do contrato de mandato firmado entre a agência mandatária e o seu constituinte, mas, sim, no risco inerente ao próprio ramo de atuação econômica desenvolvido pelo constituído (casa bancária). Assim, quando ele presta essa espécie de serviço, está implementando uma de suas atividades fim, por meio da qual aufere ganhos, amplia e consolida mercados e clientelas, distribuindo o risco de sua atividade segundo o preço cobrado para realização dos seus serviços, incumbindo-lhe verificar a legitimidade da operação que executa por meio de medidas eficazes a evitar a imposição de danos a terceiros, assumindo conjuntamente com o seu outorgante os ônus típicos desta especializada atividade que o Estado só concede a selecionados interessados.

Nessa ordem de idéias, a realização do serviço de cobrança de duplicatas sem aceite ou sem compro-

vante de entrega de mercadorias comporta, sem dúvida, alto risco para as instituições financeiras e, tendo ela optado por sua prestação, sujeita-se, em tese, à responsabilização decorrente dessa atividade, mesmo que, ao tempo de sua imposição (julgamento do mérito) verifique-se descabida, ante a existência de uma excludente ou ausência de nexo de causalidade.

Logo, no âmbito do ingresso da demanda para nulificação de duplicata emitida sem lastro, cumulada a pedido ressarcitório, não se pode atribuir ao demandante o ônus de identificar previamente os detalhes das relações materiais que envolveram aqueles que desencadearam o resultado lesivo sujeito à reparação, e, segundo essa necessidade, condicionar a formação do pólo passivo da demanda. Assim é porque o exame da legitimação passiva *ad causam* não perpassa a verificação da procedência ou não do pedido, para então retroagir a fim de identificar a pertinência subjetiva dos sujeitos da lide. Em verdade, restringe-se apenas à constatação da possibilidade de submissão dos demandados aos efeitos da coisa julgada, mediante um exame preliminar da conexidade de sua conduta com o litígio posto em discussão judicial.

Segundo esse raciocínio, para aferição, em abstrato, da viabilidade da tutela visando à reparação de dano causado em função de protesto de duplicata eventualmente sem lastro, cumpre garantir, ao menos no limiar da demanda, a possibilidade máxima de ressarcimento ao pretenso lesionado, em detrimento daqueles que em tese desencadearam o evento lesivo.

Por esse prisma, para o fim de admitir a legitimação passiva *ad causam*, melhor se amolda a teoria do risco, quando prescreve que "[...] uma pessoa deve incorrer na obrigação de indenizar, mesmo sem ter agido com culpa, sempre que sejam produzidos danos no decurso de atividades realizadas no seu interesse e sob o seu controle [...] Como se vê, a teoria enfatiza a idéia de risco de atividade. Quem, pela sua atuação, cria o risco de produção de eventuais danos a terceiros, deve reparar aqueles que assim forem causados" (Noronha, Fernando. Responsabilidade civil objetiva. Cópia de apostila não publicada. Redação provisória e anterior ao Código Civil vigente, p. 506).

Tanto é assim, que o Código Civil vigente (Lei n. 10.406/02), em seu art. 927, parágrafo único, expressamente encampou essa modalidade de responsabilidade, ditando: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, *ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*" (grifou-se).

Nesse contexto, não há dúvida de que a cobrança de duplicatas sem aceite ou comprovante de entrega de mercadoria comporta dúvida inerente à existência de lastro para sua cobrança (risco), dimanando daí, em princípio, a possibilidade de sujeitar-se a

agência cobradora, mesmo que tão-somente figurante na qualidade de mandatária, a ressarcir o dano causado ao terceiro, mesmo quando totalmente alheia a essa obrigação, uma vez que as práticas implementadas para cobrança do crédito, reconhecidamente, podem impingir prejuízos de ordem econômica e moral ao indigitado lesionado.

Por fim, acrescenta-se ao que já se disse, o que não importa em adiantar parte do exame do mérito da ação, que a admissão da possibilidade da tutela ressarcitória em relação à agência bancária mandatária utilizada para cobrança (reconhecimento da legitimidade passiva *ad causam*) revela um sério indício de que os avanços perpetrados no campo do direito cambiário e da atividade bancária concernente à negociação de títulos de crédito, atrelada aos meios eletrônicos e à informatização desse ramo de atividade, se de um lado traz benefícios, mormente na agilização do comércio cambiário e no barateamento de custos, deve provocar, paralelamente, o desenvolvimento de técnicas eficazes para fiscalização da lisura desses negócios, assim como da legitimidade das operações, antes de inaugurar-se um procedimento de cobrança, que, potencialmente, sem a devida prevenção, pode atingir uma ou várias pessoas totalmente alheias à obrigação, acarretando-lhes danos de difícil e incerta reparação, mormente ante aquelas operações negociais largamente utilizadas, que mais se evidenciam na prática cotidiana das agências de crédito ao consumidor.

Ainda citando o professor Fernando Noronha, vale transcrever sua lição quando diz:

"Os conceitos de 'lucro' e de 'risco' são como que o anverso e o reverso, o lado bom e o lado mau de uma mesma medalha: 'o risco, dizem Alpa e Bessone [1982: 302 e 303], apresenta-se como o aspecto negativo da busca do lucro': ele é 'todo evento danoso (entendido em sentido amplo) associado ao processo produtivo' [...] Se toda atividade empresarial tem uma função social, se visa satisfazer não só o interesse do empresário como também o 'bem comum' [1.5.3], o objetivo empresarial da obtenção do máximo lucro há de ser subordinado ao interesse geral, de maneira tal que, como dizem Alpa e Bessone [1982:314], 'o custo' social da empresa não reduza a zero os 'benefícios' esperados pela coletividade'. É preciso 'desencorajar as atividades potencialmente danosas', o que, segundo o ítalo-americano Calabresi, conforme citação de Alpa e Bessone, se faz deixando ao mercado 'a determinação do nível em que (e dos modos em que) se deseja que aquelas atividades sejam exercidas, com desconto do custo. Do mesmo modo, deixa-se aos particulares a liberdade de escolher e empreender estas atividades e suportar o seu custo, inclusive o custo dos acidentes, ou, dados certos custos dos acidentes, empreender atividades mais seguras que, todavia, poderiam ser consideradas menos desejáveis [...] É nestes termos que o risco de empresa justifica, embora apenas

como princípio a observar na interpretação da lei, na integração de suas lacunas e na construção de direito para além da lei [Noronha, 1988: 138, 161], a imposição ao empresário de uma responsabilidade objetiva, cobrindo todos os riscos resultantes de suas atividades, tanto no âmbito interno à empresa como no externo, e tanto por danos causados por empregados e prepostos como por aqueles diretamente resultantes de máquinas, produtos e até matérias-primas" (Noronha, Fernando. Responsabilidade civil objetiva. Cópia de apostila não publicada. Redação provisória e anterior ao Código Civil vigente, p. 511).

Da mesma forma, ponderando os riscos da atividade, há precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça admitindo a responsabilização, ainda que se cuide do agente financeiro que recebeu o título por endosso translatício:

"Duplicata sem causa. Endosso. Protesto. Responsabilidade do Banco. Deve ser reconhecida a responsabilidade da instituição bancária que recebe para desconto duplicata sem causa e a leva a protesto contra a pessoa que nenhuma relação tem com a sacadora. Quem assim age, sem verificar suficientemente a legitimidade da operação, corre o risco da sua atividade e deve reparar o prejuízo que causa a terceiros. A alegação de que são milhares as operações realizadas diariamente não exime o banco, pois o dano à pessoa atingida continua existindo; a informação, no entanto, serve para mostrar a quantidade de ofensas que são assim praticadas diariamente, a maioria impune. Também não prevalece a escusa de que tinha o banco a necessidade de resguardar seus direitos, porquanto isso não pode se dar à conta e às custas de terceiro que não participa da relação; ele apenas deve ter ressalvados esses direitos contra o endossante. Recurso conhecido, mas desprovido" (REsp n. 331359/MG, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 2-4-2002).

Sobre o ponto, mais recentemente, esta colenda Câmara já decidiu:

"Não há como se excluir do pólo passivo de ação que visa à desconstituição de título cambial, à invocação de uma pretensa ilegitimidade *ad causam*, o estabelecimento bancário que, tendo recebido, de um banco correspondente, duplicata mercantil destituída de causa, a apresenta a protesto" (Ap. Cív. n. 2002.015663-4, de Içara, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 12-6-03).

Do exposto, constatada a possibilidade, em abstrato, de atribuir-se responsabilidade pelo evento danoso à casa bancária que recebeu o título por endosso translativo e àquela que exerceu endosso-mandato, é de admiti-las na demanda como legitimadas a figurarem no pólo passivo, não obstante, no mérito, poder-se excluir a responsabilização.

Como as duas instituições financeiras são partes legítimas da demanda, prejudicado o exame do pedido de

minoração dos honorários advocatícios.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 11 de março de 2004.

Fernando Carioni,
Presidente com voto;
Marco Aurélio Gastaldi Buzzi,
Relator.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

MANDADOS DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 2003.027323-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Newton Trisotto

Administrativo – Concurso público – Polícia Militar – Limite de idade – Inscrição – Direito líquido e certo.

"1. O ingresso na Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar, nos termos do § 1º do art. 42, c/c as disposições do art. 142, § 3º, inc. X, da Constituição Federal, será regulamentado por lei, que poderá inclusive prever regramento a respeito dos limites de idade. Por estarem submetidos a regime jurídico especial, distinto dos servidores públicos, não se aplica aos militares a garantia inscrita no inc. XXX do art. 7º da Lex Mater.

"2. O Estatuto da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina – Lei n. 6.218/83, art. 11 – prevê expressamente a idade como um dos critérios a ser observado no ingresso na Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar. O fato de a norma não especificar a idade mínima e máxima não constitui fator de invalidação da exigência, desde que o detalhamento conste do edital que regu-

la o certame (AgAI n. 284.001-0/DF, Min. Moreira Alves). Este procedimento atende com mais presteza às necessidades do provimento dos cargos, levando em consideração a complexidade e diversidade das funções dos integrantes da Corporação. Isso não viola a Constituição Federal porque a exigência está prevista em lei; e não viola o princípio da legalidade porque o edital a ela está vinculado" (MS n. 2003.021399-6, Des. Luiz Cézar Medeiros).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2003.027323-9, da comarca da Capital, em que é impetrante Júlio Pereira Machado e impetrados o Secretário de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão e outro:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por maioria de votos, denegar a segurança. Vencido o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho.

Custas na forma da lei, com a ressalva do disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/50.

I – Relatório

Júlio Pereira Machado impetrou mandado de segurança contra o Secretário de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão e o Comandante-Geral da Polícia Militar.

O litígio tem origem no concurso público para ingresso nas fileiras da Polícia Militar.

Questiona o impetrante a legalidade da exigência do limite de idade.

Deferida a liminar (fl. 50), os impetrados prestaram informações (fls. 59 a 69).

O Procurador de Justiça Francisco José Fabiano manifestou-se pela concessão da segurança (fls. 68 a 72).

II –Voto

1. A respeito da matéria decidiu o Grupo de Câmaras de Direito Público:

"1. O ingresso na Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar, nos termos do § 1º do art. 42, c/c as disposições do art. 142, § 3º, inc. X, da Constituição Federal, será regulamentado por lei, que poderá inclusive prever regramento a respeito dos limites de idade. Por estarem submetidos a regime jurídico especial, distinto dos servidores públicos, não se aplica aos militares a garantia inscrita no inc. XXX do art. 7º da *Lex Mater*.

"2. O Estatuto da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina – Lei n. 6.218/83, art. 11 – prevê expressamente a idade como um dos critérios a ser observado no ingresso na Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar. O fato de a norma não especificar a idade mínima e máxima não constitui fator de invalidação da exigência, desde que o detalhamento conste do edital que regula o certame (AgAI n.

284.001-0/DF, Min. Moreira Alves). Este procedimento atende com mais presteza às necessidades do provimento dos cargos, levando em consideração a complexidade e diversidade das funções dos integrantes da Corporação. Isso não viola a Constituição Federal porque a exigência está prevista em lei; e não viola o princípio da legalidade porque o edital a ela está vinculado" (MS n. 2003.021399-6).

Do acórdão, da lavra do Des. Luiz Cézar Medeiros, transcrevo o excerto que segue:

"1. O impetrante insurge-se contra o indeferimento da inscrição para o concurso de ingresso na Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, em razão do limite máximo de idade – 26 (vinte e seis) anos –, condição estabelecida no Edital n. 001/CESIEP/2003, que regulamenta o certame.

"Segundo os termos do citado Edital, cuja cópia encontra-se às fls. 9 a 37, são requisitos para a admissão da inscrição do candidato ao concurso de ingresso de Soldado da Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar:

'a) Ser brasileiro; b) *Idade mínima de 18 anos e no máximo não ter completado, até o ato da inscrição, 26 anos de idade;* c) Ter altura mínima de 1,65m para o sexo masculino e 1,60 m para o sexo feminino e ter peso proporcional à altura, a ser conferido pela Junta Médica da Corporação, no ato da inspeção de Saúde; d) Estar em dia com o Serviço Militar e Justiça Eleitoral; e) Não ter sido condenado por crime doloso; f) Não exercer, ou não ter exercido atividades prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional; g) se reservista das Forças Armadas, deverá o candidato ter sido licenciado no mínimo no comportamento 'Bom'; h) Não será deferida matrícula a candidatos isentos do serviço militar por incapacidade física ou desligado de Curso ou Escola Militares por incapacidade física ou mental; i) Ex-Policiais e Bombeiros Militares e Militares da ativa deverão estar no mínimo no comportamento 'Bom'; j) Gozar dos direitos políticos; l) Não estar incompatibilizado para nova investidura em cargo público; m) Possuir idoneidade moral que o recomende ao Ingresso ao Quadro de Praças da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros; n) As Declarações e Certidões deverão ser negativas para a matrícula dos Candidatos ao Curso de Formação de Soldado Policial e Bombeiro de acordo com o item 10.11 exigidas do presente Edital; o) Saber nadar, e ser comprovado no ato de inscrição, mediante teste prático (exclusivo para candidatos à inclusão no Corpo de Bombeiros)' (sem grifo no original).

"Assim, o próprio Edital, em consonância com a norma de regência – Lei n. 6.218/83 – especifica que somente serão admitidas as inscrições feitas pelos brasileiros que tiverem idade mínima de 18 anos e máxima de 26 anos, *não* completados até o ato da inscrição, além do preenchimento dos outros requisitos nele constantes.

"Da documentação acostada aos autos, verifica-se que o impetrante, embora preencha os outros re-

quisitos, não satisfaz a exigência referente à idade, posto que completou 26 anos no dia 19 de abril de 2003, portanto, anteriormente à data da abertura das inscrições.

"A limitação de idade mínima e máxima para a inscrição no concurso de ingresso nos quadros da Polícia Militar, quando pautada na razoabilidade, não afronta o princípio isonômico previsto na Carta Política em vigor, justo porque, na maioria das vezes, e o caso em análise é um deles, a exigência tem relação com a necessidade de qualidades específicas que propiciem o melhor desempenho das funções, dada a natureza do cargo ou emprego da Administração Pública.

"Nesse sentido, são os precedentes da Suprema Corte:

'Pode a lei, desde que o faça de modo razoável, estabelecer limite mínimo e máximo para ingresso em funções, empregos e cargos públicos. Interpretação harmônica dos artigos 7º, XXX, 39, § 2º, 37, I, da Constituição Federal' (RE n. 184.835-9/AM, Min. Carlos Velloso).

'Concurso público – Defensoria de ofício da Justiça Militar – Limite de idade – Lei n. 7.384/85 (art. 4º, II) – Alegação de ofensa ao art. 39, § 2º, c/c art. 7º, XXX, da Constituição – Candidatos que, embora autorizados por liminar judicial, sequer participaram do concurso – Postulação mandamental deduzida com o *único* objetivo de assegurar aos impetrantes a inscrição no referido concurso público – Impossibilidade de alteração do pedido em sede recursal ordinária – Mandado de segurança individual e substituição processual – Recurso improvido.

'A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a norma constitucional que proíbe tratamento normativo discriminatório, *em razão da idade*, para efeito de ingresso no serviço público (*CF*, art. 39, § 2º, c/c art. 7º, XXX), não se reveste de caráter absoluto, sendo legítima, em conseqüência, a estipulação de exigência de ordem etária quando esta decorrer da natureza e do conteúdo ocupacional do cargo público a ser provido.

'O tema concernente à fixação legal do limite de idade para efeito de inscrição em concurso público e de preenchimento de cargos públicos tem sido analisado pela jurisprudência desta Corte em função e na perspectiva do critério da razoabilidade. *Precedentes: RTJ* 135/528 – *RTJ* 135/958' (ROMS n. 21045-1/DF, Min. Celso de Mello).

"2. Sustenta o impetrante que a Constituição veda a distinção em função da idade para ingresso no serviço público, em especial a garantia inscrita no inc. XXX do art. 7º, com o seguinte teor:

'Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

'XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e

de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil'.

"Com a promulgação das Emendas Constitucionais ns. 18, 19 e 20 houve a cisão dos regimes jurídicos dos servidores públicos civis e militares. Os servidores públicos civis são agora denominados simplesmente de servidores públicos e as regras a eles inerentes estão disciplinadas na Seção II (arts. 39 a 41) do Capítulo VII, do Título III, que trata da Administração Pública. Os servidores militares são denominados apenas de militares e são disciplinados pela Seção III, do mesmo Capítulo VII, que é composta por apenas um dispositivo, o art. 42, §§ 1º e 2º.

"Em relação aos servidores públicos prescreve a Lei Maior:

'Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

[...]

'§ 3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir'.

"De outro vértice, no que se refere aos militares, disciplina a Carta Constitucional de 1988:

'Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

'§ 1º. Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo à lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

'§ 2º. Aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e a seus pensionistas, aplica-se o disposto no art. 40, §§ 7º e 8º'.

"O art. 142, § 3º, inc. VIII, por sua vez, limita as garantias sociais aos militares:

'Art. 142. [...]

'VIII – aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV e no art. 37, XI, XIII, XIV e XV [...]'.

"Observa-se, portanto, que o constituinte expressamente disciplinou sobre as garantias aplicadas ao servidor público e ao militar. Àquele foi vedada a distinção por motivo de idade para ingresso no serviço público, permitindo apenas à lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão, quando a natureza do cargo o exigir. Já no que diz respeito ao militar, inexiste previsão expressa de proibição de distinção em relação à idade para o ingresso nas Forças Armadas ou Polícias Militares estaduais.

"Pode-se, assim, concluir com segurança que o constituinte estabeleceu um rol das garantias sociais aplicadas aos militares e taxativamente omitiu a garantia do inciso XXX do art. 7º.

"Essa afirmação tem conforto em julgado do Supremo Tribunal Federal:

'Não é inconstitucional a imposição de limite máximo de idade, para ingresso de praça, nos quadros de Corpo de Bombeiros Militar (CF, art. 42, §§ 9º e 11, do texto original)' (RE n. 197479/DF, Min. Octávio Gallotti, publ. DJU 18-8-00).

"Do corpo do acórdão, colhe-se:

'Veja-se, mais, que, ao enumerar os direitos sociais do militar, o art. 142, § 11, do texto original da Constituição, não contemplou também, ao contrário da regra prevalecente para o civil, na enumeração, o insculpido no art. 7º, XXX, onde se proíbe a diferenciação de critério de admissão por motivo de idade'.

"No Superior Tribunal de Justiça também há precedentes que se afinam com esse entendimento:

'Administrativo – Militar – Concurso para o quadro complementar da Aeronáutica – Limite de idade.

'1. Os militares estão sujeitos a limitação de idade, consoante previsto no art. 42, § 9º, da Constituição Federal, não se lhes aplicando a norma do art. 7º, XXX. Precedentes do STJ.

'2. Recurso conhecido e provido' (STJ, REsp n.149.471/RS, Min. Anselmo Santiago).

'Militar. Limite de idade, concurso de provas e títulos para o quadro complementar de oficiais do Exército. Lei n. 7.831/89, artigos 4º, III e 12º. Constituição Federal. Artigos 7º, item XXX e 42, § 9º.

'Os servidores públicos militares estão sujeitos a limite de idade § 9º, art. 42, da Constituição Federal, não se aplicando a eles as disposições do art. 7º, item XXX, da aludida Constituição. Segurança julgada prejudicada por ter sido o impetrante reprovado' (STJ, MS n. 303/DF, Min. José de Jesus Filho).

'Mandado de segurança, recurso ordinário. Constitucional. Administrativo. Concurso público. Limitação de idade.

'I – A garantia da igualdade ínsita no inciso XXX do art. 7º da Constituição Federal não pode ser compreendida em termos absolutos.

'II – Tendo-se por presente o aspecto de razoabilidade na fixação – em termos absolutos – de idade-limite para participação em concurso público, deve-se admiti-la.

'III – Recurso conhecido e improvido' (ROMS n. 313/RJ, Min. Cesar Asfor Rocha).

"A motivação que levou o legislador constitucional a fazer essa diferenciação é perfeitamente justificável, exatamente pela natureza especial do

serviço militar, aí evidentemente compreendidas as atividades dos integrantes das Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares. Há que se gizar, inclusive, que a própria forma de ingresso no serviço militar é regulada de forma diferenciada na *Lex Mater*. Enquanto os servidores públicos têm as normas de investidura rigidamente previstas no art. 37, incs. II a IX, aos militares delegou-se à legislação ordinária o disciplinamento completo da matéria.

"Com efeito, antes da Emenda Constitucional n. 18/98, estabelecia o § 9º do art. 42:

'§ 9º. A lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade'.

"Atualmente, a Constituição Federal prevê que o ingresso nas Forças Armadas deverá ser regulado por lei ordinária, norma que, por força do preceituado no § 1º do art. 42, tem aplicação integral para as Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militar.

"Eis o teor da disposição constitucional pertinente, já com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 18/98:

'Art. 142 – [...]

'X – *a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade*, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas *e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades*, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra' (não grifado no original).

"A respeito do tema, José Afonso da Silva preleciona:

'Ontologicamente, porém, nada mudou porque os militares são, sim, servidores públicos em sentido amplo como eram considerados na regra constitucional reformada. São agentes públicos, como qualquer outro prestador de serviço ao Estado. A diferença é que agora se pode separar as duas categorias, em lugar de servidores civis e servidores militares, embora assim sejam, em agentes públicos administrativos e agentes públicos militares.

[...]

'Sua organização e seu regime jurídico, desde a forma de investidura até as formas de inatividades, diferem fundamentalmente do regime dos servidores civis. Diferem até mesmo entre si. Por exemplo, os servidores militares das Forças Armadas, ou ingressaram no serviço por via do recrutamento, que é a forma de convocação para prestar o serviço militar, ou por via de exame de ingresso nos cursos de formação de oficiais. A obrigatoriedade do serviço militar (art. 143) não deixa margem à realização de concurso público à semelhança do que ocorre para os servidores civis. O ingresso nas polícias militares é voluntário, e, por conseguinte, os interesses se

submetem a provas de seleção de vários tipos para sua investidura, incluindo também as escolas de formação de seus integrantes oficiais' (Curso de Direito Constitucional Positivo. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 684).

"E mais adiante, complementa:

'Finalmente, cumpre apenas lembrar, com base no art. 142, § 1º, que cabe à lei complementar estabelecer as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas, assim como recordar que os integrantes das Forças Armadas têm seus direitos, garantias, prerrogativas e impedimentos definidos no § 3º do citado art. 142, desvinculados, assim, do conceito de servidores públicos, por força da EC n. 18/98' (*op. cit.*, p. 754).

"Na mesma alheta é a doutrina de Pinto Ferreira:

'O princípio da igualdade é norma constitucional básica chamada também de princípio da isonomia, consistindo na igualdade jurídico-formal de todos diante da lei. O seu objetivo é extinguir privilégios'.

"A seguir, expõe o insigne jurista:

'Não se trata evidentemente de igualdade absoluta nem de igualdade econômica, conduzindo ao nivelamento social. Balladore Pallieri salienta que o princípio não obriga a tratar igualmente situações de fatos desiguais, proibindo apenas o arbítrio diante de diferenciações fundamentadas em qualidades pessoais do indivíduo, tais como raça, riqueza, sexo, profissão, classe etc. A igualdade deve ser proporcional' (Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. Vol. 1, p. 62).

"Verifica-se, pois, exatamente em razão das peculiaridades do regime jurídico especial a que estão submetidos os militares, a Constituição Federal deixou para a lei ordinária a regulação de aspectos relacionados à sua investidura e carreira.

"Bem por isso, como apropriadamente lembrado pela digna autoridade impetrada, o Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, apreciando pedido liminar formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 317-8/SC, suspendeu a vigência do § 1º do art. 31 da Constituição do Estado de Santa Catarina, que dispõe:

'Art. 31 – São servidores públicos militares os integrantes militares da Polícia Militar.

'§ 1º – A investidura na carreira militar depende da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e de títulos, respeitada a ordem de classificação'.

"A decisão da Suprema Corte sinaliza com muita clareza sobre a impropriedade de se erigir à norma constitucional as regras sobre os critérios de ingresso do militar. Em reforço ao já dito, cabe, portanto, ao legislador ordinário dispor sobre o ingresso na Polícia Militar. De outra banda, se, como exaustivamente demons-

trado, não há qualquer impeditivo constitucional sobre a aplicação de requisito de idade para ingresso na Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar, cumpre verificar qual o tratamento que a lei de regência estadual dá à matéria.

"O Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina, Lei Estadual n. 6.218/83, preceitua:

'Art. 11 – Para o ingresso na Polícia Militar e matrícula nos estabelecimentos de ensino Policial Militar destinados à formação de oficiais e graduados, além das condições relativas à nacionalidade, *idade*, aptidão intelectual e psicológica, capacidade física e idoneidade moral, é necessário que o candidato não exerça, e nem tenha exercido atividades prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional' (grifo não constante do original).

"Idêntica previsão é encontrada no Estatuto dos Militares Federais, Lei Federal n. 6.880/80:

'Art. 11. Para matrícula nos estabelecimentos de ensino militar destinados à formação de oficiais, da ativa e da reserva, e de graduados, além das condições relativas à nacionalidade, **idade**, aptidão intelectual, capacidade física e idoneidade moral, é necessário que o candidato não exerça ou não tenha exercido atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional'.

"Ao contrário da alegação de que no Estado o requisito concernente à *idade* não tem previsão legal, constata-se que a Lei Estadual prevê expressamente a *idade* como um dos critérios a ser observado no ingresso na Polícia Militar. O fato de a norma não especificar a idade mínima e máxima, *data venia*, não se constitui em fator de invalidação da exigência. Pela complexidade e diversidade das funções dos integrantes da Corporação, parece mais recomendável que as especificações, como *in casu*, sejam estabelecidas nos Editais. Isso não viola a Constituição Federal porque a exigência está prevista em lei; e não viola o princípio da legalidade porque o Edital a ela está vinculado.

"Aliás, o art. 10, também da Lei n. 6.218/83, contempla a possibilidade da edição de regulamentos, normas e instruções, aí incluído, por óbvio, o Edital que rege o concurso de ingresso.

"Estabelece o citado artigo:

'Art. 10 – O ingresso na Polícia Militar, ressalvado o previsto no art. 6º, é facultado a todos os brasileiros, sem distinção de raça ou de crença religiosa, mediante inclusão, matrícula ou nomeação, *cumpridas as condições previstas em Lei, complementadas por regulamentos, normas e instruções'* (não grifado no original).

"Versando sobre a possibilidade de fixação de limite de idade no edital do certame, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

'2. Ademais, o acórdão recorrido tem ainda fundamento suficiente *per se* para a sua manutenção, a qual

não é atacável pelos dispositivos tidos pelo recurso extraordinário como violados (os citados artigos e o artigo 5º, XXXV, todos da Constituição), *e que é o de que, sem lei que declare qual seja a idade-limite, mas exija a observância desse requisito, pode a Administração Pública fixá-lo no edital desde que não seja discriminatório, como não o é no caso em virtude das características da carreira militar*, para não haver ofensa ao artigo 7º, XXX, da Carta Magna' (AgAI n. 284.001-0/DF, Min. Moreira Alves) (não grifado no original).

"Assim, havendo previsão legal e o estabelecimento da idade mínima e máxima não se divorciando do princípio da razoabilidade, é de ser afastada a pecha de ilegalidade e inconstitucionalidade aduzida pelo impetrante.

"Considerando, como tantas vezes repetido, as peculiaridades da carreira militar, não pode ser tida despropositada ou discriminatória a idade mínima de 18 e máxima de 26 anos, principalmente se considerados os rígidos limites para a transferência compulsória à reserva remunerada que, segundo os termos do art. 105 da citada Lei n. 6.218/83, para os cabos e soldados é de 55 anos, e oficiais variando de 52 (2º Tenente) a 59 anos (Coronel).

"Assim, se mostra inaceitável, por exemplo, a inscrição de um candidato com 40 anos. Ele eventualmente, se lograr êxito no concurso, trabalhará apenas mais 15 anos, quando será alcançado pela passagem compulsória à reserva.

"Data venia, ao não ser acatados os termos definidos no Edital e autorizado pela Lei, não haveria critério algum para o estabelecimento da idade de ingresso na Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar. Não seria recomendável que o Poder Judiciário, sem fundamento plausível, interferisse em matéria situada na órbita do poder discricionário da Administração.

"Conforme observação absolutamente procedente realçada pelo eminente Desembargador Newton Janke no despacho denegatório de medida liminar proferido no Mandado de Segurança n. 2003.021414-3, que cuidou de matéria idêntica, impende registrar que 'na espécie, a limitação nem se revela discriminatória, na medida em que não contempla quaisquer exceções, nem ofende os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade se se levar em conta a natureza das atividades do cargo público a ser provido'.

"Enfrentando o tema, preleciona Alexandre de Moraes:

'A proibição genérica de acesso a determinadas carreiras públicas, tão-somente em razão da idade do candidato, consiste em flagrante inconstitucionalidade, uma vez que não se encontra direcionada a uma finalidade acolhida pelo direito, tratando-se de discriminação abusiva, em virtude da vedação constitucional de diferença de critério de admissibilidade

por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX), que consiste em corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental da igualdade (CF, art. 5º, *caput*), que se estende, *à falta de exclusão constitucional inequívoca, como ocorre em relação aos militares (CF, art. 142, § 1º)*, a todo o sistema de pessoal civil' (Direito Constitucional. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 64) (grifo não constante do original).

"Não dissentindo do posicionamento doutrinário e jurisprudencial de que o princípio da igualdade e da não distinção entre sexo e idade deve ser interpretado à luz das peculiaridades de cada carreira funcional, anota Adilson Abreu Dallari:

'Entendemos que a Constituição veda restrições estabelecidas por mera discriminação, por puro preconceito. A enumeração de alguns fatores de discriminação no texto do dispositivo não significa que outros sejam tolerados. A relação é meramente exemplificativa pois dela não consta a distinção por motivo de raça (implicitamente contida no inciso XLII do art. 5º), que, além de ensejar as sanções normais a qualquer ato preconceituoso (sua nulidade, a responsabilização funcional do agente) constitui crime inafiançável e imprescritível, punido com a pena de reclusão.

'Assim sendo, tanto o estabelecimento de condições referentes à altura, à idade, bem como ao sexo, poderão ser lícitos ou não, caso respeitem ou violem o princípio da isonomia, isto é, caso sejam ou não pertinentes, o que se verificará em cada caso concreto. Condição pertinente será somente aquela ditada pela natureza da função a ser exercida, ou seja, circunstância, fator ou requisito indispensável para que a função possa ser bem exercida, o que não se confunde com a mera conveniência da administração, nem com preferências pessoais de quem quer que seja.

'Assim nos manifestamos e assim entenderam, por unanimidade, os demais participantes da mesa que conduziu os debates sobre o assunto durante o II Curso de Especialização em Direito Administrativo realizado pela Pontifícia Universidade Católica, em 1973, quais sejam, o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello (coordenador), o Prof. Celso Bastos e o Prof. Michel Temer. A conclusão final, formulada pela coordenação, acompanhando quase literalmente o que havia sido proposto por um dos grupos de trabalho, foi assim redigida: 'Pode ser estabelecida limitação para inscrição em concurso público, em razão de sexo ou idade, por lei, desde que atendido o princípio da correção lógica entre o elemento discriminador e o descrímen estabelecido' (Regime constitucional dos servidores públicos. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 32 e 33)'.

"No mesmo sentido leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

'Como regra, a idade não mais pode ser erigida em fator obstativo da acessibilidade, excetuadas, evidente-

mente, o limite mínimo para o trabalho adulto e o máximo, que coincide com o estabelecido para a aposentadoria compulsória. Isto porque, para os admitidos em regime de emprego, o art. 7º, XXX, o impediria, já que ali se dispõe ser proibida a adoção de critério de admissão por motivo de idade. A mesma vedação se impõe para admitidos no regime do cargo, *ex vi* do art. 39, § 2º, de acordo com o qual aos servidores da Administração direta, autarquias e fundações públicas aplicam-se, entre outros incisos do art. 7º, o mencionado no inciso XXX.

'Observou-se que tal requisito como regra não pode ser exigido. Isto porque haverá hipóteses nas quais o fator idade pode resultar uma específica incompatibilidade com algum determinado cargo ou emprego, cujo satisfatório desempenho demande grande esforço físico ou acarrete desgaste excessivo, inadequados ou impossíveis a partir de certa fase da vida. Não se tratará, pois, de uma pretendida limitação indiscriminada e inespecífica – inadmitida pelo Texto Constitucional – mas, pelo contrário, da inadaptação física, para o satisfatório desempenho de certas funções como conseqüência natural da idade' (Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 51).

"Ainda da Excelsa Corte de Justiça, sobre a plausibilidade constitucional do discrímen em comento, podem ser citadas as seguintes decisões:

'A Constituição Federal, em face do princípio da igualdade, aplicável ao sistema de pessoal civil, veda a diferença de critério de admissão em razão da idade, *ressalvadas as hipóteses expressamente previstas na Lei e aquelas em que a referida limitação constitua requisito necessário em face da natureza e das atribuições do cargo a preencher'* (RE n. 140.945-2/RJ, Min. Ilmar Galvão, in JSTF 207/149) (não grifado no original).

'Inadmissibilidade do discrime, face ao princípio da igualdade que, em vista das normas em referência, aplica-se ao sistema de pessoal civil do Município, *ressalvadas as hipóteses expressamente previstas na Constituição e aquelas em que a limitação de idade constitua requisito necessário em razão da natureza e das atribuições do cargo a preencher*.

'Orientação assentada pela jurisprudência do STF, de que se desviou a decisão recorrida' (RE n. 165.305-1/RS, Min. Ilmar Galvão, *in* JSTF, Lex 196/232) (não grifado no original).

"Neste Tribunal, são inúmeros os precedentes que se harmonizam com a tese de que é legal e constitucional o estabelecimento de faixa etária para ingresso na Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar:

'Mandado de segurança. Concurso público para ingresso na Polícia Militar. Limite de idade. Requisito constante no edital. Exigência legal. Segurança denegada' (MS n. 1998.005617-9, Segundo Grupo de

Câmaras Civis, Des. Vanderlei Romer).

'Administrativo – Concurso público de ingresso em cargos da Polícia Militar – Limites de idade para inscrição – Exigência prevista no edital do certame – Direito líquido e certo inexistente – Segurança denegada.

'Não tem direito líquido e certo que legitime a propositura de mandado de segurança o candidato que em concurso público não logra preencher um dos requisitos previstos no edital para a inscrição' (MS n. 2001.023658-3, Grupo de Câmaras de Direito Público, Des. Luiz Cézar Medeiros).

'Mandado de segurança – Concurso para ingresso na Polícia Militar – Limite de idade – Possibilidade – Garantia constitucional do art. 7º, inc. XXX, não constante no rol do art. 142, § 3º, inc. VIII, da CF – Admissão à carreira militar disciplinada por lei ordinária – Inteligência do art. 42, § 1º, da CF – Critério de idade previsto no art. 11 do Estatuto dos Policiais Militares de Santa Catarina – Direito inexistente – Segurança denegada' (MS n. 2001.023877-2, Grupo de Câmaras de Direito Público, Des. João Martins).

"E do mesmo relator: MS ns. 2001.024132-3, 2001.024378-4 e 2001.024715-1.

'Nos concursos públicos para ingresso de pessoal, pode a administração fixar limites de idade ou sexo, desde que não viole o princípio da isonomia.

'Se o edital faculta aos servidores estáveis a inscrição independentemente do limite estabelecido, o privilégio quebra o princípio de igualdade de tratamento que deve presidir o concurso' (ACMS n. 1996.003112-0, Des. Amaral e Silva).

"E, finalmente:

'Constitucional – Concurso – Polícia Militar – Limite de idade – Direito inexistente.

' 'Não é inconstitucional a imposição de limite máximo de idade, para ingresso de praça, nos quadros de Corpo de Bombeiros Militar (CF, art. 42, §§ 9º e 11, no texto original)' (RE n. 197.479, Min. Octavio Gallotti) e nos quadros da Polícia Militar' (MS n. 2001.024763-1, Grupo de Câmaras de Direito Público, Des. Newton Trisotto).

"3. Sobre o requisito fundamental para a viabilização da prestação jurisdicional via mandado de segurança, o nosso Tribunal, em acórdão da lavra do eminente Des. Wilson Guarani, evocando também as lições de Hely Lopes Meirelles, assentou:

' 'O direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante. Se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver determinada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda não esclarecidos nos autos, não rende ensejo a segurança, embora possa ser definido por outros meios

judiciais' (*in* Mandado de Segurança e Ação Popular, 2ª edição, Editora RT, p. 15). Recurso desprovido' (ACMS n. 4.109).

"Na mesma esteira, sobre a liquidez e certeza do direito, como condição *sine qua non* para a interposição de pleito com supedâneo na Lei n. 1.533/51, o não menos festejado Celso Agrícola Barbi, preleciona:

'Enquanto, para as ações em geral, a primeira condição para a sentença favorável é a existência da vontade de lei cuja atuação se reclama, no mandado de segurança isto é insuficiente; é preciso não apenas que haja o direito alegado, mas também que ele seja *líquido e certo*. Se ele existir, mas sem essas características, ensejará o exercício da ação por outros ritos, mas não pelo específico do mandado de segurança' (Do Mandado de Segurança, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987, p. 77).

"Ainda sobre o mesmo tema, pontifica o insigne mestre Pontes de Miranda:

'Líquidos são os direitos quando a sua existência é atestada sem incertezas ou sem dúvidas, quando o paciente mostra que a sua posição legal é evidente sem precisar para mostrar, de diligências, de delongas probatórias. Direito certo e líquido é aquele que não precisa ser aclarado com exame de provas em dilações, que é, de si mesmo, concludente e inconcusso' (Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: Revista dos Tribunais – 5/338).

"Não é outro o entendimento do preclaro Ruy Barbosa Nogueira:

'A expressão direito líquido e certo significa fato líquido e direito certo, isto é, cabe a proteção rápida do mandado de segurança no conflito em que não haja necessidade de apuração da relação fática, porque a ser impetrada a ordem, o fato já é líquido e transparente, bastando ao juiz fazer a sua subsunção às normas vigentes e eficazes. Em outras palavras, basta-lhe demonstrar a qualificação normativa do fato líquido e reafirmar direito certo, determinando ao inadimplente a sua observância, sob as penas da Lei' (Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 281 e 282).

"Para complementar, vale ressaltar a lição de Castro Nunes e José de Aguiar Dias no sentido de que 'o ato contra o qual se requer o mandado de segurança terá de ser manifestamente inconstitucional ou ilegal para que se autorize a concessão da medida. Se a legalidade ou inconstitucionalidade não se apresenta aos olhos do juiz em termos inequívocos, patente não será a violação e, portanto, certo e incontestável não será o direito' (Do Mandado de Segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 142).

"A situação exposta pelo impetrante na inicial e comprovada pelos documentos juntados aos autos demonstra, repita-se, com meridiana clareza, não ter ele direito líquido e

certo a ser protegido por mandado de segurança, pois para se inscrever no concurso o candidato deve preencher os requisitos exigidos no edital, os quais estão em consonância com os ditames constitucionais.

"Como é cediço, e conforme a doutrina antes alinhada, o mandado de segurança tem por escopo principal a correção de ato comissivo ou omissivo de autoridade, marcado pela ilegalidade ou abuso de poder. Em princípio, não comete abuso de poder ou ilegalidade a autoridade que age rigorosamente dentro do previsto na Lei.

"Nesse sentido, são pertinentes os seguintes excertos:

'A inscrição vincula o candidato às condições preestabelecidas no edital de convocação e no disciplinamento legal que rege o concurso' (STJ, RMS n. 364-0/MG, Min. Milton Luiz Pereira).

'Administrativo – Concurso público – Aprovação – Posse – Diploma – Requisito do edital não satisfeito.

'O edital, repete-se, é a lei do concurso público.

'Encerra, pois, as normas fundamentais. Em se referindo a preenchimento de cargos de médico, porque o quadro é único, a classificação dos aprovados não os distingue conforme a especialidade (ROMS n. 2.286, Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

'Assim, estando estabelecido no edital que somente seriam aceitas as inscrições dos candidatos que não tivessem completado 26 anos de idade, não há direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante'.

"Há outros precedentes no mesmo sentido:

'A Constituição Federal, em face do princípio da igualdade, aplicável ao sistema de pessoal civil, veda a diferença de critério de admissão em razão da idade, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas na Lei e aquelas em que a referida limitação constitua requisito necessário em face da natureza e das atribuições do cargo a preencher' (JSTF 207/149).

'Inadmissibilidade do discrímem, face ao princípio da igualdade que, em vista das normas em referência, aplica-se ao sistema de pessoal civil do Município, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas na Constituição e aquelas em que a limitação de idade constitua requisito necessário em razão da natureza e das atribuições do cargo a preencher.

'Orientação assentada pela jurisprudência do STF, de que se desviou a decisão recorrida' (STF, JSTF, Lex 196/232).

'Nos concursos públicos para ingresso de pessoal, pode a administração fixar limites de idade ou sexo, desde que não viole o princípio da isonomia.

'Se o edital faculta aos servidores estáveis a inscrição independentemente do limite estabelecido, o privilégio quebra o princípio de igualdade de tratamento que deve presidir o

concurso' (ACMS n. 1996.003112-0, Des. Amaral e Silva).

'Concurso público – Ministério Público – Limite etário – Vedação constitucional.

' 'A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX) é corolário, na esfera das relações de Trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF, art. 5º, *caput*), que se estende, à falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares – CF, art. 42, parágrafo 11), a todo o sistema do pessoal civil.

'É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher.

'Esse não é o caso, porém, quando, como se dá na espécie, a lei dispensa do limite os que já sejam servidores públicos, a evidenciar que não se cuida de discriminação ditada por exigências etárias das funções do cargo considerado' (STF – RTJ 135/528)' (MS n. 6.664, Des. Eder Graf).

"2. À vista do exposto, denego a segurança, cassando, por via de conseqüência, a liminar".

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por maioria, denegaram a segurança. Vencido o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello, Luiz Cézar Medeiros, Vanderlei Romer, Rui Fortes, Cesar Abreu e Nicanor da Silveira. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Francisco José Fabiano.

Florianópolis, 11 de fevereiro de 2004.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto vencido;
Newton Trisotto,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho:

Ousei divergir da douta maioria porque a restrição do art. 142, § 3º, X, da Constituição Federal, há de ser, *data venia*, entendida em termos no tocante ao Policial Militar, isso por força do § 1º do seu art. 42, relativamente ao ingresso na corporação, devendo ser considerado dentro do critério de razoabilidade, evitando-se impedimento ou discriminação. As peculiaridades da carreira do Policial Militar e conseqüentemente o trabalho desenvolvido, a meu ver, não justificam a exegese predominante. Adilson de Abreu Dallari, *mutatis mutandis,* é categórico quando defende que "tanto o estabelecimento de condições referentes à altura, à idade, bem como ao sexo, poderão ser lícitos ou não, caso

respeitem ou violem o princípio da isonomia, isto é, caso sejam ou não pertinentes, o que se verificará em cada caso concreto. Condição pertinente será somente aquela ditada pela natureza da função a ser exercida, ou seja, circunstância, fator ou requisito indispensável para que a função possa ser bem exercida, o que não se confunde com a mera conveniência da administração, nem com preferências pessoais de quem quer que seja" (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 2ª ed., 2ª tiragem, RT, 1992, p. 32).

O Supremo Tribunal Federal não discrepa:

"A imposição de limite de idade em concurso público somente é possível caso tal fator se encontre justificado pelas circunstâncias que cercam o exercício da função" (AGRAG n. 156537/RS, Min. Marco Aurélio). Esta, debaixo de todas as *venias*, não é a hipótese, pois inexistem circunstâncias objetivas para negar a participação no almejado certame público.

Esses, pois, os motivos do dissenso.

Francisco Oliveira Filho.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 2003.020428-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Nicanor da Silveira

Mandado de segurança – Professora readaptada – Supressão da gratificação de regência de classe – Ilegalidade – Art. 13 da Lei n. 1.139/92 – Situação equivalente – Irrelevância da revogação do art. 49 da Lei n. 6.844/86 (Estatuto do Magistério) – Aplicabilidade do art. 36 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina (Lei n. 6.745/85) – Direito líquido e certo – Efeitos pretéritos – Ordem concedida.

1. "O afastamento da atividade docente por motivo de readaptação não elide o direito do professor de continuar recebendo a Gratificação de Regência de Classe, por tratar-se de situação equivalente à licença para tratamento de saúde que, nos termos do art. 13 da Lei n. 1.139/92, autoriza a continuidade da percepção de dita vantagem" (Mandado de Segurança n. 2002.027892-6, da Capital, rel. Des. Newton Janke).

2. Afigura-se irrelevante a revogação do art. 49 da Lei n. 6.844/86, porquanto o art. 219 deste diploma legal autoriza a aplicação subsidiária aos membros do magistério do Estatuto dos

Funcionários Públicos Civis (Lei n. 6.745/85), em cujo artigo 36 contém norma idêntica à revogada, que veda o decesso remuneratório em virtude de readaptação.

3. Se o montante da dívida não ultrapassar o limite previsto no art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, é possível conferir ao mandado de segurança efeitos pretéritos integrais, considerando que este não está sendo utilizado como substitutivo de ação de cobrança, mas, sim, como remédio corretivo ao ato que suprimiu o direito, garantido por lei, de perceber mensalmente gratificação de regência de classe.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2003.020428-8, em que é impetrante Rosalia Daros Piccolo e impetrado o Secretário de Estado da Educação de Santa Catarina:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, conceder a ordem.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Rosalia Daros Piccolo, qualificada nos autos, impetrou mandado de segurança contra ato do Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Educação de Santa Catarina, igualmente qualificado, visando a perceber a denominada Gratificação de Regência de Classe, enquanto perdurar sua readaptação funcional.

A impetrante alega que no exercício do cargo de professora da rede estadual de ensino, em virtude da modificação de seu estado de saúde, foi considerada readaptada, sendo aproveitada em atividades compatíveis com a sua nova condição física.

Argumenta que, em decorrência de sua nova situação funcional, foi-lhe retirado o benefício da Gratificação de Regência de Classe que percebia normalmente antes de ser readaptada, em violação de direito líquido e certo seu, por afrontar o ordenamento vigente, em especial a Lei n. 6.844/86.

A liminar foi deferida à fl. 16.

O Secretário de Estado da Educação e Inovação, prestando informações às fls. 21 a 33, alegou a falta de prova em relação à supressão da gratificação. Suscitou, ainda, a inexistência do direito invocado, pois o art. 49 da Lei n. 6.844/86, que embasava a pretensão da impetrante, foi revogado pelo art. 33 da Lei Complementar n. 49/92, sendo inadmissível a aplicação subsidiária do Estatuto dos Servidores Públicos Civis. Sustentou que a concessão da segurança viola o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Códi-

go Civil e, em consequência, o princípio da legalidade insculpido no art. 37, *caput,* da CF.

Por fim, pugnou pela denegação da segurança.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Antenor Chinato Ribeiro, manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 37 a 41).

É o relatório.

II — Voto

As questões suscitadas pela douta autoridade impetrada, em suas informações, confundem-se com o mérito e com ele serão apreciadas.

Os documentos juntados à fl. 12 evidenciam que a gratificação de regência até então percebida pela impetrante, pelo menos nos meses de janeiro e fevereiro de 2003, foi-lhe retirada de sua folha de pagamento no mês de março (fl. 12), coincidentemente no mês em que se iniciava o período de readaptação, conforme se verifica à fl. 10.

Dessa forma, revela-se inconsistente a alegação de falta de prova em relação à supressão da referida gratificação, mormente quando infere-se o nexo de causalidade com a readaptação concedida à impetrante (fl. 10).

Nesse contexto, a situação retratada encontra amparo no entendimento já consolidado nesta Corte de que o afastamento da atividade docente por motivo de readaptação não pode suprimir o direito da professora de continuar percebendo a Gratificação de Regência de Classe, por tratar-se de hipótese análoga à licença para tratamento de saúde que nos termos do art. 13 da Lei n. 1.139/92 assegura a continuidade dessa vantagem.

A propósito:

"Administrativo – Magistério estadual – Professor readaptado – Gratificação de regência de classe.

"O professor readaptado em razão de enfermidade resultante do exercício da função não perde o direito às gratificações de incentivo à regência de classe ou de incentivo à ministração de aulas se já as percebia anteriormente à readaptação (Lei n. 1.139/92, arts. 10 e 11)" (Ap. Cív. n. 2003.006565-2, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 15-9-03).

"Servidora pública estadual – Professora readaptada – Supressão da gratificação de regência de classe – Impossibilidade.

"Os professores estaduais, em processo de readaptação funcional, não podem sofrer decesso remuneratório, a teor do disposto no art. 36 da Lei n. 6.745/85, aplicado subsidiariamente ao Estatuto do Magistério, segundo o art. 219 da Lei n. 6.844/86. Fazem jus, portanto, à gratificação de regência de classe que recebiam antes da readaptação" (Mandado de Segurança n. 2002.027245-6, da Capital, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 9-4-03).

"A readaptação caracteriza condição análoga à licença para tratamento de saúde, situação que nos termos do art. 13 da Lei n. 1.139/92 autoriza a continuidade da percepção da benesse legal" (Mandado de Segurança n. 2003.025729-2, da Capital, Des. Luiz Cézar Medeiros, j. 10-12-03).

Nesse diapasão, colhe-se, ainda, do Superior Tribunal de Justiça o seguinte julgado:

"Administrativo. Readaptação. Professora. Supressão de gratificação. Ilegalidade. Ocorrência.

"1 – A readaptação, ainda que provisória, em cargo de remuneração inferior ao originário, não retira da professora o direito de perceber a Gratificação de Estímulo à Regência de Classe, sob pena de violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

"2 – Recurso ordinário provido" (ROMS n. 9545/SC, Min. Fernando Gonçalves, DJU 4-2-2002, p. 541).

Mesmo diante de tais precedentes, a autoridade coatora insiste que o direito da impetrante não encontra amparo legal em face da revogação do artigo 49 da Lei n. 6.844/92, pela Lei Complementar n. 49/92, que assim previa: "A readaptação não acarreta decesso nem aumento de remuneração".

Afigura-se irrelevante a revogação do artigo 49 da Lei n. 6.844/86, em face da menção expressa contida no artigo 219 desta norma no sentido de autorizar a aplicação subsidiária da Lei n. 6.745/85 aos membros do magistério.

E, nesse particular, o teor do artigo 36 do Estatuto dos Servidores, convém frisar, é idêntico ao do dispositivo revogado, não permitindo o decesso remuneratório em virtude da readaptação, respaldando, assim, o direito da impetrante.

Acerca do tema, não diverge esta augusta Corte de Justiça:

"Mandado de segurança – Gratificação de regência de classe – Professor readaptado – Supressão da vantagem – Ilegalidade – Revogação do art. 49 da Lei n. 6.844/86 pela Lei Complementar n. 49/92, art. 33 – Direito ao benefício assegurado no Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado – Inocorrência de transgressão a princípio constitucional da legalidade – Segurança concedida" (Mandado de Segurança n. 1999.018613-0, da Capital, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. 13-12-99).

"Administrativo – Professor – Gratificação de incentivo de regência de classe – Readaptação – Função burocrática – Supressão da benesse – Impossibilidade – Exegese do art. 36 da Lei n. 6.745/85 – Ordem concedida.

"Os professores da rede estadual de ensino, readaptados por problemas de saúde, fazem jus ao percebimento da gratificação de regência de classe, desde que comprovem o recebimento antes do ato da readaptação funcional. Isso porque, a teor do

que preceitua o art. 36 da Lei n. 6.745/85, o qual tem aplicação subsidiária ao Estatuto do Magistério Estadual (art. 219 da Lei n. 6.844/86), os servidores não podem sofrer decesso remuneratório" (Mandado de Segurança n. 2003.010925-0, da Capital, rel. Des. Rui Fortes, j. em 12-11-2003).

"Servidora pública estadual – Professora readaptada – Supressão da gratificação de regência de classe – Impossibilidade.

Os professores estaduais, em processo de readaptação funcional, não podem sofrer decesso remuneratório, a teor do disposto no art. 36 da Lei n. 6.745/85, aplicado subsidiariamente ao Estatuto do Magistério, segundo o art. 219 da Lei n. 6.844/86. Fazem jus, portanto, à gratificação de regência de classe que recebiam antes da readaptação" (Mandado de Segurança n. 2003.012858-1, da Capital, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 10-9-03).

Da mesma forma, é o que vem decidindo esta relatoria:

"Mandado de segurança – Gratificação de regência de classe – Professor readaptado – Supressão da vantagem – Ilegalidade – Revogação do art. 49 da Lei n. 6.844/86 (Estatuto do Magistério) – Aplicabilidade do art. 36 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina (Lei n. 6.745/85) – Direito líquido e certo – Ordem concedida" (Mandado de Segurança n. 2003.002913-3, da Capital, j. em 10-12-2003).

Convém ressaltar, ainda, que o eminente Des. Pedro Manoel Abreu, brilhantemente, registra a opinião de que não se nega a revogação do combalido artigo 49, "o que se advoga é a desnecessidade de sua existência no mundo jurídico para que o direito da impetrante seja reconhecido. Com ou sem ela, o equacionamento da questão em análise se afigura o mesmo: os servidores readaptados por problemas de saúde têm direito aos vencimentos integrais" (*in* corpo do acórdão proferido no Mandado de Segurança n. 2003.004478-7, da Capital, j. em 10-9-03).

Conforme esse entendimento, não há, de forma alguma, negativa de vigência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Diante dessas considerações, portanto, inexiste ofensa ao princípio da legalidade insculpido no artigo 37, *caput,* da Constituição Federal; ao contrário, a pretensão situa-se dentro de tal princípio, pois, conforme restou esclarecido, encontra amparo legal.

Sobre essa questão, colhe-se o seguinte julgado desta Corte de Justiça:

"Mandado de segurança — Magistério — Gratificação de regência de classe — Professor readaptado — Ilegalidade da suspensão da gratificação —Inteligência do artigo 13 da Lei n. 1.139, de 28-10-92 que revogou a Lei Complementar n. 49/92 — Irrelevância — Aplicação subsidiária do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina (Lei

n. 6.745/85) c/c artigo 110 do Estatuto do Magistério Estadual (Lei n. 6.844/86) — Ausência de negativa de vigência do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil — Aplicação do princípio da legalidade, insculpido no artigo 37 da CF/88 — Ordem concedida.

"Professor que, por motivos de saúde, é submetido a processo de readaptação, passando a exercer outras funções burocráticas vinculadas ao ensino público estadual, não perde a gratificação de regência de classe, uma vez que o instituto da readaptação não se confunde com o da transferência. Aquela, obviamente, abrange o vencimento e vantagens pecuniárias, entre elas se inclui, a 'Gratificação de Regência de Classe', benefício que não pode ser suprimido ou restringido por decreto.

"O art. 13 da Lei n. 1.139, de 28-10-92, que revogou a Lei Complementar n. 49/92 e reinstituiu a Gratificação de Regência de Classe, estabelece: 'As gratificações de que tratam os artigos 10, 11 e 12, desta lei, serão suspensas no caso do membro do magistério afastar-se das atividades inerentes ao seu cargo, exceto no caso de licença para tratamento de saúde própria ou familiar, licença gestação, licença paternidade, licença-prêmio e férias e serão incorporadas aos proventos da aposentadoria, após dois anos de percepção'.

"A 'Gratificação de Regência de Classe' é, pois, uma vantagem pecuniária, insuscetível de ser excluída durante a readaptação, em face do seu caráter transitório, pressupondo, inclusive, prazo certo, apesar de prorrogável.

"Não há, também, ofensa ao artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, ao art. 267, VI, do CPC c/c § 1º do art. 1º e artigos 8º e 19 da Lei n. 1.533/51, ou mesmo ao princípio da legalidade do artigo 37 da Constituição Federal e ao artigo 61, § 1º, II, *a*, da Constituição Federal. Ao contrário, a pretensão situa-se dentro de tais princípios" (Mandado de Segurança n. 2003.010924-2, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello, j. em 8-10-2003).

Assim, diante do contexto apresentado, é evidente que resultou ferido o direito líquido e certo da impetrante, impondo-se a concessão, em definitivo, da ordem.

No tocante ao pedido, expressamente formulado à fl. 8, de devolução das quantias suprimidas, segundo o entendimento majoritário deste colendo Grupo de Câmaras de Direito Público é possível conferir ao *mandamus* esses efeitos pretéritos, não obstante o disposto nas Súmulas 269 e 271 do STF. Tal orientação advém da tese de que o mandado de segurança não está sendo utilizado como substitutivo de ação de cobrança, mas, sim, como remédio corretivo ao ato que suprimiu o direito de receber mensalmente a Gratificação de Regência de Classe garantido por lei.

Nessa vertente, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"O mandado de segurança não se confunde com a ação de cobrança. Toda ação repousa na causa de pedir. Não se pode, em mandado de segurança, deduzir fato gerador de direito de crédito para reclamar pagamento. A Lei n. 5.021/66 veda, no *mandamus*, pedir vencimentos e vantagens pecuniárias. Diferente, entretanto, se a causa de pedir for ilegalidade da sanção administrativa aplicada. No caso, concedida a segurança, repõe-se a situação jurídica anterior, em conseqüência, também o pagamento do que fora ilegalmente suspenso. A prestação jurisdicional cumpre ser exaustiva, no sentido de repor, às inteiras, quanto possível, o direito reconhecido" (STJ – ROMS n. 3.074-1/PR (1993.0014149-0), rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

Quanto a esses efeitos patrimoniais, deve-se observar precedente desta Corte, da Lavra do Des. Newton Trisotto, *in verbis*:

"3. [...]

'3.1. À vista do disposto no § 3º do art. 100 da Constituição da República e no art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não mais subsiste a vedação contida na Lei n. 5.021/66 – que restringe os efeitos patrimoniais pretéritos da sentença concessiva de mandado de segurança impetrado por servidor público – quando o débito, que tem natureza alimentar, se contiver nos limites que o caracterizam como de pequeno valor.

'3.2. Impetrado mandado de segurança contra ato considerado ilegal por ter suprimido reajuste dos vencimentos dos servidores, que consideram-no devido, não há que se falar em aplicação das Súmulas 269 e 271 do STF (REsp n. 206.413, Min. Felix Fischer; REsp n. 87.339, Min. Vicente Leal; REsp n. 29.950, Min. Vicente Cernicchiaro).

'3.3. Defendendo a constitucionalidade do art. 18 da Lei n. 1.533/51, que fixa prazo para impetração do mandado de segurança, sustenta J. M. Othon Sidou ser inadmissível que alguém assista impassível, por dilatado período, à violação de suas garantias ou ao irreconhecimento de seus direitos, tendo um remédio instantâneo ao seu dispor. Como ante os atos reflexos do sistema nervoso o indivíduo biológico reage instantaneamente contra a lesão física, o homem social reage com a mesma instantaneidade contra a ofensa. É também o não ser de inopino, o não se buscar imediatamente a cura, que dilui a situação jurídica que se convencionou chamar direito líquido e certo. *Dormientibus non succurrit ius*. Em relação a última locução, o equívoco é palmar, *data venia*. Não dorme aquele que consome razoável lapso de tempo para se cientificar dos motivos do ato violador do seu direito e que, antes de aforar a ação, tenta extrajudicialmente ver corrigido eventual erro da Administração. Ou que, por não dispor de recursos para custear o processo, despende tempo na busca da assistência judiciária gratuita. Também não dorme enquanto absorvido na procura de advogado, que, por seu turno, necessita de

tempo para preparar a defesa do impetrante. Se a lei concede prazo de cento e vinte dias para propositura do mandado de segurança, é razoável e de justiça que os efeitos patrimoniais decorrentes da sua concessão, quando superiores aos limites estabelecidos no art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, retroajam até a data do ato coator, não podendo, porém, retroceder além do prazo extintivo do direito à impetração'" (Mandado de Segurança n. 2003.010937-4, da Capital, j. em 8-10-2003).

Importante conclusão, extrai-se, ainda, do corpo do referido acórdão:

"'4.4.1. Se a pretensão do impetrante tiver por fundamento ato comissivo violador de direito líquido e certo – *v.g.* supressão do pagamento de vantagem pecuniária — a concessão da segurança terá efeitos pretéritos integrais, conforme os Recursos Especiais ns. 206.413, 29.950 e 87.339 (item 4.2).

'4.4.2. Sendo omissivo o ato, terá efeitos pretéritos integrais se o valor não exceder o limite que define o crédito como de 'pequeno valor'; se superior, retroagirão até a data do ato violador do direito, não podendo, no entanto, ultrapassar o prazo extintivo (120 dias) do direito à impetração'.

'4.5. Essas soluções não importam em 'construção legislativa' e não ultrapassam os 'círculos dentro dos quais o juiz atua'. Têm elas respaldo na interpretação da lei segundo os 'fins sociais a que ela se dirige' (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5º), nas razões que motivaram a alteração da regra relativa à execução contra a Fazenda Pública de débitos de pequeno valor ou de natureza alimentar, e na advertência de Miguel Reale: 'Quer no momento da feitura da lei, quer no da construção e da sistematização dogmáticas, o Direito não poderá ser compreendido senão como realidade histórico-cultural, de tal sorte que não será exagero proclamar-se marcando bem a posição de nossa disciplina: – pontes e arranha-céus podem construí-los engenheiros de todas as procedências; mas o Direito só o poderá interpretar e realizar com autenticidade de quem se integrar na peculiaridade de nossas circunstâncias' (Filosofia do direito, Saraiva, 1998, 18ª ed., p. 585)".

Assim, segundo tal entendimento, a segurança poderá ser concedida com efeitos pretéritos integrais desde que o montante da *dívida* não ultrapasse o limite previsto no art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Federal ou, se ultrapassar, com efeitos pretéritos até 120 (cento e vinte) dias da impetração.

Nesse aspecto, o dispositivo mencionado, inserido pela Emenda n. 32/02, definiu provisoriamente as obrigações de pequeno valor:

"Art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação ofi-

cial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a:

"I – quarenta salários mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal.

"II – trinta salários mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.

"Parágrafo único. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultada à parte exeqüente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º do art. 100".

Ante o exposto, concede-se a segurança, com efeitos patrimoniais retroativos à data em que ocorreu a violação do direito postulado, com a ressalva do parágrafo único do art. 87 do ADCT, se ocorrente a hipótese nele tipificada.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide o Grupo de Câmaras de Direito Público, à unanimidade, conceder a ordem, com efeitos patrimoniais retroativos à data em que ocorreu a violação do direito postulado, com a ressalva do parágrafo único do art. 87 do ADCT, se ocorrente a hipótese nele tipificada. Vencido parcialmente o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho, porque, nos termos das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, a concessão da ordem não produz efeitos patrimoniais antes da impetração. Custas de lei.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Newton Trisotto, Volnei Carlin, Luiz Cézar Medeiros, Vanderlei Romer, Rui Fortes, Cesar Abreu e Sônia Maria Schmitz. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antenor Chinato Ribeiro.

Florianópolis, 11 de fevereiro de 2004.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente;
Nicanor da Silveira,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho:

Entendo, *data venia*, oportuno ressaltar a exegese de que a Súmula 271 do excelso Pretório reza: "Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria". E mais: "O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança" (Súmula 269 do STF).

Esses os fundamentos do dissenso.

Francisco Oliveira Filho

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.017200-3, DE CONCÓRDIA

Relator: Des. Volnei Carlin

Constitucional e administrativo — Responsabilidade objetiva do município — Dicção do artigo 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil — Dever jurídico existente — Indenização.

Evidenciada a causalidade material entre o eventus damni *e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, bem como ausente causa exoneratória de responsabilidade, impõe-se a obrigação de o Poder Público indenizar, com fundamento na teoria do risco administrativo, consagrada no ordenamento jurídico, a partir da Carta de 1946.*

Dano moral — artigo 5º, Incisos V e X, da Carta Magna — Perseguição política — Liberdade de manifestação de pensamento e impossibilidade de tolhimento de direitos por motivo de convicção filosófica ou política — Artigo 5º, incisos IV e VIII, da Lei Fundamental.

Perseguição política, decorrente de posicionamento ideológico distinto da composição do Poder Executivo Municipal, demonstrada pelo exercício de atividades diversas do cargo para o qual foi o autor admitido e, principalmente, pela ordem recebida de permanecer sentado em um banco, conduta notoriamente conhecida como um castigo, gerando dores, constrangimentos, humilhações, além de afetar a essência dos valores sociais do trabalho, especificamente sua dignidade. É incongruente que, dentro da perspectiva constitucional, o Poder Público venha a empreender uma política que desprestigie princípios inseridos na Lex Mater *e*

procure desviar a discussão para obstaculizar conclusão sobre causas outras dos danos sofridos pelo autor.

Lesão extrapatrimonial — Quantum *indenizatório — Duplo caráter — Compensatório e punitivo — Prudente arbítrio do magistrado — Apreciação das circunstâncias do caso concreto.*

Não havendo disposição legal expressa determinando o cálculo do dano moral, o julgador deve fundar-se nos diversos fatores que envolvem o ato lesivo e o dano dele resultante, em especial, duração, intensidade, gravidade e repercussão da ofensa; as causas que deram origem à lesão e a condição socioeconômica do agente.

Arbitramento dos honorários do causídico — Razoabilidade — Recurso do autor prejudicado.

Honorários advocatícios fixados conforme determinação do artigo 20, § 4º c/c § 3º, alíneas, a, b *e* c, *do CPC, tendo a sentença observado a sucumbência da Fazenda Pública e a justa recompensa pela atividade desenvolvida pelo profissional.*

Minorada a quantia fixada a título de danos morais, torna-se prejudicado o recurso do autor que propugna o aumento da verba advocatícia.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.017200-3, da comarca de Concórdia, em que são simultaneamente apelantes e apelados o município de Concórdia e Jamir Baron:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por maioria de votos, conhecer do recurso voluntário do Município e da remessa e dar-lhes provimento parcial para reduzir o valor da condenação por danos morais para R$ 7.000,00 (sete mil reais), mantendo-se a verba honorária em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), prejudicado o recurso do autor. Vencido o Exmo. Sr. Des. João Martins que fixou a condenação por dano moral em R$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais) e a verba honorária em R$ 500,00 (quinhentos reais).

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Eis como o tema ficou equacionado no processo.

Jamir Baron ajuizou ação indenizatória por dano moral contra o município de Concórdia, sob a alegativa de haver sofrido agressão à sua dignidade e constrangimentos pessoais.

A Municipalidade contestou o feito, negando o fato, em suas nuanças político-filosóficas, às fls. 72 a 84.

Processado e instruído o feito, o Magistrado *a quo*, entendendo que houve uma clara relação de causalidade entre os fatos anunciados na petição de ingresso e os prejuízos que o promovente pretende sejam indenizados, julgou procedente o pedido formulado para condenar o Ente Público ao pagamento, a título de danos morais, de 100 (cem) salários mínimos vigentes na data do efetivo pagamento, acrescidos de juros legais a contar da data do evento danoso, bem como a satisfazer a verba honorária no valor de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), consoante o disposto no artigo 20, § 4º, do CPC (fls. 156 a 170).

Irresignado com o *decisorium* de primeiro grau, o autor interpôs recurso de apelação, objetivando a modificação da *sententia*, para que seja majorado o valor arbitrado aos honorários advocatícios, propugnando a fixação destes entre 10% e 20% do valor da condenação, fundamentando-se, para tanto, no artigo 20, § 3º, da Lei Adjetiva Civil, estando sua peça recursal acostada aos autos às fls. 171 a 176.

Do mesmo modo, inconformado com a decisão monocrática, o Poder Público propôs manifestação recursal (fls. 182 a 186), requerendo a reforma *do decisum* para que não seja acolhido o pleito de indenização por danos morais ou, alternativamente, a redução do *quantum* ressarcitório.

Contra-razões do autor às fls. 192 a 195 e do Ente Público às fls. 187 a 189.

Os autos ascenderam a este egrégio Tribunal, opinando o representante do Ministério Público pelo conhecimento e provimento dos recursos voluntários, para que seja reformada a sentença, não se concedendo a verba pleiteada, e se não acolhido tal entendimento, reputa necessária a alteração do valor referente à verba honorária (fls. 201 a 206).

II — Voto

Conquanto observados os pressupostos gerais de responsabilidade civil do Município, nota-se que os autos objetivam haver indenização por dano moral promovida por servidor público contra a Municipalidade, tendo em vista a vergonha, a humilhação e o sofrimento suportados ao ser perseguido por razões políticas.

Irresignados com a sentença, servidor e Poder Público interpuseram recurso de apelação, cabendo ainda a análise da remessa necessária.

Primeiramente, observa-se o ponto nuclear da presente questão, correspondente ao recurso voluntário do Município, que concerne à condenação deste ao pagamento de 100 (cem) salários mínimos referentes aos danos morais, sendo imprescindível investigar a existência de violação a direito personalíssimo, bem como examinar o valor arbitrado.

Da prova documental apresentada pelo acionante, colhe-se que em

9-11-1993 foi instaurada sindicância contra o servidor, sob a alegação de que teria desobedecido ordem de seu superior hierárquico ao recusar-se a realizar o trabalho determinado e, livremente, optado por permanecer no pátio da garagem da Prefeitura (fls. 22 a 53). À fl. 53 dessome-se que o processo administrativo foi arquivado, sem qualquer motivação, por ordem do então Prefeito.

É certo que a existência da sindicância por si só não gera qualquer violação a direito do acionante, já que se trata do exercício do poder disciplinar da Administração Pública, sendo mediante a realização desse processo administrativo que se pode apurar as faltas possivelmente cometidas pelo servidor.

Entretanto, há outras provas que demonstram a existência de um dano extrapatrimonial impingido ao autor-apelante, produzido pela ofensa à liberdade de pensamento e de convicção política, bem como à sua dignidade, que, conforme a colheita dos testemunhos, foi afastado da função de mestre de obras, para a qual foi aprovado em concurso público, exercendo atividades diversas das que corresponderiam ao citado cargo, ou mesmo ficando "sentado em um banco", sem exercer qualquer trabalho, o que corresponderia à idéia de um castigo, estando exposto, portanto, a uma situação humilhante, provocada por posicionamento político ideológico diverso da composição do Poder Executivo nesse período.

Destaca-se do depoimento de Orides Francisco da Silva:

"[...] o autor 'foi para o banco' localizado na garagem da Prefeitura; isto se deu de fevereiro de 1993 até 1994, por motivos políticos; do setor em que o autor trabalhava somente ele sofreu referida atitude; nunca viu o autor fazer campanha política fora do expediente; antes de sentar no banco o autor trabalhava na canalização do rio [...] (fl. 103)".

E do testemunho de Domigos Pereira:

"[...] o depoente trabalhou com o autor do Município, sendo que o autor era chefe do depoente em certa feita; o autor foi transferido para a garagem entre 1993 e 1994, sendo que ficou no 'banco' um ano; não sabe o porquê o autor 'ficou no banco' durante tanto tempo [...]" (fl. 104).

Da mesma forma, Geraldo Beno Kirsch dispôs:

"[...] o autor ficou na garagem, 'sentado no banco', por cerca de um ano; isto se deu entre 1993 e1994; pelo que sabe o autor ficou 'no banco' por ser de partido contrário da administração; nunca ninguém comentou se o motivo pelo qual o autor ficou no banco era outro além da política; havia brincadeiras e gozações em relação ao fato do autor estar no 'banco' [...] (fl. 105).

As testemunhas arroladas pela Municipalidade limitaram-se a afirmar que "não sabe se o autor sofreu algu-

ma punição pela administração do réu" (fl. 106); "não tem conhecimento de que o autor em algum período ficou no 'banco'" (fl. 108); "algumas vezes o autor e depoente trabalharam juntos, no período de 1993 e 1994 não trabalharam juntos não ficou sabendo se o autor ficou 'no banco' em algum período" (fl. 109); com exceção da testemunha Alberto Cezar Benelli que afirmou que "[...] o autor não ficou sentado no 'banco' entre o período acima [...]" (fl. 107).

Desse modo, demonstrada a evidente intolerância aos servidores que manifestassem posicionamento político diverso da corrente predominante no período delimitado pelos depoimentos, ou seja, nos anos de 1993 e 1994. Ademais, impressiona a intimidade revelada pelas testemunhas com a expressão ficar "sentado no banco", e isso tanto as indicadas pelo autor quanto as arroladas pelo demandado, comprovando ser algo habitual e comum, o que, certamente, é inadmissível, aviltando a condição de servidor público e, principalmente, ferindo os direitos fundamentais de livre manifestação de pensamento, de não tolhimento de interesses por motivo de convicção filosófica ou política, respectivamente, consagrados no artigo 5º, incisos IV e VIII, da Carta Magna.

Conforme ensina José Afonso da Silva ao tratar da liberdade de opinião:

"De certo modo esta resume a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. Por isso é que a doutrina a chama de liberdade primária e ponto de partida das outras. Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro.

"A Constituição a reconhece nessas duas dimensões. Como pensamento íntimo, prevê a liberdade de consciência e de crença, que declara inviolável (art. 5º, VI), como a de crença religiosa e de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII). Isso significa que todos têm o direito de aderir a qualquer crença religiosa como o de recusar qualquer delas, adotando o ateísmo, e inclusive o direito de criar a sua própria religião, bem assim o de seguir qualquer corrente filosófica, científica ou política ou de não seguir nenhuma, encampando o ceticismo" (Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20ª ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 240 a 241).

Nessa mesma diretriz, tem-se manifestado a jurisprudência:

"Apelação cível — Ação de indenização por danos morais — Perseguição política — Servidor público estável — Recurso adesivo — Preliminar de nulidade da sentença — Ausência de fundamentação e participação do *Parquet* — Inocorrência — Abalo moral demonstrado nos autos — Vedação constitucional da vinculação ao salário mínimo — Indenização adequada à situação de fato

— *Quantum* reduzido para R$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescido de juros e correção a partir desta data — Recurso do réu parcialmente provido e o do autor desprovido" (Ap. Cív. n. 1999.018120-0, de Concórdia, rel. Des. Rui Fortes, julgada em 25-4-2003).

"Indenização. Dano moral. Servidor público municipal submetido a constrangimento por conta de divergências políticas. Reparação devida. Sentença. Adoção da motivação do parecer do Ministério Público. Ausência de nulidade. Recurso do município e remessa parcialmente providos. Prejudicado o apelo do autor" (Ap. Cív. n. 1999.018136-7, de Concórdia, rel. Des. Cesar Abreu, julgada em 30-5-2003).

Assim, indubitável a caracterização dos prejuízos extrapatrimoniais, sendo devida, por conseguinte, verba indenizatória, a ser paga não com o intuito de reparar o prejuízo sofrido, visto que danos morais configuram-se justamente pela impossibilidade de promoção ao retorno do *status quo ante* como ocorre nos casos de danos patrimoniais, cuja indenização é fixada conforme a exata extensão da lesão sofrida. Dessa forma, tratando-se de ofensa moral, faz-se necessário determinar um valor que corresponda a uma compensação pela dor sentida, pelo direito personalíssimo violado.

Impõe-se destacar, neste ponto, na linha prevalecente da jurisprudência (RTJ 163/1.107), que os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem o *eventus damni* e a causalidade material entre este e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, além da ausência de causa excludente da obrigação indenizatória, apta a afastar a aplicação deste princípio constitucional (art. 37, § 6º, da CRFB), consagrado no ordenamento jurídico a partir da Carta de 1946. Cabe advertir, por necessário, que a ausência de qualquer dos pressupostos legitimadores da incidência desta regra é suficiente para descaracterizar a referida responsabilidade.

Todavia, tema ainda mais complexo que a caracterização da ofensa extrapatrimonial refere-se à fixação de um *quantum* que se mostre apto a cumprir a finalidade de inibir a recidiva e contrapesar o dano sofrido, sem que isso represente um enriquecimento indevido da vítima.

A Carta Política do Brasil em seu artigo 5º, incisos V e X, consagrou a indenização por danos morais, após longo período de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Contudo, mesmo após a legislação infraconstitucional ter reafirmado a obrigação ressarcitória de tais lesões, como se infere, por exemplo, do artigo 186 do Código Civil de 2002, não há, ainda, preceitos normativos que demarquem valores ou que forneçam parâmetros adequados para se determinar a quantia correspondente a uma resposta de um prejuízo extrapatrimonial. Diante

dessa dificuldade, cabe à doutrina e à jurisprudência fornecer os elementos que auxiliem a apuração de tais valores.

Guilherme Couto de Castro, lecionando a respeito dos critérios à fixação do dano moral, especifica:

"O dano moral, em nosso ordenamento, tem duplo caráter, compensatório e punitivo. Sua fixação tem como fim, sob o primeiro ângulo, trazer benefício apto a, de certo modo, permitir um alívio à vítima, ajudando-a a liberar-se do sofrimento, ou reconfortando-a, através do percebimento pecuniário. Não se trata de pagar a dor já sentida, admitindo-se, isto sim, que o valor estipulado, ao trazer benesse para quem padeceu sentimentalmente, implique uma compensação justa" (Castro, Guilherme Couto de. A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 23).

Com isso, deve-se considerar os diversos fatores que envolvem o ato lesivo e o dano dele resultante, em especial, a duração, intensidade, gravidade e repercussão da ofensa, as causas que deram origem à lesão e a condição socioeconômica do agente. *In casu*, não cabe investigar a intenção do agente, uma vez que se trata de responsabilidade objetiva, e, portanto, a obrigação reparatória independe da análise de culpa.

Partindo-se de todas essas reflexões, confere-se, por fim, ao magistrado a função de fixar o montante indenizatório. Carlos Alberto Bittar destaca a importância da análise do julgador no arbitramento do *quantum* compensatório:

"Desse modo, em conclusão, como categoria jurídica específica, danos morais são aqueles suportados na esfera dos valores da moralidade pessoal ou social, e, como tais, reparáveis, em sua integralidade, no âmbito jurídico. Perceptíveis pelo senso comum — porque ligados à natureza humana — podem ser identificados, em concreto, pelo juiz, à luz das circunstâncias fáticas e das peculiaridades da hipótese *sub litem*, respeitado o critério básico da repercussão do dano na esfera do lesado" (Bittar, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. São Paulo: RT, 1993, p. 38).

E consoante já decidido:

"Apelação cível — Atropelamento — Danos materiais, morais e estéticos — Indenização — Valor de acordo com as circunstâncias causadoras do evento lesivo, com o prejuízo sofrido, com o grau de culpa do agente, com a condição econômica do ofensor e com o objetivo de desestímulo a danos futuros.

"A fixação do *quantum* da indenização por dano moral deve ser apta para servir como elemento de coerção destinado a frear o ânimo do agressor, que o iniba, desta forma, a recidiva, depreendendo-se, da própria *voluntas legis* tal finalidade.

"No arbitramento do dano moral, deve o julgador basear-se nos cri-

térios advindos da doutrina e da jurisprudência, colocando-se sempre em confronto os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, do bom senso e atento à realidade e experiência de vida" (Ap. Cív. n. 2001.021501-2, de Blumenau, rel. Des. Volnei Carlin, julgada em 25-4-2002).

O Magistrado *a quo* condenou o Município ao pagamento de uma indenização no valor de 100 (cem) salários mínimos, correspondente, hoje, a R$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais).

Entretanto, não obstante devidamente caracterizado o dano moral, observa-se que o *quantum* de 100 (cem) salários mínimos, atribuído à verba indenizatória, não atendeu à orientação dos parâmetros propostos pela doutrina e pela jurisprudência, mostrando-se elevado. Desse modo, assiste razão ao Ente Público, dado que na fixação da indenização por danos morais é recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, orientando-se o juiz com razoabilidade, valendo-se dos critérios apontados acima, de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

Além de o valor mostrar-se dissonante dos parâmetros adequados, conforme decidiu-se no Supremo Tribunal Federal, impossível a fixação da indenização em salários mínimos, já que há vedação constitucional da vinculação do salário mínimo para qualquer fim, nos termos do artigo 7º, IV, do Estatuto Fundamental.

Veja-se:

"— Dano moral. Fixação de indenização com vinculação a salário mínimo. Vedação constitucional. Art. 7º, IV, da Carta Magna.

"— O Plenário desta Corte, ao julgar, em 1º-10-97, a ADin n. 1425, firmou o entendimento de que, ao estabelecer o artigo 7º, IV, da Constituição que é vedada a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim, 'quis evitar que interesses estranhos aos versados na norma constitucional venham a ter influência na fixação do valor mínimo a ser observado'.

"— No caso, a indenização por dano moral foi fixada em 500 salários mínimos para que, inequivocamente, o valor do salário mínimo a que essa indenização está vinculado atue como fator de atualização desta, o que é vedado pelo citado dispositivo constitucional [...]" (RE n. 225488-1/PR, rel. Min. Moreira Alves, julgado em 11-4-00, DJU 16-6-00, p. 39).

Nosso Tribunal também já se posicionou a respeito:

"[...] Dano moral — Indenização — Fixação do *quantum* indenizatório em 500 salários mínimos — Vedação constitucional (art. 7º, IV, CF) — Precedente do STF — Estipulação em verba pecuniária fixa — Indenização arbitrada em R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), em face das circunstâncias do caso — Recurso provido em parte neste ponto [...]" (Ap. Cív. n. 2000.020297-5, de Chapecó, rel. Des. João Martins, julgada em 30-11-00).

Assim, ante as circunstâncias apresentadas, o mais apropriado é que a condenação, a título de compensação pelos danos morais, seja estabelecida em quantia fixa. Atendidas as especificidades do caso em tela, o valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais), mostra-se proporcional à lesão, tendo em vista a gravidade e a extensão dos males sofridos pelo autor, devendo ser corrigido a partir do acórdão e acrescido de juros legais moratórios contados do evento danoso (Súmula 54 do STJ), firmando-se o termo inicial em fevereiro de 1993 (fl. 103).

Nesse sentido, no que pertine à correção monetária:

"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).

Ainda, referente aos juros legais moratórios:

"Civil — Indenização — Dano moral — Cabimento — Juros moratórios — Termo inicial — CPC, art. 334 — Súmula 54/STJ.

"Indenização de direito comum. Dano moral. Prova. Juros moratórios. Súmula 54 da Corte.

"1. Não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do Código de Processo Civil.

"2. Na forma da Súmula 54 da Corte, os juros moratórios, nestes casos, contam-se da data do evento.

"3. Recurso especial conhecido e provido, em parte" (REsp n. 86.271-0/SP, rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Unânime. DJ 9-12-97).

"Civil — Indenização — Responsabilidade extracontratual — Cumulação de dano moral e dano material — Juros de mora — Termo inicial.

"Inocorrência de dissídio de jurisprudência quanto à tese de que cumuláveis o dano material e o dano moral. Acórdão que se orientou no mesmo sentido dos arestos colacionados.

"A jurisprudência deste Tribunal encontra-se pacificada no sentido de que os juros de mora, em caso de responsabilidade extracontratual, fluem a partir do evento danoso (Súmula 54).

"Recurso especial conhecido e provido, em parte" (REsp n. 35.449-8/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro. Terceira Turma. Unânime. DJ 6-9-93).

Já o recurso de apelação do autor limita-se a questionar o valor determinado para a verba honorária, argumentando ser R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) insuficiente para remunerar o trabalho desenvolvido.

Porém, percebe-se que os honorários advocatícios foram fixados conforme determinação do artigo 20, § 4º c/c § 3º, alíneas, *a*, *b* e *c*, do CPC, tendo a sentença observado a

sucumbência da Fazenda Pública e a justa recompensa pela atividade desenvolvida pelo advogado.

Com a diminuição do valor indenizatório, seguindo-se na interpretação dos dispositivos apontados, torna-se impossível tratar acerca da majoração dos honorários advocatícios, restando prejudicado o apelo do autor.

Por fim, completando-se o exame da remessa necessária, salienta-se que o ponto referente à verba honorária já foi estudado acima, e a fixação dos danos morais é tema atrelado ao equacionamento do recurso voluntário do Município.

Ex positis, e tendo-se presentes todas as balizas analisadas e inafastáveis a esta altura, nega-se provimento ao recurso de Jamir Baron, dá-se provimento parcial ao recurso voluntário do Município e à remessa para reduzir o valor indenizatório para R$ 7.000,00 (sete mil reais).

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, por maioria de votos, conhecer do recurso voluntário do Município e da remessa e dar-lhes provimento parcial para reduzir o valor da condenação por danos morais para R$ 7.000,00 (sete mil reais), mantendo-se a verba honorária em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), prejudicado o recurso do autor. Vencido o Exmo. Sr. Des. João Martins que fixou a condenação por dano moral em R$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais) e a verba honorária em R$ 500,00 (quinhentos reais).

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 12 de junho de 2003.

João Martins,
Presidente, com voto vencido;
Volnei Carlin,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. João Martins:

Divergi da douta maioria tão-somente no que toca à fixação do *quantum* arbitrado a título de indenização por dano moral.

O Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido formulado para condenar o município de Concórdia ao pagamento de 100 (cem) salários mínimos a título de indenização por danos morais ao autor.

Colhe-se da lição de Marcius Geral Porto de Oliveira:

"O enfoque meramente patrimonialista do dano encontra-se totalmente divorciado das razões axiológicas que orientam o direito dos dias atuais. A reparação dos danos morais significa um avanço e esse progresso jurídico deve sedimentar a idéia de que os valores humanos são o centro do Direito. A fixação de indenização, in-

compatível com os danos efetivamente apurados, estabelecida com base no patrimônio do ofensor, visando a sua punição e advertência significa enriquecimento ilícito da vítima. O recebimento de indenização muito elevada cria outro estado de consciência que leva ao retrocesso jurídico, destacando-se mais uma vez o patrimonialismo antes predominante, em vez da elevação dos valores humanos que se pretende proteger" (Dano Moral: Proteção Jurídica da Consciência. Leme: Editora de Direito, 1ª ed., p. 57 e 58).

Em razão da responsabilidade objetiva do ente público, por atos de seus agentes, o Município foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais.

No caso, não obstante o constragimento causado ao autor pelos seus superiores hierárquicos, supostamente em razão de divergências político-ideológicas, há de se considerar não apenas a extensão do dano, mas, também, por outro lado, a capacidade econômico-financeira da Municipalidade.

De acordo com Carlos Alberto Bittar:

"A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante" (Reparação civil por danos morais, RT, 1993, p. 220).

Ainda que demonstrada a lesão, deve-se sopesar a reprovabilidade da conduta do agente e a gravidade da ofensa para que não haja excesso na fixação do *quantum* indenizatório, tornando-se causa de enriquecimento do autor, o que extrapolaria os propósitos da reparação do dano moral.

Em que pese a perseguição política noticiada atentar contra valores basilares da Constituição Federal, o dano causado não foi daqueles mais graves. Não se justifica o pagamento de quantia que venha a onerar excessivamente os cofres públicos, até porque trata-se de município de pequeno porte, com grandes limitações de recursos financeiros.

Assim, ainda que o ente público possa valer-se de ação regressiva contra o agente causador, confrontando-se a extensão do dano, e a natureza da ofensa, com a disponibilidade de recursos financeiros do Município, o *quantum* da indenização deve ser fixado moderadamente.

A jurisprudência anota:

"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) (grifou-se).

Ante o exposto, reconhecendo o sofrimento infligido ao autor, mas considerando que não repercutiu de modo tão gravoso, e que o ente público (= a sociedade pelos seus contribuintes) não pode ser penalizado excessivamente, a indenização deve ser fixada em R$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), e a verba honorária em R$ 500,00 (quinhentos reais).

João Martins.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.018304-3, DA CAPITAL

Relator: Des. Vanderlei Romer

Ação civil pública.

Legitimidade de cláusulas de contrato de financiamento ao consumidor final garantido por alienação fiduciária.

Competência. Pretendido deslocamento do feito para a Justiça Federal, porque em discussão regras impostas pelo Bacen. Circunstância que não infirma a competência da Justiça Estadual.

"Nem mesmo como litisconsorte, ou como terceiro interveniente necessário, cabe cogitar-se de atrair à relação processual o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central ou qualquer outro órgão da esfera federal. O que se discute é apenas se o réu, agora Apelante, aplicou ou não corretamente os atos normativos emanados dessas instituições" (RSTJ 43/412).

Ministério Público. Legitimidade para propor ação em que se postula a nulidade de cláusulas contratuais. Defesa de interesses de componentes de um grupo de forma indivisível; direito coletivo, pois. Precedentes.

Cerceamento de defesa. Inocorrência. Pretendida produção de prova pericial, com o escopo de afastar a alegada capitalização de juros. Dispensabilidade, diante da própria negativa da instituição financeira em exigi-los. Admissibilidade, pois, do julgamento antecipado da lide.

Se a parte alega que não pratica capitalização de juros, que é expressamente vedada pela jurisprudência em se tratando de contrato de financiamento bancário destinado a consumidor final, não se justifica a produção de prova pericial destinada justamente a demonstrar a veracidade de tal alegação. Todavia, se, a despeito da proibição e da negativa do Banco, verificar-se que algum consumidor pagou efetivamente alguma verba resultante da capitalização de juros, tal fato poderá ser apurado na fase de liquidação, havendo, então, que se proceder à restituição do valor.

Código de Defesa do Consumidor. Mútuo bancário firmado com particular, como destinatário final. Aplicabilidade à hipótese. Inteligência do artigo 3º, § 2º, do Código Consumerista.

Taxa de juros. Fixação acima do patamar constitucional de 12% ao ano. Admissibilidade. Precedentes do STJ.

Capitalização de juros. Contrato de financiamento bancário direto a usuário final. Vedação.

Comissão de permanência. Incidência possível a partir do vencimento da obrigação. Adoção da taxa média do mercado, desde que observado o disposto na Circular da Diretoria n. 2.957/99, do Bacen. Orientação pretoriana consolidada nesse sentido. Impossibilidade, todavia, de sua cumulação com a correção monetária. Súmula 30 do STJ.

Honorários advocatícios. Cobrança pela instituição financeira extrajudicialmente. Abusividade plenamente configurada. Ofensa ao disposto no artigo 51, XII, do Codecon.

Cláusula de eleição do foro. Comarca de São Paulo. Acesso dos consumidores ao Judiciário prejudicado sobremaneira. Nítida desvantagem. Inteligência do art. 51, inc. IV.

Restituição. Cabimento, mas apenas com relação à capitalização de juros, se comprovada, em fase de liquidação, sua efetiva cobrança.

Recurso de apelação parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.018304-3, da comarca da Capital (1ª Vara da Fazenda), em que é apelante Banco Ford S.A., sendo apelado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, rejeitar as preliminares e, no mérito, prover parcialmente o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por seu Centro de Promotorias da Coletividade, contra Banco Ford S.A.

Expôs o autor que, pela Coordenadoria de Defesa do Consumidor, foi instaurado o Procedimento Investigatório n. 59/98, com o escopo de apurar inúmeras reclamações oriundas do Procon/SC contra o réu, que estaria incluindo em contratos de financiamento uma série de cláusulas abusivas, bem como cobrando valores indevidos tanto nas parcelas em atraso quanto no valor do correspondente empréstimo.

Prossegue o representante ministerial dizendo que, constatada a veracidade das acusações, propôs-se à instituição financeira a celebração de um termo de compromisso de ajustamento de conduta, proposta esta que restou inaceita, ante a sua posição de que as cobranças perpetradas seriam perfeitamente legais.

Daí a presente *actio*, que vem fundada precipuamente na aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos bancos; abusividade das cláusulas; cobrança de honorários advocatícios do consumidor em procedimentos extrajudiciais e outras despesas de cobrança.

Farta documentação acompanhou a exordial.

Em contestação, o Banco Ford S.A. argüiu preliminarmente a ilegitimidade ativa do Ministério Público, haja vista a natureza dos direitos e interesses em jogo, puramente individuais, passíveis, pois, de determinação específica.

Demais disso, salientou, eles não têm natureza indisponível, sendo que somente estes podem ser tutelados por aquela entidade por meio da ação civil pública.

Também em sede de prefacial, suscitou a falta de interesse, tanto pela inadequação da *actio* à tutela buscada, como também em função da inexistência de utilidade prática do provimento, especialmente em relação à alegada capitalização dos juros.

Apontou, ainda, a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à hipótese, em virtude de os recursos financeiros serem captados como meio essencial à concretização de negócios que importam na obtenção de lucro pelo mutuário.

Adentrando na matéria de fundo, defendeu a validade da cláusula que prevê a cobrança de honorários advocatícios extrajudiciais (cláusulas 6ª e 7ª do contrato de financiamento que utiliza), supostamente afrontadora

do artigo 51, inciso XII, da Lei n. 8.078/90.

Disse igualmente lícita a comissão de permanência, assim como a cláusula de eleição do foro (São Paulo) e juros praticados, afirmando, por fim, que é incabível a restituição em dobro dos valores que teriam sido indevidamente cobrados dos financiados.

Impugnação às fls. 751 *usque* 786.

Sentenciando, o MM. Juiz *a quo* acolheu de forma parcial o pedido inaugural.

Rejeição de impugnação ao valor da causa às fls. 805 a 807.

Embargos de declaração opostos pelo Ministério Público, acolhidos para modificar a parte dispositiva da decisão, que passou a ser assim redigida:

"Posto isto, julgo procedente em parte o pedido formulado na inicial para declarar nulas as cláusulas contratuais insertas nos contratos de financiamento ao consumidor final garantido por alienação fiduciária que o réu celebra com seus consumidores, como em qualquer outro celebrado entre o réu e estes, relativos à cobrança da comissão de permanência às taxas de mercado; aos honorários advocatícios extrajudiciais; ao foro de eleição; aos juros, que ficam reduzidos a 12% ao ano, proibida a capitalização mensal; e à cláusula penal, que fica reduzida a 2%, para os contratos celebrados a partir da vigência da Lei n. 9.298/96.

"Fica doravante o réu proibido de inserir cláusulas que tais nos futuros contratos que celebrar com consumidores, pena de incidência na multa adiante estipulada.

"Condeno o réu a restituir, na expressão monetariamente atualizada a partir de cada desembolso, aos consumidores, o valor cobrado indevidamente, em desacordo com a presente, com acréscimo de juros legais a contar da citação [...].

"Analisando já o pedido de antecipação de tutela, defiro-o, determinando em conseqüência que o réu se amolde ao presente julgado dentro em dez dias, sob pena de multa diária de R$ 500.000,00, valor este que, parece, será o suficiente e o necessário para desestimular as condutas objeto da presente demanda, mostrando-se irrisória a multa diária pretendida, que parece que não inviabilizaria o cumprimento desta".

Recurso similar foi desferido pelo réu, que restou, contudo, rejeitado.

Foi interposto agravo de instrumento em autos distintos contra a decisão concessiva de tutela antecipada, que teve seus efeitos suspensos neste grau de jurisdição até apreciação definitiva pelo colegiado.

Após, foi manejado recurso de apelação, em que o Banco Ford S.A. suscitou, preliminarmente, a incompetência absoluta da Justiça Estadual para conhecer e apreciar a ação, uma vez que ela envolve discussão acer-

ca da comissão de permanência, tornando de rigor a inclusão do Bacen no pólo passivo. E isso por ter a Lei n. 4.595/64 delegado a esta instituição a competência para conduzir, normatizar e fiscalizar o Sistema Financeiro Nacional, pelo que toda e qualquer decisão que altere as suas regras está a interferir diretamente na política adotada por tal autarquia.

Insistiu, também, na ilegitimidade ativa do Ministério Público, argüindo, ao arremate, a ocorrência do cerceamento de defesa.

Por essas e outras razões que, por brevidade, passam a fazer parte desta suma, propugnou pelo provimento.

Contra-razões pela rejeição da argumentação recursal.

Nesta instância, o parecer da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça tem igual teor.

II — Voto

O recurso é cabível e tempestivo.

Passo, pois, a apreciar a argumentação ali lançada.

Inicialmente, tem-se que há matéria prejudicial a ser apreciada.

Passo, pois, a analisar separadamente cada item:

1. Incompetência absoluta da Justiça Estadual

Alega o Banco Ford que o veredicto atacado atinge a esfera jurídica do Banco Central do Brasil, na medida em que impede a cobrança da comissão de permanência com base nas taxas de mercado. Logo, de rigor sua inclusão no feito na condição de litisconsorte passivo necessário. Justifica, ainda, tal assertiva, dizendo que, no momento em que a Lei n. 4.595/64 delega ao Bacen competência para conduzir, normatizar e fiscalizar o Sistema Financeiro Nacional, toda e qualquer decisão que altere as regras do Sistema Financeiro está a interferir nítida e diretamente na política adotada pela autarquia.

Vale observar que se trata de questão aventada apenas neste grau de jurisdição.

A argüição tardia, todavia, não obsta seu conhecimento.

É que, por se tratar de matéria de ordem pública, ela é apreciável de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição, tornando imperativo o seu exame.

E, desde logo, cumpre dizer que a improcedência é manifesta.

A respeito, definitivo é precedente do STJ, que, embora verse sobre legitimidade, presta-se perfeitamente para afastar a proemial.

Eis um trecho do acórdão:

"Ao votar naquele recurso, colacionei excerto de voto da lavra do Desembargador Adroaldo Furtado Fabrício, *verbis*:

'Relativamente à legitimação passiva, foi corretamente salientado

que o vínculo jurídico, de índole claramente contratual, estabeleceu-se entre os ora litigantes, nada importando que órgãos federais detentores legalmente de tais atribuições tenham emitido normas capazes de afetar de algum modo essa relação jurídica.

'Nem mesmo como litisconsorte, ou como terceiro interveniente necessário, cabe cogitar-se de atrair à relação processual o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central ou qualquer outro órgão da esfera federal. O que se discute é apenas se o réu, agora Apelante, aplicou ou não corretamente os atos normativos emanados dessas instituições.

'Aliás, a prevalecer a tese do agravante, ora Apelante, ter-se-ia de convocar a União, por algum de seus órgãos, ao processo, toda vez que se tratasse de aplicação de legislação federal'" (*in* RSTJ 43/412, sem grifo no original)".

Desta Corte de Justiça, bastante elucidativo é o aresto da boa lavra do Des. Nelson Schaefer Martins, *mutatis mutandis*:

"Está evidenciado que não é possível admitir-se a intervenção da União ou do Banco Central do Brasil na relação processual pois são alheios ao contrato firmado entre as partes litigantes e por isto não se cogita de que possam integrar a relação jurídico-material.

[...]

"Ocorre que no caso presente não se pode pretender que figure no processo a União Federal apenas porque disciplina as normas de direito econômico/financeiro referentes às cadernetas de poupança.

"O art. 70, inc. III, do Código de Processo Civil, prevê a hipótese em que se admite a denunciação da lide 'àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda'.

"Ora, entre o apelado e a União e/ou o Banco Central não há notícia da existência de pacto contratual estabelecendo a responsabilidade destes de indenizar em ação regressiva as entidades financeiras demandadas.

"Por outro lado não existe dispositivo de lei que implique na mesma conseqüência.

"Em verdade, se o banco-recorrente pretender, em caso de sucumbência, ressarcir-se de eventuais prejuízos sofridos em decorrência de edição de plano econômico pelo Governo, deverá buscar a via adequada no juízo competente.

"No âmbito da presente causa, não se cogita da intervenção do litisdenunciado Banco Central do Brasil pois no contrato de poupança são partes apenas o agente financeiro e o poupador.

"Não há qualquer dúvida quanto à competência da União para legislar sobre matéria relativa aos sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular, a teor do disposto no art. 22, inc. XIX, da Constituição da República, como também não se

discute sobre a competência privativa da União para legislar sobre todas as outras matérias elencadas nos incisos do mesmo art. 22 da Carta Magna.

"O que não se admite é que somente por esta razão todas as matérias relacionadas no dispositivo indicado sejam submetidas à jurisdição da Justiça Federal que tem sua competência estabelecida pelo art. 109 e incisos e parágrafos da Constituição da República.

[...]

"É inaceitável a tese de que a União deva ser convocada toda a vez que se trate de aplicação de legislação federal.

"Logo, ao afastar-se a possibilidade de denunciação da lide da União e do Banco Central, arreda-se também a tese de incompetência da Justiça Estadual para dirimir o conflito de interesses ora em exame.

"Neste sentido, STJ-2ª Seção, Conflito de Competência n. 13.978-MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 11-12-95, p. 43.171" (Ap. Cív. n. 1999.006983-4).

Tollitur quaestio.

2. Ilegitimidade ativa

A instituição financeira defende, com veemência, a ilegitimidade do Ministério Público para propor a ação civil pública, haja vista que seu objeto é a tutela de direitos pertencentes exclusivamente aos financiados que celebraram a espécie de contrato ora debatida em Florianópolis.

E assim sendo, apenas "uma pequena quantidade de pessoas" teria seus direitos e obrigações afetados na lide, evidenciada a ausência de interesse social que porventura poderia legitimar o autor a ajuizar a demanda. Sustenta, ainda, que os direitos em tela podem ser até considerados como de natureza individual homogênea, mas jamais difusos ou coletivos, pois perfeitamente identificáveis os sujeitos eventualmente beneficiados com a ação.

Outrossim, diz que há várias espécies de contrato, não passíveis de uma análise conjunta.

Finaliza por enfatizar que se está diante de direitos individuais disponíveis, tornando inviável sua defesa por iniciativa do Ministério Público.

Malgrado respeitável a argumentação da parte, tenho por evidente a legitimidade ad causam *do* Parquet.

Assinala o autor, na petição inicial, a presença de interesses ou direitos coletivos, "sendo caracterizada pelo interesse ou direito indivisível de todos os consumidores que firmaram contrato de financiamento com a requerida de verem alteradas determinadas cláusulas contratuais e cessadas práticas que se evidenciam abusivas perante o Código de Defesa do Consumidor, de forma que, sendo procedente o pedido, o benefício alcançará a todos".

Seu raciocínio está correto.

O órgão ministerial persegue a decretação da nulidade de cláusulas

insertas em contratos de financiamento firmados pelo réu. É inegável a abrangência social dos direitos sob discussão, pois, na eventual procedência do pedido, serão beneficiados não só os clientes atuais como também os futuros.

Sobre a matéria, oportuníssimo é o voto do Ministro Barros Monteiro, proferido no julgamento do Recurso Especial n. 292.636, do Rio de Janeiro, que versa, por igual, sobre contrato bancário tido por abusivo:

"Cuida-se no caso realmente da defesa de direitos coletivos. Hugo Nigro Mazzilli, em sua conhecida obra 'A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo', leciona que coletivos 'são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum' (p. 46, 12ª ed.).

"Em seguida, o mencionado jurista traça a distinção entre os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos:

'Tanto interesses difusos como coletivos são indivisíveis, mas distinguem-se pela origem: os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica. Os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos têm também um ponto de contato: reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis; contudo, só os interesses individuais homogêneos são divisíveis, supondo uma origem de fato comum. Exemplifiquemos com o aumento ilegal de prestações de um consórcio. O interesse em ver reconhecida a ilegalidade do aumento é compartilhado pelos integrantes do grupo de forma indivisível e não quantificável: a ilegalidade do aumento não será maior para quem tenha mais cotas: a ilegalidade será igual para todos (interesse coletivo). Entretanto, é divisível a pretensão de repetição do que se pagou ilegalmente a mais; tendo havido pagamentos, os prejuízos serão individualizáveis (interesses individuais homogêneos). Sem dúvida, na mesma ação civil pública, será possível pedir não só a nulidade do aumento ilegalmente aplicado, a ser decidida identicamente para todos os integrantes do grupo (interesse coletivo), como também a repetição do indébito, que há de favorecer cada integrante do grupo de forma divisível e individualmente variável (interesses individuais homogêneos)' (ob. cit., p. 46 e 47).

"Releva no caso a diferenciação entre os interesses coletivos, de um lado, e os interesses individuais homogêneos, de outro. Ao pleitear o *parquet* estadual a nulidade de cláusulas, que é de interesse de componentes de um grupo de forma indivisível, está ele tratando de um direito coletivo. A proclamação da nulidade beneficiará a todos, de modo igual.

"Há um aspecto importante a destacar nesse ponto para evidenciar

que esta ação civil pública visa, principalmente, resguardar interesses coletivos e apenas secundariamente proteger interesses individuais homogêneos. A peça exordial reporta-se a novos clientes que, a todo momento, possam vir a celebrar contratos daquele tipo com os réus. Está referindo-se – evidentemente – não só aos clientes atuais, como também aos futuros, de conformidade, aliás, com o que, com acuidade, deixara anotado o Magistrado singular quando concedera a tutela antecipatória.

"O pleito vestibular objetiva primordialmente amparar os direitos de um grupo determinado ou determinável, mas indivisível e não quantificável de plano.

"Cuidando-se, assim, na espécie em exame, de perseguida proteção a interesses coletivos, indiscutível é a legitimação do Ministério Público Estadual para intentar a presente ação civil pública.

"Apenas de maneira secundária e conseqüencial, conforme assinalado acima, é que se cogitará, se for o caso, dos interesses individuais homogêneos.

"Não vejo, de todo modo, incompatibilidade entre a regra inscrita no art. 82, I, da Lei n. 8.078/90, de 11-9-1990, c/c o art. 81, parágrafo único, III, do mesmo diploma legal, e a norma do art. 127 da Constituição da República. A circunstância de a preceituação constitucional aludir à defesa dos interesses individuais indisponíveis não obsta a que o legislador ordinário confira legitimação ao *parquet* para agir em defesa de direitos que, embora disponíveis, contenham suficiente abrangência ou repercussão social, para utilizar as expressões empregadas por Hugo Nigro Mazzilli (ob. citada, p. 69). As disposições legais não entram em choque com a norma constitucional; na verdade, ajusta-se ao espírito que norteou o legislador constituinte. Do mesmo escoliasta retiro, a respeito, as seguintes observações:

'Quando é que o Ministério Público age em defesa do consumidor?

'Para alguns, a instituição só deve defender interesses difusos e coletivos dos consumidores, pois só a estes se refere o art. 129, III, da Constituição. Sob esta interpretação, ficaria excluída a defesa de interesses individuais homogêneos.

'Para outros, ao contrário, a conjunção dos arts. 81-82 do CDC permite a defesa de quaisquer interesses transindividuais pelo Ministério Público.

'A crítica a essas posições já a fizemos no Cap. 4, n. 14. Ora acrescentamos que não basta que a lei ordinária presuma a existência de um interesse social para obrigar à sua defesa pelo Ministério Público, pois isso seria o mesmo que permitir que o legislador infraconstitucional pudesse pô-lo em defesa de interesses incompatíveis com sua finalidade institucional.

'A nosso ver, a resposta à indagação acima formulada dependerá do

tipo de interesse ou do pedido a ser formulado.

'A atuação do Ministério Público sempre é cabível em defesa de interesses difusos, em vista de sua abrangência. Já em defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, atuará sempre que a) haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, ainda que potencial; b) seja acentuada a relevância do bem jurídico a ser defendido; c) esteja em questão a estabilidade de um sistema social, jurídico ou econômico' (ob. cit., p. 131 e 132).

'Forçoso reconhecer-se que se encontra em jogo, na espécie, questão concernente à estabilidade do sistema social e econômico, de molde a justificar a intervenção, também por tal motivo, do representante do Ministério Público".

Em igual norte: REsps ns. 168.859-RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; 177.956-PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; 105.215, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; 369.744, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar (bem fundamentado).

Patenteada está, pois, a legitimidade do *Parquet.*

3. Cerceamento de defesa

A argüição de cerceamento de defesa vem fulcrada na circunstância de o Magistrado ter prolatado o decisório sem oportunizar às partes a especificação das provas que pretendiam produzir.

Afirma-se que o togado não está autorizado a julgar a lide sem que tenha ao menos possibilitado aos litigantes justificar suas provas, que constavam de protesto genérico realizado em sede de contestação. Sustenta-se, então, que a prova pericial era indispensável para o correto deslinde da controvérsia, em razão da natureza da matéria em discussão.

Mais uma vez, não logra êxito o Banco Ford.

Era absolutamente dispensável a dilação probatória.

Pelo exame dos autos, dessume-se que nele constavam elementos suficientes para o equacionamento do feito.

Deveras, estão em foco cláusulas contratuais, reputadas abusivas, de sorte que o exame da avença propicia a delimitação da matéria.

Demais disso, "o julgamento antecipado da lide não cede espaço ao reconhecimento de eventual cerceamento de defesa quando a controvérsia prende-se a questão unicamente de direito, revelando-se inútil a produção de qualquer outra prova, principalmente pericial, e o questionamento que rende ensejo à tese que defende a necessidade da dilação probatória pode ser elucidada através de simples cálculos aritméticos, leitura do demonstrativo do débito constante dos autos e exame do ajuste contratual entabulado entre os litigantes, elementos documentais que retratam, indubitavelmente, o método emprega-

do na apuração do saldo devedor, bem como os importes que incidiram sobre o principal, propiciando adequada impugnação da parte devedora" (Apelação Cível n. 2000.008784-0, de Rio do Sul, rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi).

De todo viável, destarte, o julgamento antecipado da lide, nos exatos termos do art. 330 do Códex.

É da jurisprudência:

"Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder" (STJ, REsp n. 2.283-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

"Julgamento antecipado – Art. 330, I, do CPC – Requisitos presentes – Desnecessidade de despacho de especificação de provas e saneador – Cerceamento de defesa inexistente. Pode o Juiz, à luz dos elementos constantes dos autos, entender desnecessária a produção de outras provas e julgar antecipadamente a lide, evitando a prática de atos inúteis no processo e atendendo ao princípio da economia processual. Tal proceder independe de despacho de especificação de provas ou saneador e, salvo demonstração de sua imprescindibilidade, não configura cerceamento de defesa [...]" (TJSC – Ap. Cív. n. 1996.005712-9, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Eder Graf – 3ª C.C. – j. 10-9-1996).

A par do exposto, tem-se que o cerceamento de defesa, no caso, estaria caracterizado pela não-realização de prova pericial contábil que viesse demonstrar que o apelante não pratica a alegada capitalização de juros nos contratos de financiamento. Afirma a instituição financeira que não exige juros compostos e que não os cobrou.

Nem poderia fazê-lo porque o entendimento pretoriano é pacífico no sentido de que a capitalização de juros só é permitida nos casos em que há expressa previsão legal, o que não se verifica com o contrato de financiamento bancário direto a usuário final (TJSC, Ap. Cív. n. 52.271, rel. Des. Eder Graf).

Daí que, a par da alegação de que não há reincidência temporal de juros a cada período mensal = composição de parcela principal e outra de juros já incorporados (fl. 966), ou daquela de que a imutabilidade e igualdade das prestações implicam capitalização de juros, quer pelo Sistema Francês de Amortização (Tabela *Price* – TP), quer pelo Sistema de Amortização Constante (SAC, fl. 1.020), certo é que se chega à inarredável conclusão de que a capitalização de juros é vedada.

Assim, cabe ao Judiciário apenas declará-la, sem necessidade de prova contábil. E foi o que a sentença fez. Confira-se: "[...] proibida a capitalização mensal" (fl. 802), não havendo razão de sua reforma nesta parte.

Agora, se, a par da vedação, houve consumidor que pagou efetivamente alguma verba resultante de capitalização de juros, isso é fato que

não pode ser esclarecido à luz dos poucos recibos trazidos com a inicial, que não contêm referência ou destaque a tal título.

Esse vazio, sim, poderia ser suprido por perícia, o que não recomenda, todavia, a anulação do processo, porque passível de ser dirimida em fase de liquidação, obedecido o comando sentencial, com necessidade de restituição, se for o caso.

4. Da restrita aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Neste tópico, o recorrente aduz que a incidência do CDC está condicionada à efetiva existência de uma relação de consumo, inexistente *in casu*, pois o recurso financeiro é captado como meio essencial à concretização de negócios que importem na obtenção de lucro pelo mutuário.

Dito de outra forma, se o empréstimo realizado não se presta a suprir as necessidades do tomador do empréstimo, mas, sim, viabilizar a celebração de negócios outros, destinados à obtenção de lucro, não há admitir a incidência do Código Consumerista.

Versa a controvérsia, repito, sobre a legitimidade de cláusulas de "contrato de financiamento ao consumidor final garantido por alienação fiduciária".

E, *data venia*, é surpreendente a linha de argumentação esposada pela instituição financeira.

Dispõe o § 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

"Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".

Diante do texto legal, não pode haver dúvida que o mútuo bancário firmado com particular, como destinatário final, está sujeito ao regramento da legislação sob enfoque.

Nesse norte: "Tratando-se de empréstimo tomado por consumidor final, a operação creditícia realizada pelo banco submete-se às disposições do Código de Defesa do Consumidor, na qualidade de prestador de serviços especialmente contemplados no art. 3º, § 2º, do citado diploma legal" (REsp n. 213.825, rel. Min. Barros Monteiro).

Aliás, reiteradamente o STJ vem proclamando que "o CDC é aplicável aos contratos firmados entre as instituições financeiras e os usuários de seus serviços" (AG 458.331, rela. Mina. Nancy Andrighi). Da mesma Julgadora: "A atividade bancária de conceder financiamento e obter garantia mediante alienação fiduciária sujeita-se às normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, no que couber, convivendo este estatuto harmoniosamente com a disciplina do Decreto-Lei n. 911/69" (REsp n. 323.986/RS).

E, finalmente, transcreve-se o escólio de José Geraldo Brito Filomeno:

"Resta evidenciado, por outro lado, que as atividades desempenha-

das pelas instituições financeiras, quer na prestação de serviços aos seus clientes (por exemplo, cobrança de contas de luz, água e outros serviços, ou então expedição de extratos etc.), quer na concessão de mútuos ou financiamentos para a aquisição de bens, inserem-se igualmente no conceito amplo de serviços. Aliás, o Código fala expressamente em atividade de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, aqui se incluindo igualmente os planos de previdência privada em geral, além dos seguros propriamente ditos, de saúde etc. Para Fábio Ulhoa Coelho: 'considera-se bancário o contrato cuja função econômica se relaciona com o conceito jurídico de atividade bancária, preceituado no art. 17 da Lei n. 4.595/64. Por atividade bancária, entende-se a coleta, intermediação em moeda nacional ou estrangeira. Esse conceito abarca uma gama considerável de operações econômicas, ligadas direta ou indiretamente à concessão, circulação ou administração do crédito. Estabelecendo-se paralelo entre a atividade bancária e a industrial, pode-se afirmar que a matéria-prima do banco e o produto que ele oferece ao mercado é o crédito, ou seja, a instituição financeira dedica-se a captar recursos junto a clientes (operações passivas) para emprestá-los a outros clientes (operações ativas)'. E, mais adiante, esclarece que: 'o contrato bancário pode ou não se sujeitar ao Código de Defesa do Consumidor, dependendo da natureza do vínculo obrigacional subjacente. O mútuo, por exemplo, será mercantil se o mutuário for exercente de atividade econômica, e os recursos obtidos a partir dele forem empregados na empresa. E será mútuo ao consumidor se o mutuário utilizar-se dos recursos emprestados para finalidades particulares, como destinatário final. No desenvolvimento das operações atípicas, isto é, não relacionadas especificamente com o conceito de atividade bancária, como cobrança de títulos e recebimentos de tarifas e impostos, o banco age como prestador de serviços não somente para o cliente credor, mas direcionado a todos que procuram a agência simplesmente para realizar o pagamento. Em relação às operações típicas, como a aceitação de dinheiro em depósito, concessão de empréstimo bancário, aplicação financeira e outras, o banco presta serviços a clientes seus, podendo classificá-los (de acordo com conceitos próprios da atividade bancária, como o da reciprocidade) para fins de liberar tratamento preferencial ou atendimento especial a certas categorias de consumidores'. Também José Reinaldo da Lima Lopes acentua que: 'é fora de dúvida que os serviços financeiros, bancários e securitários encontram-se sob as regras do Código de Defesa do Consumidor. Não só existe disposição expressa na Lei n. 8.078/90 sobre o assunto (art. 3º, § 2º), como a história da defesa do consumidor o confirma, quando verificamos que a proteção aos tomadores de crédito ao consumo foi das primeiras a ser criada. De outro lado, nas relações das instituições financeiras com seus 'clientes' podem-se ver duas catego-

rias de agentes: os tomadores de empréstimos (mutuários) e os investidores (depositantes)'" (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do Anteprojeto, p. 45 e 46, 6ª ed.).

Fulminando: "Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, parágrafo segundo, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através de operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens e serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco" (REsp n. 57.974, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Conseqüência do exposto é que, uma vez caracterizada a onerosidade das cláusulas ditadas pela instituição financeira, possível sua adequação aos dispositivos legais.

Rechaçadas as preliminares, resta verificar se no mérito assiste melhor sorte ao Banco Ford, adotando-se a mesma sistemática.

1. Ilegalidade do limite de 12% de juros imposto pela sentença

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que "não se aplica a limitação de juros de 12% ao ano prevista na Lei de Usura aos contratos de alienação fiduciária" (REsp n. 481.971/RS, rel. Min. Aldir Passarinho).

E do corpo do voto:

"Tem-se que o entendimento aqui firmado é no sentido de que com o advento da Lei n. 4.595/64, diploma que disciplina de forma especial o Sistema Financeiro Nacional e suas instituições, restou afastada a incidência da Lei de Usura no tocante à limitação dos juros, tendo ficado delegado ao Conselho Monetário Nacional poderes normativos para limitar as referidas taxas. É o que reza o art. 4º, IX, *litteris*: '[...] IX – limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil [...]'. Portanto, a limitação imposta por aquela norma não se aplica às taxas de juros cobradas pelas instituições bancárias ou financeiras em seus negócios jurídicos, cujas balizas encontram-se no contrato e regras de mercado, salvo as exceções legais. [...] A propósito, reza a Súmula 596 do STF: 'As disposições do Decreto n. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional'".

Em igual sentido: REsp n. 227.547/RS, rel. Min. César Asfor Rocha; REsp n. 235410, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp n. 186.644, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

Ao arremate, reproduzo recentíssimos precedentes, ambos publicados em 26-11-03:

"No que tange aos juros remuneratórios, igualmente pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a limitação dos juros, estabelecida pelo Decreto n. 22.626/33, não se aplica às operações realizadas por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, salvo exceções legais" (REsp n. 579969, rel. Min. Cesar Asfor Rocha).

"O Acórdão recorrido reputou como abusiva a taxa de juros pactuada. Daí ter entendido, com fundamento no CDC e nos referenciais do ordenamento jurídico vigente, que os juros remuneratórios devem observar o limite de 12% ao ano. Ao assim determinar, a decisão hostilizada não somente malferiu a regra do art. 4º, IX, da Lei n. 4.595, de 1964, como ainda dissentiu da jurisprudência da Suprema Corte, cristalizada no verbete sumular n. 596, que esta Casa passou a perfilhar há muitos anos" (REsp n. 533.847, rel. Min. Barros Monteiro).

Assim, a despeito do respeitável posicionamento em sentido contrário, corporificado, *v.g.*, na Ap. Cív. n. 2001.023403-3, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, e na Ap. Cív. n. 2002.027638-9, rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Guzzi, estou convicto de que não há óbice à fixação contratual dos juros em patamar superior a 12% ao ano.

2. Validade da comissão de permanência segundo as taxas de mercado

Sob este aspecto, o recorrente suscita a nulidade da decisão por ausência de motivação.

Em vão.

Conquanto de forma concisa, o Julgador monocrático bem explicita o porquê de reputar abusiva a cláusula que prevê a cobrança da comissão de permanência, a ser auferida de acordo com as flutuantes "taxas de mercado".

O item contratual em questão – cláusula 4 – reza, *in litteris*:

"A liquidação de qualquer das prestações após o respectivo vencimento sujeitará o consumidor e devedor(es) solidário(s) avalista(s): a) ao pagamento da comissão de permanência pelos dias decorridos do atraso, calculada tendo por base a taxa de juros mensal efetiva do contrato com base *em taxas praticadas pelo mercado*; b) ao pagamento dos juros de mora de 12% (doze por cento) ao ano; c) ao pagamento da multa contratual — cláusula penal moratória – de 2% (dois por cento)" (sem grifo no original).

A jurisprudência do TJSC é praticamente pacífica a respeito: "A cláusula que estipula comissão de permanência às taxas de mercado é totalmente potestativa, porquanto não define as bases concretas de imposição" (Ap. Cív. n. 2001.023403-3, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz). Ainda: "Não devem prevalecer as cláusulas contratuais que prevêem a aplicação de comissão de permanência face sua condição potestativa pois com isto são utilizadas taxas flutuantes de mercado e não há segurança quanto ao efetivo percentual utilizado, sujeitando-se

a devedora ao arbítrio do banco e assegurando-se a preponderância de um dos interessados no negócio, com desrespeito à regra do art. 115 do Código Civil (Ap. Cív. n. 1997.000397-8, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, julgada em 24-2-97).

No entanto, há pouquíssimo tempo, julgado do STJ consignou que, "relativamente à comissão de permanência, aquele Colegiado, na mesma assentada, apreciando o REsp n. 271.214/RS, resolveu alterar o entendimento que até então vinha-se adotando, no sentido de que a superveniência da mora do devedor não tinha reflexo na cobrança dos juros contratuais, que seriam devidos até o efetivo pagamento da dívida, porque carecia de amparo legal tal vedação, se contrariamente pactuassem as partes. Todavia, considerou-se que após o vencimento da obrigação estaria o devedor sujeito ao pagamento da comissão de permanência somada aos encargos da inadimplência, mesmo que em valor variável, pela taxa média do mercado, desde que estabelecidos pelo Banco Central do Brasil, nos termos da Circular da Diretoria n. 2.957, de 28 de dezembro de 1999, o que retira o caráter de potestividade dessa cláusula atualizadora do débito, quando não subordinada ao exclusivo arbítrio do credor, persistindo a vedação contida na Súmula 30/STJ" (REsp n. 586247, rel. Min. Aldir Passarinho, DJU 26-11-2003).

Não se cuida de entendimento isolado.

Veja-se:

"Em primeiro lugar, não se tem como potestativa a cobrança da comissão de permanência, consoante a jurisprudência desta Casa: 'A comissão de permanência, por si só, é legal, devendo aplicar-se o índice pactuado, não cumulado com correção monetária (Súmula 30/STJ) e limitado, entretanto, à taxa média do mercado, segundo a espécie de operação, apurada pelo Banco Central do Brasil, nos termos do procedimento previsto na Circular da Diretoria n. 2.957, de 28-12-1999' (REsp n. 332.908/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito). '[...] III – A Resolução 1.129/86 – Bacen, criada com suporte na Lei 4.595/64, autoriza as instituições financeiras a cobrar comissão de permanência, em caso de inadimplemento, às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento, sendo, a princípio, plenamente cabível a sua estipulação, desde que após a mora e de forma não cumulada com a correção monetária. IV – A estipulação de comissão de permanência não constitui cláusula puramente potestativa, 'já que as taxas de mercado não são fixadas pelo credor, mas, sim, definidas pelo próprio mercado ante as oscilações econômico-financeiras, estas fiscalizadas pelo Governo, que, como sói acontecer, intervém para sanar distorções indesejáveis' (218.030/RS)' (AgRg no REsp n. 268.575/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Nos dois precedentes acima mencionados, formou-se ampla maioria no sentido da admissão da comissão de permanên-

cia ajustada para a hipótese de renitência do devedor após o vencimento do contrato. Não fosse assim, ver-se-ia ele altamente favorecido, com a sua condenação a solver apenas os juros moratórios, quando, ao fim e ao cabo, foi quem terminou por descumprir o pactuado. Assim, a comissão de permanência é devida no período de inadimplência, sem cumulação com a correção monetária ou com os juros remuneratórios *stricto sensu*, devendo, nos moldes dos julgados supra-aludidos, o seu cálculo considerar a variação da taxa de mercado, segundo a espécie de operação, apurada pelo 'Banco Central do Brasil', em conformidade com o previsto na Circular da Diretoria n. 2.957/99, limitada, no entanto, à taxa estipulada no contrato. Nesse passo, a decisão ora combatida se apartou da orientação firmada por esta Casa a propósito do tema" (REsp n. 552.323, rel. Min. Barros Monteiro).

Enfim, a comissão de permanência só pode ser cobrada no caso de inadimplemento da obrigação e a partir daí. Antes, a remuneração do empréstimo se dá por meio de juros, sendo importante observar que "a comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis" (Súmula 30/STJ). Enfim, admissível a cobrança da comissão de permanência desde que não cumulada com correção monetária e se observada, para seu cálculo, a Circular da Diretoria n. 2.957/99.

3. Da inexistência da capitalização de juros alegada

A capitalização de juros é inadmitida pela jurisprudência.

Confira-se: "Salvo expressa previsão em lei específica, como no caso das cédulas de créditos rurais, industriais e comerciais, é vedada às instituições financeiras a capitalização mensal de juros" (REsp n. 579.969, rel. Min. Cesar Asfor Rocha).

Aliás, essa questão já se encontra decidida em passagem anterior do acórdão.

4. Da validade da cláusula que prevê a cobrança de honorários

A instância singular concluiu pela nulidade da cláusula que prevê a cobrança de honorários advocatícios pelo apelante. Esta, segundo o *Parquet*, no que acordou o Julgador, viola o art. 51 da Lei n. 8.078/90.

De acordo com o Banco, sua obrigação resume-se ao pagamento integral da importância financiada ao vendedor do veículo adquirido pelo contratante.

Apenas isso.

Após, nada mais se lhe pode exigir, sendo que não há razão lógica que justifique atribuir-lhe o direito de cobrar honorários advindos de possível cobrança extrajudicial.

O preceito legal que alicerça a alegação de nulidade tem a seguinte redação:

"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

"XII – obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor".

De sua vez, reza o dispositivo contratual objurgado no que interessa:

"Se, para defesa de seus direitos, ou para haver do consumidor e devedor(es) solidário(s) avalista(s) o que lhe for devido, necessitar o credor recorrer a meios judiciais, ou administrativos, terá direito, ainda, ao ressarcimento integral das despesas em que incorrer para esse fim, inclusive honorários advocatícios".

Correto o decreto de nulidade no particular, como bem concluiu o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho, digno Procurador de Justiça, em seu judicioso parecer:

"Quanto à cláusula relativa aos honorários advocatícios extrajudiciais, melhor sorte não bafeja o apelante, visto que o art. 51, III, do CDC, prevê a nulidade absoluta de cláusula que transfira responsabilidade a terceiros, como esta, aliás, que determina o pagamento de tal verba pelos consumidores no caso de inadimplemento do pactuado.

"Nesse sentido:

'Ação declaratória – Imobiliária – Multa aplicada por cobrança indevida dos honorários advocatícios dos consumidores – Cláusula contratual abusiva – Transferência de responsabilidade a terceiros – Ação improcedente – Apelação. 1) O Código de Defesa do Consumidor estabelece a nulidade absoluta de cláusula que transfira responsabilidade a terceiros, art. 51, inc. III, como aquela que obriga o consumidor a pagar os honorários advocatícios da apelante, em caso de inadimplemento do contrato. 2) Além do aspecto legal, é óbvio que a apelante é que deve arcar com os seus custos operacionais e não os seus consumidores. Apelo desprovido' (TJPR – Ap. Cív. n. 0110242-3 (20.651), Curitiba, 2ª C. Cív., rel. Des. Sidney Mora, DJPR 22-2-2002)".

5. Da validade da cláusula de eleição de foro

O contrato padrão prevê a comarca de São Paulo como foro de eleição (cláusula 15).

Para o Ministério Público, há palmar violação à norma contida no artigo 51, IV, do Codecon:

"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

"IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade".

É de todo procedente o argumento do *Parquet*.

A contrario sensu, as exposições do irresignado não se prestam a elidir a ilação inevitável de que a eleição do foro da comarca de São Paulo

para dirimir eventuais conflitos judiciais prejudica sobremaneira a defesa dos consumidores, domiciliados certamente no Estado de Santa Catarina. Diversamente, o Banco Ford tem sua sede em São Paulo.

É mais do que evidente que os "clientes" são a parte mais fraca economicamente.

Fora de dúvida que, a subsistir a cláusula *supra*, que ostensivamente viola a norma legal citada, o acesso ao Judiciário restará comprometido.

A jurisprudência alberga este entendimento:

"A jurisprudência desta Corte já está consolidada no sentido de que, tratando-se de contrato de adesão, submetido às regras do Código de Defesa do Consumidor, e importando a cláusula de eleição de foro prejuízo à defesa do aderente, pode o Juiz declinar de ofício da competência, visando a proteção do consumidor" (AGA 466606/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

"Possibilidade de decretar-se a cláusula relativa à eleição de foro, de ofício, quando reconhecido que acarretará ao devedor notáveis dificuldades para o exercício de sua defesa. Precedentes do STJ" (AGA 438.012, rel. Min. Barros Monteiro).

"A jurisprudência assente na Segunda Seção deste Tribunal firmou-se no sentido de que, na relação de consumo, considera-se como absoluta a competência do foro do domicílio do consumidor, posto que a sua defesa em juízo não pode ser dificultada, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC" (REsp n. 425.368–ES, rela. Mina. Nancy Andrighi).

Mais uma vez, portanto, sem razão o apelante.

6. Do descabimento da restituição determinada

O derradeiro ponto de inconformismo do litigante diz respeito à restituição dos valores pagos indevidamente pelos consumidores.

Aponta infringência ao disposto no artigo 882 do Estatuto Civil, *verbis*:

"Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível".

É alegação trazida a lume apenas em grau recursal, obstando seu conhecimento. A tônica da defesa é de que não havia abusividade, tampouco má-fé, que daria lugar à restituição em dobro. E esta última, realmente, foi afastada pela *sententia*.

De qualquer modo, a título de ilustração, anoto que "heresia jurídica pura seria o reconhecimento judicial de que, tendo o obrigado contratualmente efetuado os pagamentos de sua responsabilidade nos exatos termos contratuais, não lhe subsiste qualquer direito à restituição dos valores abusivamente impostos e pagos, porquanto ausente, em tal conjuntura, o erro no pagamento" (Ap. Cív. n. 2001.023030-5, de Tubarão, rel. Des. Trindade dos Santos).

E, finalmente, observa-se que, diante do teor deste aresto, apenas o *quantum* pago à guisa de capitalização de juros estaria sujeito à restituição, desde que comprovada a sua cobrança na liquidação.

Enfim, o voto é pela rejeição das preliminares.

No mérito, não há dúvida de que a sentença deve ser mantida quanto à nulidade das cláusulas de eleição do foro e cobrança de honorários extrajudiciais, mantidas as demais, enfatizando-se que a cobrança da comissão de permanência é possível a partir do vencimento da dívida, desde que não haja cumulação com correção monetária e observado o disposto na Circular da Diretoria n. 2.957/99.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, rejeitar as preliminares, e, no mérito, prover parcialmente o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nicanor da Silveira. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2003.

Volnei Carlin,
Presidente, com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.009637-7, DE TIMBÓ

Relator designado: Juiz Newton Janke

Ação reivindicatória. Revelia. Julgamento antecipado. Excesso de área. Irrelevância. Cerceamento de defesa inocorrente.

Se, além da revelia, o pedido atendia a todos os requisitos formais e substanciais reclamados pela ação reivindicatória, plenamente justificado o julgamento antecipado da lide.

Irrisório excesso de área não impõe a necessidade da realização de prova pericial se nenhum dos réus é proprietário ou possuidor de imóveis lindeiros ao reivindicando.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.009637-7, da comarca de Timbó (2ª Vara Cível e Criminal), em que são apelantes Rui Ângelo Viviani, Dorival Castilho e Marcelino Martins, com seus respectivos cônjuges, sendo apelado o município de Doutor Pedrinho:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Vencido o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer.

Custas de lei.

1. Trata-se de apelação interposta por Rui Ângelo Viviani, Dorival Castilho e Marcelino Martins, com seus respectivos cônjuges, contra sentença que, ante a revelia dos réus, julgou procedente o pedido formulado em Ação Reivindicatória proposta pelo município de Doutor Pedrinho, impondo-lhes a restituição de uma área de 779,40m² (setecentos e setenta e nove metros e quarenta centímetros quadrados), compreendida num imóvel que, no título de domínio, possui 5.538,00m² (cinco mil, quinhentos e trinta e oito metros quadrados), mas que no levantamento planimétrico anexado à inicial acusa uma extensão de 5.603,40m² (cinco mil, seiscentos e três metros e quarenta centímetros quadrados).

Sustentam os recorrentes que, a despeito da revelia, o processo não poderia ter sido julgado antecipadamente, revelando-se indispensável a produção de prova pericial ante a diferença de áreas constante no registro imobiliário e a detectada no levantamento planimétrico.

Ao responder ao apelo, o recorrido postulou a manutenção da sentença por seus próprios fundamentos (fls. 77 a 80).

O Ministério Público de primeiro grau e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, no mesmo tom, opinaram pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

2. Mesmo revéis, os apelantes consideram que o julgamento antecipado da lide lhes acarretou cerceamento de defesa porque, a seu ver, impunha-se a realização de prova pericial por conta da discrepância entre a área titulada e a área apurada em levantamento técnico empreendido pelo autor.

*Data venia***,** nenhuma razão lhes assiste.

Como o autor já se encontra imitido na posse de parte substancial do imóvel adquirido do Banco do Brasil S.A., o objeto do pedido é uma área remanescente de 779,40m² sobre a qual residem os casais demandados.

Segundo Paulo Tadeu Haendchen e Rêmolo Letteriello (Ação Reivindicatória, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1981, p. 41), o réu, na ação reivindicatória, pode alegar a seguinte matéria de defesa:

"I – que o autor não tem domínio; que, embora o tendo, foi o título adquirido de forma viciosa logo no início, ou nula é a transcrição; que ele, réu, tem direito ao domínio que é melhor que o do autor;

"II – que não detém a coisa injustamente, porque é titular de um direito real que o autoriza a possuir, ou porque existe uma relação contratual que o autor deve respeitar;

"III – que não detém a coisa;

"IV – que o autor não individuou a área, que é incerta ou indeterminada;

"V – que tem direito a usucapir a coisa".

Nenhuma destas matérias foi, indireta ou remotamente, ventilada.

De fato, o domínio do Município não é posto em dúvida; os réus não negam a ocupação da área, assim como não apresentam qualquer justificativa para isso desde a época em que o imóvel foi judicialmente arrematado pelo Banco do Brasil. Ninguém alega a prescrição aquisitiva do domínio (usucapião).

Por derradeiro, a área reivindicada está perfeita e claramente identificada.

A esse respeito, convém atentar para a lição dos autores anteriormente evocados:

"Não se admite reivindicação de área incerta ou indeterminada. Verificando o juiz que a petição inicial não descreve a área reivindicanda, de modo que não há certeza na sua localização, ou das divisas, deve extinguir o processo, sem conhecimento do mérito. Claro que se a inicial, embora não descrevendo a área, fizer menção do imóvel, que tem área certa, descrita em documento constante dos autos, não é de ser acolhida a alegação. Por outro lado, não pode o autor pretender descrever arbitrariamente a área do imóvel reivindicando. Na descrição deve levar em conta exatamente o que consta do registro imobiliário, ainda que a reivindicação seja parcial, caso em que deve descrever também a área menor. Quanto a esta não se exige a precisão, como já foi dito, bastando que o autor dê elementos que permitam a localização da mesma, dentro da área maior que, repetimos, também deve ser descrita" (ob. cit., p. 49).

A existência de eventual déficit ou excesso de área não compromete, pois, em regra, o manejo da reivindicatória, ainda mais quando, como, na espécie, a diferença encontrada é mínima (1,18%).

Somente num contexto a argumentação recursal seria relevante, a saber: se os réus fossem lindeiros do imóvel reivindicando. Em tal situação, poder-se-ia cogitar que o pedido pudesse estar abrangendo área que não pertence ao autor, mas sim ao réu. Não é o caso dos autos, porém, em que os suplicados não detêm o domínio de nenhuma área vizinha.

Se o excesso apurado recair sobre o direito de algum extremante, este, na execução do julgado ou num eventual futuro pleito retificatório do registro, poderá validamente opor-se.

A tudo o que já foi exposto, releva agregar que os réus foram, antes da propositura da ação, notificados judicialmente para desocupar a área. Após a citação, o mesmo procurador que subscreve o recurso retirou o processo em carga no curso do prazo para contestar, vindo a restituí-lo somente depois de transcorridos seis meses e isso após ser intimado para efetuar a devolução (fl. 50v.).

Assim, se os réus eram revéis e se o pedido atendia a todos os pres-

supostos formais e substanciais reclamados em ação dessa natureza, o julgamento antecipado da lide era providência que se colocava como imperativo legal, pois "presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder" (REsp n. 2.832/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 17-9-90).

Outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça reforçam o acerto da solução adotada pelo Magistrado de primeiro grau:

"Processual civil. Cerceamento de defesa. Ausência de fato a provar.

"Não há cerceamento de defesa quando, segundo os termos das peças postulacionais, não há fato a provar em audiência, impondo-se, pois, o julgamento antecipado da lide" (REsp n. 21.2988/DF, rel. Min. Dias Trindade, DJ 22-6-92).

"Prova. Cerceamento de defesa. Sendo desnecessária a produção de prova em audiência, é permitido ao juiz proferir o julgamento antecipado da lide.

"Recurso especial não conhecido" (REsp n. 5.525/RS, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 30-4-91).

"Civil e processual civil — Ação reivindicatória — Imprescritibilidade — Usucapião extraordinário — Matéria de defesa — Ausência dos requisitos legais — Julgamento antecipado da lide — Desnecessidade de dilação probatória — Correta aplicação do art. 330, I, do CPC — Ônus da prova — Reexame de matéria fática e fundamentação recursal deficiente — Súmulas 7/STJ e 284/STF — Incidência.

"I — O direito de propriedade é perpétuo, extinguindo-se somente pela vontade do dono, ou por disposição expressa de lei, nas hipóteses de perecimento da coisa, desapropriação ou usucapião. Neste último caso, a perda da propriedade se opera em decorrência da prescrição aquisitiva, mas não em função do prazo estabelecido no art. 177 do Código Civil.

"II — O usucapião extraordinário (art. 550 do CCB) dispensa a prova do justo título e da boa-fé; e se consuma no prazo de 20 (vinte) anos ininterruptos, sem que haja qualquer oposição por parte do senhorio. A ação de anulação de escritura pública, ajuizada contra os possuidores, antes que se completasse o lapso para a prescrição aquisitiva, torna evidente o intuito do proprietário em molestar a ocupação mansa e pacífica do imóvel.

"III — Dispondo o juiz de elementos aptos a formar sua convicção, desnecessária se torna a extensão do procedimento instrutório. Neste contexto, o antecipado julgamento da lide, além de oportuno, contribui para a Economia Processual.

"IV — Descabe conhecer do recurso especial quando a recorrente dificulta a apreensão do exato sentido da controvérsia, conduzindo a fundamentação recursal para o reexame do substrato fático coligido no processo.

"V — Recurso especial não conhecido" (REsp n. 144.330/AC, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 18-10-99).

Nesta linha de entendimento, não há cogitar de cerceamento de defesa a autorizar o provimento do apelo.

3. Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por maioria de votos, negou provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. João Martins e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 14 de agosto de 2003.

Volnei Carlin,
Presidente;
Newton Janke,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer:

Ação reivindicatória. Revelia. Julgamento antecipado da lide. Impossibilidade. Instrução do feito necessária para a devida resolução da *quaestio juris*. Anulação da sentença. Apelo conhecido e provido.

Ousei divergir da douta maioria por entender que a anulação da sentença objurgada era medida que se impunha.

A simples circunstância de não ter ocorrido a apresentação de contestação não libera o autor da *actio* da comprovação de seu direito, sendo mister a demonstração da presença dos requisitos necessários ao domínio da área em litígio.

E justamente pelo acolhimento de tal orientação é que o pedido preambular não poderia ser deferido sem a realização da devida instrução.

Denota-se pela análise dos autos incerteza quanto à real superfície do imóvel e, por conseguinte, quanto à porção reivindicada pelo requerente, fazendo-se, desse modo, imprescindível a produção de prova pericial.

A área total arrematada pelo Banco do Brasil S.A. e alienada ao Município, consoante a matrícula de fl. 21, corresponde a 5.538m^2 (cinco mil quinhentos e trinta e oito metros quadrados), e a área do imóvel afirmada pelo recorrido, segundo levantamento planimétrico por ele providenciado (fl. 36), representa 5.603,40m^2 (cinco mil seiscentos e três metros e quarenta centímetros quadrados). Portanto, nítida a dissonância das informações colacionadas.

Infere-se, assim, que a pleiteada porção de 779,40m^2 (setecentos e setenta e nove metros e quarenta centímetros quadrados), calculada com base no documento trazido pelo autor (fl. 36), carece evidentemente de segurança quanto a sua correção.

Dessa forma, haveria óbice intransponível ao julgamento antecipado da lide, porque existente razoável controvérsia concernente ao montante de terra a ser reivindicado.

Ressalta-se, ademais, que somente em sede de contra-razões recursais o apelado preocupou-se em justificar a razão da diferença de metragem percebida entre a escritura e o laudo por ele encomendado (fl. 80), não existindo qualquer menção anterior a esta justificativa nos autos.

Há de se reconhecer também a persistência de outras dúvidas a obstar o desfecho imediato da demanda.

Pelas fotografias de fls. 38 a 46, percebe-se que provavelmente as casas são anteriores à penhora e à arrematação implementadas, realizada a última em outubro de 1995 (fl. 30); contudo, não se pode aferir precisamente desde quando os requeridos estariam residindo no imóvel e a que título. Em verdade, como bem observado pelo nobre promotor de justiça (fl. 84), não se vislumbra ao certo sequer se os apelantes são efetivamente os moradores das residências retratadas nas fotografias.

Retira-se, ainda, pelo estudo do levantamento planimétrico (fl. 36) que uma das casas foi construída sobre a divisa do terreno questionado, devendo, em princípio, ser repartida. Porém, tal fato não restou evidenciado no processo, visto que o autor nada relatou a respeito.

Logo, sem a realização da instrução processual, mostrou-se temerária a procedência da ação, sem prova contundente acerca do efetivo direito do requerente. Além de, por óbvio, configurar-se em cerceamento de defesa para os apelantes que, apesar de revéis, não merecem ser condenados com fundamento em um quadro probatório prematuro e, *a priori,* nada convincente.

Reiterada é a jurisprudência em afirmar que a revelia não produz efeitos absolutos, mas sim relativos, sendo imperiosa a comprovação mínima dos fatos articulados na inicial.

A propósito, vale anotar a lição de Yussef Said Cahali:

"[...] a jurisprudência, sem desconsiderar os efeitos da confissão ficta ou presumida, não a leva aos seus extremos para, à base do simples silêncio ou omissão do demandado, acolher sumariamente a ação; os efeitos da revelia, aqui, não têm aplicação irrestrita, nem dispensam a prova da veracidade dos fatos alegados pelo autor; a inércia de quem não se defende deve ser apreciada e interpretada em cada caso, tendo-se em vista as circunstâncias que lhes podem dar outra significação; assim, sem embargo da confissão ficta, há que se levar em conta a verossimilhança dos fatos e sua coerência com as demais provas carreadas ao processo" (CPC nos Tribunais, 2ª ed., Ed. Jurídica Brasileira Ltda., vol. V, p. 4.097).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal não discrepa:

"A revelia não implica em presunção absoluta dos fatos alegados, mas sim a relativa" (RTJ 115/1.227).

Esta egrégia Corte de Justiça, em casos similares, já decidiu:

"2. O Código de Processo Civil brasileiro expressamente impõe ao

autor da *actio* o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito (art. 333, inc. I, do CPC), que, por sua vez, serão reputados verdadeiros se não houver contestação (art. 319 do CPC).

"Todavia, esta confissão ficta decorrente de ausência de contestação não implica, necessariamente, em tomar-se como verdadeiros todos os fatos articulados pelo autor na sua inicial, pois, como bem salienta Humberto Theodoro Júnior, 'a presunção de veracidade, decorrente da revelia, não é absoluta e insuperável, nem pretendeu a lei transformar o juiz, na espécie, num *robot* que tivesse que aprovar, conscientemente, a inverdade e a injustiça, sem qualquer possibilidade de coarctar a iniqüidade e a mentira' (Curso de Direito Processual Civil, 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol. 1, p. 396)" (Apelação Cível n. 96.005486-3, de Biguaçu, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

"Ação de usucapião. Requisitos. Art. 550 do CC e art. 941 do CPC. Julgamento antecipado da lide. Processo que foi alcançado pela Lei n. 8.951/94 antes da realização da audiência de justificação. Ônus da prova. Art. 333, I, do CPC. Aplicação. Requerimento de produção de provas formulado pelo representante do Ministério Público. Julgamento antecipado da lide. Inadmissibilidade.

"'O fato de não ter havido contestação não dispensa o autor da obrigação de provar sua posse, competindo-lhe comprovar a existência dos requisitos necessários à declaração do domínio que postula' (Benedito Silvério Ribeiro, Tratado de Usucapião, vol. II, p. 1.260) (Des. Paulo Gallotti)" (Apelação Cível n. 51.713, de Palhoça, rel. Des. Eder Graf).

Diante do exposto, entendia que o mais adequado era a anulação da sentença prolatada no juízo *a quo*, a fim de que o feito prosseguisse como de direito, realizando-se a instrução probatória.

É o voto.

Vanderlei Romer.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2002.004808-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Mandado de segurança – Vaga em creche – Competência da Vara da Infância e da Juventude – Precedentes deste órgão julgador no sentido da não existência de direito líquido e certo – Apelo – Provimento do recurso para extinguir o processo sem julgamento do mérito – Reexame necessário prejudicado.

A Vara da Infância e da Juventude é competente para apreciar causas referentes ao direito à educação das crianças e adolescentes.

"1. A disponibilização de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades.

"2. No âmbito do Município, o direito público subjetivo preconizado no § 1º do art. 208 da Lex Mater*, consistente no 'poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pela ordem jurídica, tem por objetivo um bem ou um interesse' (George Jellinek,* apud *José Cretella Júnior. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1993, vol. 8, p. 4.414), somente pode ser invocado em relação ao ensino fundamental.*

"3. Ao Poder Judiciário falece competência para interferir na política educacional implementada pelo Poder Executivo, quando esta é derivada de norma programática e não imperativa" (ACMS n. 2002.006812-3, da Capital, j. 24-6-02).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2002.004808-9, da comarca da Capital (Vara da Infância e da Juventude), em que é apelante o município de Florianópolis, sendo apelado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso para extinguir o processo sem julgamento do mérito, prejudicado o reexame necessário.

Sem custas.

O representante do Ministério Público, invocando permissivos da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei do Mandado de Segurança, impetrou "ação mandamental" (art. 212, § 2º, da Lei n. 8.069/90) contra ato da Secretária Municipal de Educação de Florianópolis, porque esta teria obstado o acesso à educação da infante Júlia Aparecida da Silveira, a qual almejava lograr matrícula em estabelecimento de ensino subordinado àquela autoridade impetrada. Pleiteou concessão de medida liminar e sua confirmação ao final.

Deferida a medida liminar, prestou informações o digno servidor impetrado, o qual destacou, preliminarmente, a incompetência da Vara da Infância e da Juventude para apreciar o feito, e, no mérito, a higidez do processo de concessão das vagas, que é estritamente abroquelado na capacidade de atendimento dos estabelecimentos de ensino.

Com vista dos autos, o Ministério Público opinou pela concessão definitiva da ordem.

A prestação jurisdicional é positiva.

Irresignado, apelou o município de Florianópolis, reeditando seus articulados.

Manifestou-se também pelo reexame necessário, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Dr. Jobél Braga de Araújo, opinou no sentido do desprovimento do recurso e da remessa.

É o relatório.

A preliminar de incompetência do Juízo da Infância e da Juventude é evidentemente descabida.

Com efeito, a Vara da Infância e da Juventude é competente para apreciar causas referentes ao direito à educação das crianças e adolescentes.

Nesse tópico, já proclamou esta egrégia Corte: "Nos termos do inc. IV do art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Vara da Infância e Juventude tem competência para conhecer das ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente" (AI n. 2001.006570-3, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros).

Quanto ao mérito, é inegável que este Tribunal de Justiça possui di-

versos precedentes que dariam azo ao acolhimento do pleito inicial.

Sem embargo, reproduzo alguns:

"Mandado de segurança – Impetração contra ato de diretora da rede de ensino municipal – Negativa de matrícula – Ordem impetrada com base no Estatuto da Criança e do Adolescente – Competência do Juízo da Infância e Juventude – Direito básico à educação – Direito privilegiado pelo legislador – Ato ilegal – Ordem concedida em primeiro grau – Reexame necessário – Art. 12, parágrafo único, da Lei do Mandado de Segurança – Sentença mantida – Remessa conhecida – Desprovimento do recurso.

"O ato de autoridade ilegal e abusivo contrário às disposições da Constituição Federal (arts. 6º, 205, 208, IV, § 2º, e 227), do Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 4º, 53, V, e 54, IV, § 2º) e da Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96, arts. 4º, IV) é passível de correção pela via restrita do *writ of mandamus*" (ACMS n. 2002.000085-0, da Capital, rel. Des. Monteiro Rocha).

"A Carta Magna estabelece que a Educação é direito público subjetivo de todos e dever do Estado e da família, bem como que o ensino será ministrado com base na igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (arts. 205 e 206, I).

'"Assim, não tem amparo constitucional normas que, a pretexto de regular o preenchimento de vagas, não concedem oportunidades iguais para todos os interessados em ingressar na rede pública de ensino' (TJDF, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 964/98, rel. Des. José Divino)" (ACMS n. 1998.008503-9, da Capital).

Há decisão deste colendo Órgão Julgador, inclusive, que decidiu situação semelhante em sentido análogo, deste relator: "A teor do insculpido no art. 205 da Constituição da República, 'a educação é direito de todos e dever do Estado e da família'" (ACMS n. 2002.025128-9, de Chapecó).

Todavia, naquele caso, havia peculiaridade que restou desde logo frisada na subementa: "Comprovada a inobservância do critério no provimento das vagas escolares, surge cristalino o direito líquido e certo a ser amparado pela via do mandado de segurança".

O que está fora de dúvida é que esta Segunda Câmara de Direito Público, outrora Sexta Câmara Civil, consolidou entendimento segundo o seguinte elucidativo julgado, cujo acórdão foi lavrado pelo eminente Des. Luiz Cézar Medeiros:

"1. A disponibilização de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades.

"2. No âmbito do Município, o direito público subjetivo preconizado no § 1º do art. 208 da *Lex Mater*, consistente no 'poder da vontade huma-

na que, protegido e reconhecido pela ordem jurídica, tem por objetivo um bem ou um interesse' (George Jellinek, *apud* José Cretella Júnior. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1993, vol. 8, p. 4.414), somente pode ser invocado em relação ao ensino fundamental.

"3. Ao Poder Judiciário falece competência para interferir na política educacional implementada pelo Poder Executivo, quando esta é derivada de norma programática e não imperativa" (ACMS n. 2002.006812-3, da Capital, j. 24-6-02).

Nesses termos, impossível visualizar direito líquido e certo na pretensão do autor. A bem da verdade, ausente aquele, o processo é de ser extinto sem julgamento do mérito por impossibilidade jurídica do pedido.

Colaciono, finalmente, esta ementa:

"Estatuto da Criança e do Adolescente – Vaga em estabelecimento de ensino pré-escolar – Mandado de segurança – Ministério Público – Direito líquido e certo.

"1. Evidenciado, estreme de dúvidas, que o direito invocado pelo impetrante não se reveste das características de liquidez e certeza, sem as quais não é amparável em sede de mandado de segurança, o processo deve ser liminarmente extinto (Lei n. 1.533/51, art. 8º)" (AI n. 2001.018504-0, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto).

Friso ao rodapé, por entendê-lo conveniente: se a hipótese tratasse de educação fundamental, e não de pré-escola, a prestação jurisdicional, na esteira dos precedentes aqui apresentados, viria em sentido diverso.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para extinguir o processo sem julgamento do mérito, prejudicado o reexame necessário.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto e Luiz Cézar Medeiros, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 11 de agosto de 2003.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.017703-0, DE BLUMENAU

Relator: Des. Luiz Cézar Medeiros

Desapropriação — Perícia judicial irregular — Nova perícia — Persistência de dúvida sobre o "justo preço" — Fixação — Prova documental — CPC, art. 436 — Requisitos da justa indenização — Honorários.

1. O juiz não está adstrito ao laudo pericial oficial, sob pena de o expert *transmudar-se em julgador. Não obstante, para desprezar as conclusões daquele, há que se basear em fundados e convincentes motivos. Havendo sensíveis divergências entre o perito, os assistentes técnicos e as partes acerca do real valor da área desapropriada, e existindo nos autos referência que enseja maior segurança na fixação do* quantum *indenizatório, justifica-se a adoção desse dado em detrimento do resultado da prova experta.*

2. "Os honorários de advogado em desapropriação direta são calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, corrigidas monetariamente" (STJ, Súmula 141).

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% (dez por cento) sobre o valor da condenação ou, como no caso, sobre a diferença entre o valor ofertado pelo desapropriante e aquele estabelecido na decisão judicial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.017703-0, da comarca de Blumenau, em que é apelante Pettenati

S.A. — Indústria de Malhas e Confecções e apelado o município de Blumenau:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para fixar o valor da indenização pela desapropriação em R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), atualizados desde 6-6-1995, mais juros compensatórios contados a partir da data da aquisição do imóvel em hasta pública, e juros de mora a partir do trânsito em julgado da sentença. Vencido o Desembargador Newton Trisotto quanto ao valor da desapropriação. À unanimidade, dar provimento ao recurso da ré para arbitrar os honorários advocatícios em 10% (dez por cento).

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O município de Blumenau aforou ação de desapropriação contra Pettenati S.A. — Indústria de Malhas e Confecções, objetivando desapropriar uma área de terras pertencente à expropriada e que foi declarada de utilidade pública pelo Decreto Municipal n. 1.681/80, alterado em parte pelo Decreto n. 2.358/84.

A produção de prova pericial para estabelecer o valor real do imóvel foi deferida. A perita nomeada pelo Juízo indicou o valor unitário por metro quadrado do terreno litigado em R$ 11,52 (onze reais e cinqüenta e dois centavos), totalizando R$ 705.000,00 (setecentos e cinco mil reais).

O representante do Ministério Público de primeiro grau impugnou a perícia, insurgindo-se contra o laudo técnico em vários pontos: a) incoerências contidas no laudo — a afirmação de que o terreno é provido de rede de água e esgoto, enquanto é público e notório que a cidade de Blumenau só tem rede de esgoto no Bairro Garcia; b) os valores utilizados na comparação foram informados por pessoas que não tinham a intenção de vender os imóveis, o que não configura preço de mercado; este deveria ser extraído da pesquisa em transações efetivamente realizadas na região; c) não há informações precisas sobre os terrenos que foram utilizados na comparação — se são encravados, se possuem benfeitorias, onde é sua exata localização, se estão localizados na cota de enchente —; d) as fotos trazidas no laudo mostram que foi feita grande movimentação de terra, modificando a topografia do terreno; no entanto, a perita não comenta se a terraplanagem foi realizada pelo Município ou pelo antigo proprietário; e) o laudo da perita foi entregue em Juízo em 20 de setembro de 1994, apresentando estudo geral e respondendo aos quesitos elaborados pelo Magistrado. Estranhamente, quebrando a unidade de seu trabalho, a perita só apresentou resposta aos quesitos do proprietário do terreno após a entrega do parecer do assistente técnico do Município; f) a perita não respondeu aos quesitos formulados pelo município de Blumenau. O Promotor de Justiça trouxe ainda aos autos um recorte de jornal, no qual se verifica que um terre-

no situado na BR 470 com 18.800m², em junho de 1997, estava avaliado em R$ 180.000,00, demonstrando que o valor do metro quadrado é bem inferior ao fixado pela perita.

Entendendo irrelevantes os argumentos do representante do *Parquet*, pois "o conteúdo probatório constante dos autos é suficiente para formação do convencimento motivado", o Magistrado sentenciou o feito, consignando no dispositivo:

"Ante o exposto, *julgo procedente* o pedido exordial, fixando a *indenização* com base no laudo confeccionado pelo perito do juízo (fls. 100 a 105), em *R$ 705.000,00* (setecentos e cinco mil reais), acrescida esta importância de *correção monetária* a partir da data da avaliação (1º-8-94) independentemente do prazo ânuo fixado pelo art. 26, § 2º, do Decreto-Lei n. 3.365/41, nesse ponto derrogado pela Lei n. 6.899/81 (*Súmula 67 do STJ*); *juros de mora* de 6% (seis por cento) ao ano a partir do trânsito em julgado dessa decisão (*Súmula 70 do STJ*); *juros compensatórios* de 12% (doze por cento) ao ano devidos sobre o valor da indenização (corrigido monetariamente) a partir da publicação do decreto expropriatório (uma vez que não há nos autos prova da data da ocupação do imóvel ou imissão provisória da posse) até o efetivo pagamento (*Súmula 113 do STJ*); *honorários advocatícios* de 3% (três por cento) sobre o valor fixado na indenização (também corrigido monetariamente) atento ao artigo 20, § 3º, alíneas *a* a *c*; e *honorários do assistente técnico da expropriada* no valor dos recibos acostados à fl. 84 (igualmente corrigido monetariamente), consoante Súmula 69 do extinto TRF.

"As *custas processuais* deverão, outrossim, ser arcadas pelo expropriante (RTJ 77/545; JC 35/321 a 323)".

A expropriada, não contente com a importância fixada pelo Magistrado a título de indenização, interpôs recurso, afirmando que a quantia que retrata o real valor do imóvel em questão é aquela constante no laudo de fl. confeccionado pelo assistente técnico por ela designado no montante de R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

Sustenta ainda que, consoante orientação jurisprudencial pátria, devem os juros legais de 0,5% ao mês incidir cumulativamente aos juros compensatórios, a partir do ajuizamento da ação, quando efetivamente o Município entrou em mora. Também insurge-se quanto à fixação da verba honorária, requerendo a sua fixação em 20% sobre o valor da condenação, quantia que remunera com justiça os serviços prestados pelo profissional.

Da mesma forma, o município de Blumenau interpôs recurso, alegando em preliminar: a) cerceamento de defesa, pois o Magistrado não proporcionou a realização da audiência de instrução e julgamento, o que propiciaria às partes a formulação de quesitos e esclarecimentos complementares à Senhora perita judicial (art. 435 do Código de Processo Civil); b) ne-

cessidade de realização de nova perícia, diante das irregularidades contidas no laudo e detectadas pelo representante do *Parquet*; c) nulidade da decisão, ante a ausência de manifestação do Ministério Público sobre o mérito da demanda; d) ausência de fundamentação da decisão monocrática.

No mérito, assevera que o Magistrado não levou em consideração as condições do imóvel — terreno encravado; acidentado; taxa de ocupação de 50%; a necessidade de grande movimentação de terra para possibilitar a sua ocupação; devendo a sentença ser reformada. Quanto aos honorários, afirmam que estes devem ser fixados sobre a diferença entre o valor oferecido na inicial e aquele determinado em sentença.

Recursos contra-arrazoados, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Doutor Raul Schaefer Filho, manifestou-se pelo desprovimento dos recursos voluntários e pelo provimento parcial da remessa para adequar as verbas relativas aos honorários e custas.

A colenda Quarta Câmara Civil, em acórdão da lavra do Desembargador Cesar Abreu, converteu o julgamento em diligência para que se promova nova perícia, com indicação pelo Magistrado *a quo* de novo perito, fixando o prazo de 90 dias para apresentação do laudo.

Realizada nova perícia, o *expert* avaliou o valor unitário/m² do imóvel em R$ 26,5320 (vinte e seis reais e cinco mil trezentos e vinte milésimos), totalizando R$ 1.578.523,46 (um milhão, quinhentos e setenta e oito mil, quinhentos e vinte e três reais e quarenta e seis centavos).

O município de Blumenau impugnou o laudo técnico, asseverando que não foi intimado para acompanhar a prova pericial, e que somente foi procurado pelo Perito Judicial após a diligência estar concluída, razão pela qual não apôs a sua assinatura. Insurge-se também quanto ao valor fixado, entendendo estar muito acima do valor de mercado, tendo em vista as características do imóvel: a) encravado; b) topografia acidentada; c) quando desapropriado o nível do terreno era inferior ao da BR 470, somente com a terraplanagem efetuada pela Administração é que foi nivelado com a estrada; d) encontra restrições no Plano Diretor do Município. Ao final indica como valor justo do metro quadrado R$ 4,80, sem o aterro e R$ 6,00, já aterrado.

Por sua vez, a expropriada, muito embora advirta que o primitivo e o recente laudo guardam sintonia entre si, pois a quantia de R$ 705.000,00 (setecentos e cinco mil reais) encontrada em agosto de 1994, quando corrigida monetariamente, alcança o valor apurado pelo atual perito. Também não concorda com o valor constatado no laudo de avaliação, posto que muito aquém da realidade. Apresenta, para tanto, as seguintes razões: a) não houve terraplanagem, mas simples remoção de terras, incapaz de comprometer o valor do imó-

vel, visto que não trouxe vantagem ou valorização ao bem; b) o perito reconheceu que o imóvel está situado em zona nobre, livre de enchentes e de grande disputa no mercado; c) o imóvel está depreciado, pois virou aterro sanitário. Destaca, ainda, o laudo de avaliação, elaborado pela própria expropriante (fl. 359), em dezembro de 2000, que fixou o valor do imóvel em R$ 2.170.000,00 (dois milhões, cento e setenta mil reais), razão pela qual a indenização deve corresponder à quantia declarada pela Administração.

O representante do Ministério Público, a exemplo do parecer anteriormente proferido, sustentou estarem presentes na segunda perícia os mesmos defeitos do primeiro laudo apresentado. Por esse motivo, requereu que outro fosse realizado antes que os autos ascendessem ao Tribunal de Justiça.

Instado a manifestar-se sobre o documento apresentado pela expropriada, o Município sustentou que: a) o servidor que forneceu o documento não tem competência para avaliar imóveis para fins de desapropriação; b) em razão da função arrecadadora, o Chefe de Divisão de Renda Imobiliárias fixa o valor do imóvel num patamar elevado para depois efetuar a negociação com o contribuinte, o qual deverá juntar avaliações imobiliárias ou de perito, para daí encontrar o verdadeiro preço de mercado; c) a expropriada agiu de má-fé ao utilizar-se de um terceiro — Oscar Schultz — "que, faltando com a verdade, formulou consulta para pagamento de imposto de transmissão de um imóvel que não lhe pertence e que não está à venda, sendo inclusive inalienável. Agora, pretende a expropriada utilizar em seu favor referido documento que obteve induzindo o servidor público do Município em erro, em afronta aos princípios éticos e da lealdade processual".

Tendo em vista a alteração das competências pelo Ato Regimental n. 41/2000, com as alterações do Ato Regimental n. 50/2000, o processo foi redistribuído para este Órgão Fracionário (fls. 413 a 415).

O Ministério Público de segundo grau reiterou os termos da manifestação de fls. 261 a 266.

II — Voto

1. Das preliminares suscitadas pelo município de Blumenau

1.1. Do cerceamento de defesa

Na verdade, a determinação para que fosse realizada nova perícia prejudicou a argüição do Município, pois a sua irresignação, nesse tópico, está centrada no fato de o Meritíssimo Juiz ter julgado o feito sem a realização de audiência de instrução, em que as conclusões do perito judicial pudessem ser questionadas e esclarecidas.

Mesmo que assim não fosse, o teor do primeiro laudo avaliatório, em confronto com as impugnações patrocinadas pelo expropriante, permite a conclusão de que a questão não po-

deria ser resolvida com a simples providência inscrita no art. 24 do Decreto-Lei n. 3.365/41. O que era necessário, e isso acabou sendo acolhido pela colenda Quarta Câmara Civil, seria a realização de uma nova perícia que, como se verá, também não foi eficaz para sanar as dúvidas que angustiavam o ente público e o membro do *Parquet* de primeira instância.

1.2. Da realização de nova perícia

Conforme antes referido, a realização de nova perícia restou atendida, conforme se depreende do acórdão de fls. 275 a 281, em que foi relator o eminente Desembargador Cesar Abreu, cujo sumário ficou assim ementado:

"Apelação. Desapropriação. Divergência sobre o *quantum* da indenização. Laudos periciais. Diferenças entre o laudo oficial e os apresentados pelos assistentes técnicos que superam o índice de 100%. Conceito de justa indenização. Controvérsia a exigir nova perícia. Inteligência do art. 437 do CPC. Situação fática dependente de critérios técnicos que a câmara não pode superar sem o auxílio de outro profissional. Conversão do julgamento em diligência. Aplicação do art. 116 do RITJSC.

"O avaliador deve ter o cuidado de aferir o resultado encontrado à vista dos vários fatores de influência. Diferenças para mais ou para menos de até 10% são perfeitamente compreensíveis, dependendo da grandeza da avaliação. Superado esse percentual, quando os peritos estão vinculados metodologicamente, não resta ao magistrado outra opção a não ser a de obrigar a realização de nova perícia".

Constata-se que o Município não ficou satisfeito também com relação à segunda perícia e clama por uma terceira, inclusive suscitando a nulidade daquela, porque seu assistente sequer foi notificado para acompanhar a diligência.

Como a questão relacionada à necessidade ou não de uma terceira perícia — conforme pugnam o Ministério Público de primeiro grau e o Município — será objeto da análise de mérito, pois a providência se mostrará dispensável se os julgadores se sentirem habilitados a arbitrar o valor que entendam como justo, deixa-se o exame para o momento próprio.

De qualquer modo, é bom que se frise que a diligência probatória foi efetivada quando ainda não vigiam as alterações decorrentes da Lei n. 10.358, de 27 de dezembro de 2001, que criou o art. 431-A, com a seguinte redação: "As partes terão ciência da data e local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova".

Antes disso, como é sabido, não havia disposição expressa obrigando a intimação dos assistentes sobre a data em que o *expert* oficial realizaria a perícia.

1.3. Da ausência de manifestação do Ministério Público sobre o mérito da demanda

Competiria ao Ministério Público suscitar essa nulidade. A manifestação *a posteriori* do Promotor de Justiça em primeiro grau — Doutor Hélio Fiamoncini — e a do Doutor Procurador de Justiça, sem reiterar a causa de nulidade, supre a contento a alegada falta de intervenção ministerial.

Afasta-se também essa prejudicial.

1.4. Da falta de fundamentação da decisão monocrática

Novamente, sem razão o Município.

O Meritíssimo Juiz declinou com clareza quais os motivos que o levaram a acolher os termos da perícia oficial para a fixação do valor da indenização. Explicitou Sua Excelência, de forma minudente, porque deixava de acolher o pleito do Ministério Público, as considerações do Município e as conclusões dos assistentes técnicos.

Restaram obedecidas fielmente as disposições do art. 458 do Código de Processo Civil, bem assim aquelas definidas no art. 27 da Lei das Desapropriações.

2. Do mérito dos recursos

Conforme se depreende dos autos, o imóvel está localizado próximo ao cruzamento da Rodovia BR 470 com a Rodovia Guilherme Jensen, e foi desapropriado pelo Decreto n. 1.681, de 28 de novembro de 1980, alterado em parte (nome do desapropriado) pelo Decreto n. 2.358, de 12 de novembro de 1984. A área total expropriada compreende um total de 59.495,08m², tendo o Município ofertado Cr$ 75.858.000,00 (setenta e cinco milhões, oitocentos e cinqüenta e oito mil cruzeiros).

Também consta dos autos que a empresa-ré — Pettenati S.A. — Indústria de Malhas e Confecções — adquiriu o citado bem em arrematação judicial, pelo valor de Cr$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de cruzeiros), em 4 de setembro de 1984, que, segundo noticiado (fls. 233 e 234), representaria em 1998 (data do primeiro laudo) algo em torno de R$ 148.000,00 (cento e quarenta e oito mil reais). Na verdade, apenas à guisa de esclarecimento, aplicando-se os índices fornecidos pela Corregedoria-Geral de Justiça, o valor pago pela arrematante, se atualizado de 4-9-84 a 1º-9-98, totalizaria, com juros, o valor de R$ 58.763,53 (cinqüenta e oito mil, setecentos e sessenta e três reais e cinqüenta e três centavos) e sem os juros R$ 31.936,70 (trinta e um mil, novecentos e trinta e seis reais e setenta centavos).

Cumpre destacar que o citado Decreto n. 1.681/80, além da área então pertencente a Oscar Schulz, desapropriou também a área contígua de Alex Mette, num total de 66.617,50m².

O primeiro laudo (fl. 100), datado de 1º de agosto de 1994, chegou ao valor de R$ 705.000,00 (setecen-

tos e cinco mil reais), tendo o assistente técnico do Município (fl. 130) chegado ao valor de R$ 170.000,00 (cento e setenta mil) e o da expropriada (fl. 143) em U$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil dólares americanos). O resultado da perícia foi impugnado por ambas as partes e, inclusive, pelo doutor Promotor de Justiça.

O Município em sua impugnação (fls. 126 e 127) asseverou que o valor constante do laudo não condiz com a realidade e, com suporte nas informações de seu assistente técnico, mais as avaliações realizadas por imobiliárias idôneas, sustenta que o valor real do bem oscilaria entre R$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais) e R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), muito aquém do importe informado pela *expert* oficial.

Das avaliações trazidas pelo assistente do Município, colhe-se o seguinte:

a) Medial Assessoria Imobiliária Ltda. (fl. 138) — 29-9-93 — Cr$ 18.600.000,00;

b) Marajoara Empreendimentos Imobiliários Ltda. (fl. 140) — 14-12-94 — R$ 200.000,00;

c) H. R. Imóveis Ltda. (fl. 144) — 29-9-93 — Cr$ 22.132.140,00.

A empresa Pettenati louva sua contestação na conclusão de seu assistente que, embora tenha indicado o valor de U$ 1.500.000,00, trouxe aos autos duas avaliações com valores diferentes:

a) Imobiliária Casagrande Ltda. (fl. 145) — 31-5-95 — R$ 1.050.000,00;

b) Imobiliária e Empreendimento Continental Ltda. (fl. 146) — R$ 810.000,00.

Vale salientar que não obstante o preço informado pelo perito assistente, a expropriada concorda com o valor de R$ 1.300.000,00, portanto, um quarto referencial de "justo preço".

O doutor Luiz Carlos Schmidt de Carvalho, saudoso e combativo Promotor de Justiça, em minudente análise, registrou de forma convincente os argumentos de sua discordância com os termos da perícia judicial:

"2. Da Análise do Laudo Pericial

"Analisando o laudo pericial (fls. 100 *usque* 105), o Ministério Público deseja registrar os seguintes pontos:

"1. No primeiro parágrafo de fl. 101, a douta perita informa que o imóvel não possui acesso à rua principal, havendo apenas uma via projetada e, portanto, o imóvel 'é considerado encravado'.

"No segundo parágrafo informa que o local é servido com coleta de lixo (talvez por ficar ao lado do 'lixão' municipal), iluminação pública, energia elétrica, rede de água e esgoto (quando é público e notório que a cidade só tem rede de esgoto no Bairro Garcia), telefone, transporte coletivo, rede viária com pavimentação asfáltica.

"Portanto, existe, no mínimo, incoerência entre as duas afirmativas.

Aliás, o croqui de fl. 115 comprova ser um imóvel encravado.

"2. O método utilizado para a elaboração da avaliação foi o comparativo. Entretanto, a própria perita informa que os terrenos pesquisados não 'estavam à venda em imobiliárias, motivo pelo qual para obtenção de valores 'entrou' em contato direto com seus proprietários' (fl. 102 — três primeiras linhas).

"Ora, é corriqueiro que o preço de mercado não pode ser obtido através de pesquisa de valor informado por quem não quer ou não precisa vender seu imóvel. Assim, o preço de mercado deve ser buscado nas transações efetivamente realizadas na região.

"Aliás, apesar de na quarta e quinta linhas, da mesma página, informar que os imóveis utilizados como parâmetro 'encontram-se localizados em sua vizinhança próxima, como mostra na planta de localização (anexo 2)' este órgão não encontrou dados para identificá-los ou aos proprietários que prestaram as informações.

"O anexo 2 (fl. 107) é o quadro de homogeneização da pesquisa e o anexo II é a cópia do carnê do IPTU.

"3. Utilizando o método comparativo que procedeu, segundo informou, pesquisa com cinco proprietários de imóveis próximos, a douta perita chegou ao valor matemático de R$ 705.000,00 (fl. 102 — última linha).

"Coincidentemente, a avaliação de três empresas do ramo imobiliário aproximavam-se deste valor R$ 700.000,00 (fl. 110), R$ 680.000,00 (fl. 111) e R$ 710.000,00 (fl. 112).

"3. No terceiro parágrafo de fls. 101 é informado que o imóvel é classificado no zoneamento ZR-1, mas não constam as restrições de uso apresentadas pela Assessoria de Planejamento, isto é, o seu uso 'permitido com restrições para uso recreacional [...]' (fls. 115 verso).

"4. As fotos mostram áreas em que foi feito 'grande movimento de terra realizado, modificando assim a topografia original do terreno' (fl. 120). Ora, na avaliação é necessário informar quem fez a 'grande movimentação de terra'. Foi o Município? Ou o antigo proprietário? A terraplanagem valorizou o imóvel, a quem irá beneficiar?

"5. A cópia do mapa (juntado à fl. 121) indicando os locais equivalentes aos pontos registrados pelas fotos, apesar de não indicar o imóvel, demonstra que aquela é uma área de topografia acidentada. Mesmo um leigo, como este Promotor de Justiça, identifica que a BR 470 está numa cota de 19,20m a 20,05m. Desta rodovia até os pontos das fotos, o mapa, que não tem data, indica pontos de 8,5 metros a 50 metros de altura.

"No mapa de fl. 122, no qual consta a legenda 'mapa com a localização do terreno', apesar da suposição de que efetivamente contém a área desapropriada, não há indicação clara dos seus limites.

"6. O laudo da perita foi entregue em Juízo em 20 de setembro de

1994 (protocolo, fl. 100) apresentando o estudo geral e respondendo os quesitos elaborados pelo Meritíssimo Juiz de Direito.

"Estranhamente, quebrando a unidade de seu trabalho, só apresentou resposta aos quesitos do proprietário do terreno em 22 de março de 1995 (fl. 135), após a entrega do parecer do assistente técnico do Município (em 16 de dezembro de 1994 — fl. 129).

"Não respondeu aos quesitos do Município, apresentados às fls. 44 e 45. O Ministério Público não foi intimado para apresentar quesito, mas esta nulidade entendo sanada pela intervenção de fl. 97 e porque entendo que os quesitos apresentados esgotam as questões a serem respondidas pelos expertos.

"7. Confrontando-se os valores do laudo do perito com os apresentados pelos assistentes técnicos das partes, como costuma acontecer nestes casos, verifica-se distâncias astronômicas.

"O assistente do Poder Público indica R$ 170.000,00 sem aterro, e R$ 120.000,00 computados os serviços de terraplanagem (fl. 130 — quesito letra *e*).

"Registre-se que este último assistente técnico indicou, no referido quesito, uma transação de imóvel próximo à área desapropriada. Contudo não trouxe qualquer prova aos autos, conforme deveria ter diligentemente procedido. As próprias avaliações que juntou aos autos são de valores muito inferiores aos da sua avaliação.

"3. Da Constatação do Ministério Público

"De uma simples pesquisa nos classificados da imprensa local, edição de 1º e 2 de junho do corrente, os estagiários desta Instituição localizaram o anúncio de um imóvel localizado na BR 470. Isso demonstra a existência de efetivas ofertas de imóveis na região.

"Dessa forma é requerida a juntada do incluso recorte de jornal.

"4. Da Posição do Ministério Público

"Diante da análise que apresentou sobre o laudo pericial e da constatação de sua pesquisa, o Ministério Público posiciona-se para que Vossa Excelência determine, na forma do artigo 437 do Código de Processo Civil, a realização de nova perícia".

Urgia, evidentemente, a realização de uma nova perícia, e isso, como já aventado, foi determinado no âmbito de diligência recursal. Com os acentuados desencontros e imprecisões contidos naquele laudo, não há firmar um convencimento seguro acerca do "justo preço".

Infelizmente, essa dificuldade em nada foi atenuada com o segundo laudo. As dúvidas sobre o acerto do valor apontado pelo perito persistem, se é que não aumentaram. Os elementos constantes dos autos e os fortes argumentos deduzidos pelo Município e pelo Ministério Público de primeiro grau, apoiados em documentos veros-

símeis, ao mesmo tempo em que infirmam convincentemente o valor apurado pela perícia judicial, permitem o arbitramento de um valor que reflita o critério da "justa indenização", e na concepção de José Carlos de Moraes Salles, "para que haja justeza e justiça na indenização é preciso que se reponha o patrimônio do expropriado com quantia que corresponda, exatamente, ao desfalque por ele sofrido em decorrência da expropriação. Não se deverá atribuir ao desapropriado nem mais nem menos do que se lhe subtraiu, porque a expropriação não deve ser o instrumento de enriquecimento ou empobrecimento do expropriante ou expropriado" (A desapropriação à luz da doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 470).

Com efeito, o valor do terreno foi avaliado em R$ 1.578.523,46 (um milhão, quinhentos e setenta e oito mil, quinhentos e vinte e três reais e quarenta e seis centavos), ou seja, R$ 26,5320 por metro quadrado, isso considerando a terraplenagem; sem ela, o valor seria de R$ 1.452.220,00 (um milhão, quatrocentos e cinqüenta e dois mil e duzentos e vinte cruzeiros).

O Município afirma que o perito, após responder aos questionamentos das partes e juntar um anexo com descrições de imóveis à venda na região, fixou o valor do imóvel expropriado bem acima do praticado pelo mercado, em contradição com os próprios argumentos e valores que apresentou no laudo. Não se pode perder de vista que o perito judicial levou em consideração as condições do terreno antes e depois da desapropriação, conforme expressou no item 4.2 do laudo pericial (fl. 319):

"4.2 — Considerações Necessárias para Avaliação

"O zoneamento adotado atualmente desvaloriza sensivelmente o bem avaliado, pois mais de 50% da área do terreno destina-se à Zona Recreacional Urbana, com grandes restrições ao seu uso, uma vez que se destina principalmente a instalações de parques públicos, com o intuito de preservá-las para não ocorrer ocupações indadequadas e dotar o Município de áreas públicas de lazer.

"Considerando ainda que: a) no início da ação de desapropriação o imóvel não sofria restrições, estando inclusive liberado para construção de indústrias, b) o terreno vem sofrendo constantes alterações em relação ao seu perfil original, pois o Município promoveu movimentação da terra (cortes e aterros) em toda região, para serviços de aterro sanitário, destinado ao depósito de lixo urbano, faz-se necessárias as seguintes considerações:

"a) o terreno será avaliado conforme característica de zoneamento predominante na região, e como caracterizava-se no início da ação;

"b) considerar-se-á as características planialtimétricas atuais do terreno, pois é sabido que o terreno sofreu várias alterações no seu perfil topográfico".

Há uma evidente contradição no laudo em questão: a avaliação foi feita com base no preço atual, mas levou em conta a ausência de restrições existentes na época da desapropriação. Ora, na época em que o decreto desapropriatório foi expedido, pelo que consta, realmente não existiam as circunstâncias restritivas de hoje. No entanto, a realidade de mercado era totalmente diferente dos dias atuais, ou, mais precisamente, da época em que a perícia foi realizada. Tanto é assim que a empresa expropriada pagou em arrematação valor inferior ao ofertado pelo Município (Cr$ 40.000.000,00 contra Cr$ 75.858.000,00).

Em busca do valor que mais se aproxima do real, questiona-se: se a área não tivesse sido desapropriada, quanto valeria hoje? Certamente um preço que considerasse as restrições legais para edificações, o encravamento do terreno, a proximidade com o aterro sanitário, enfim, certamente, bem inferior ao que consta do laudo impugnado. Conclui-se, pois, se tomada como base à época da desapropriação, mesmo sem restrições e causas depreciativas que surgiram após, o valor seria infinitamente menor. Se levada em conta a situação atual, da mesma forma, o preço seria orçado em valor consideravelmente menor.

Logo, o laudo não contempla aquilo que possa ser chamado de "preço justo", principalmente se considerado que sobre ele incidirão juros de mora, correção e juros compensatórios.

Acrescenta-se a isso que o próprio perito juntou pesquisa de mercado (fl. 333) dando conta de uma variação de preço que oscila de R$ 7,50 a R$ 54,84 o metro quadrado para áreas colocadas à venda na mesma região. Em sua maioria, os valores se situam entre R$ 10,00 e R$ 16,25 o metro quadrado. Não há explicação ou fundamentação que justifique o patamar de R$ 26,53 o metro quadrado.

O assistente técnico do Município, ao impugnar o laudo do perito do Juízo, dentre outras considerações já aventadas, noticiou que o Município adquiriu, por meio de desapropriação amigável, dois imóveis contíguos ao imóvel avaliado, de propriedade do Senhor Ottwin Mette, que foi inclusive mencionado pelo *expert* oficial na resposta ao quesito n. 2 da expropriada. A alienação deu-se em maio de 2000, e o preço pago correspondeu a R$ 4,00 (quatro reais) o metro quadrado.

Por isso, entende que "tendo por base o valor de mercado e a análise feita de imóveis comercializados e disponíveis para comercialização nas imediações, muitos deles inclusive mencionados na tabela de amostragem, juntada pelo Sr. Perito, conclui-se que o valor justo do imóvel desapropriado é o de R$ 4,80 (quatro reais e oitenta centavos) o metro quadrado, sem o aterro, totalizando R$ 285.576,38 (duzentos e oitenta e cinco mil, quinhentos e setenta e seis reais e trinta e oito centavos) e R$ 6,00 (seis reais) o metro quadrado, com o aterro efetuado pelo Município, totalizando R$ 356.970,46 (trezentos e cinqüenta e seis mil, novecentos e

setenta reais e quarenta e seis centavos)".

A expropriada rebateu os argumentos do Município, aduzindo que o valor obtido na primeira perícia realizada em agosto de 1994 (R$ 705.000,00) alcança aproximadamente o valor apurado na atual (R$ 1.578.523,46). Pretende, no entanto, o valor de R$ 2.170.000,00 (dois milhões, cento e setenta mil reais), que teria sido fornecido pelo próprio Município para fins fiscais (doc., fl. 359).

A toda evidência, citado documento não pode servir de parâmetro. Além dos argumentos expendidos pelo Município no sentido da incompetência do funcionário que o subscreveu, a finalidade e a especificação fornecidas não permitem a conclusão segura de que o orçamento para fins de escritura referia-se ao mesmo imóvel.

Estranhamente, ou coincidentemente, o requerente do citado orçamento, figurando na condição de "adquirente/cessionário", foi o ex-proprietário do imóvel — Senhor Oscar Schulz e sua esposa. Isso mesmo, exatamente as pessoas de quem a expropriante arrematou o bem em hasta pública. Interessante também que no documento consta como sendo o imóvel localizado perto do terminal urbano, sem qualquer menção a outros pontos de referência, como, por exemplo, a proximidade do aterro sanitário.

De qualquer forma, não só pelo modo peculiar como foi emitido, o indigitado orçamento não pode servir de base para a aferição do "justo preço".

Como noticiado anteriormente, está provado nos autos (fls. 364 e 365) que o município de Blumenau adquiriu de Ottwin e Ilka Mette duas áreas contíguas — 39.677,17m^2 e 20.468,83m^2 — totalizando 60.146,00m^2, pelo preço respectivo de R$ 158.000,00 (cento e cinqüenta e oito mil reais) e R$ 82.000,00 (oitenta e dois mil reais) — R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) no total.

Nota-se, e isso é importante porque faz parte da objeção da expropriada, que a escritura de fls. 366 e 367 registra que os valores da transação foram pagos em 6 de junho de 1995.

É razoável, assim, aceitar-se esse valor — R$ 240.000,00 — como sendo um valor confiável, representativo do *quantum* que traduz o desiderato da indenização justa. A área é limítrofe e praticamente idêntica no que diz respeito à localização e à metragem. Se o preço foi bom para Ottwin Mette, também o será para a Pettenati. Ante todos os desencontros patrocinados pelos peritos — primeiro e segundo — o valor em questão se mostra como um referencial mais seguro e ajustado aos preços operados pelo mercado.

E não há dizer — como argumentado pela expropriada — que esse importe, por ter resultado de acordo amigável, não espelha o valor real. Ao contrário, considerando a data do pa-

gamento e os dados sobre preços de mercado insertos nos autos, pode-se até dizer que o valor está um pouco acima do usual na região.

Para se ter uma idéia, veja-se os valores referente às pesquisas patrocinadas pelo Doutor Hélio Fiamoncini — ilustre Promotor de Justiça que também oficiou nos autos:

a) Portal Imóveis (fl. 380) — terreno de 63.000m² — R$ 2,38m² — R$ 150.000,00;

b) Portal Imóveis (fl. 381) — terreno de 73.753,41m², com área construída de 375,00m², galpão prémoldado de 25mx15m — R$ 5,50m² — R$ 400.000,00;

c) Portal Imóveis (fl. 382) — terreno de 55.000m² — R$ 1,00m² — R$ 55.000,00;

d) Portal Imóveis (fl. 383) — terreno de 65.000m² – R$ 1,46m² — R$ 95.000,00.

Volto a frisar: a referência com base no preço pago pelas terras contíguas que pertenciam a Ottwin Mette é a que está em maior consonância com aqueles praticados pelo mercado e que, a despeito do contido nos dois laudos periciais, é o que representa, com maior segurança, a "justa indenização", significando que "ela há de corresponder ao mais completo ressarcimento possível do dano sofrido. Ela há de corresponder obviamente ao valor de mercado do bem, ao *quantum* necessário para aquisição de outro com características tanto quanto possível idênticas" (Celso Ribeiro Bastos. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva. 1989. Vol. 2, p. 131).

Como se viu, com a indenização estabelecida no patamar indicado, acrescida dos juros compensatórios e moratórios, a expropriada não só terá condições de comprar uma das áreas equivalentes disponíveis à venda, como obterá vantagem econômica. Esta é a função da "justa indenização", conforme o enfoque constitucional abordado pelo doutrinador acima citado.

Como é cediço, o juiz não está adstrito ao laudo do perito oficial, pena de transferir-se o julgamento a este; mas, para desprezá-lo, há de se basear em fundados motivos. Havendo sensíveis divergências entre o perito, os assistentes técnicos e as partes acerca do real valor da área desapropriada, e existindo nos autos referência que enseja maior segurança na fixação do *quantum* indenizatório, justifica-se a adoção desse dado em detrimento da conclusão do *expert* oficial.

Sobre a possibilidade de o juiz afastar-se do laudo pericial e a necessidade de sólida justificativa para esse proceder, como ocorre, *in casu*, o eminente Desembargador Francisco Oliveira Filho, no corpo do acórdão da Apelação Cível n. 2002.004.263-3, afirmou:

"Ademais, em se tratando de desapropriação, a perícia oficial (e não a conduzida pela parte) possui um elevado valor probatório, de modo que o juiz, ao afastar as conclusões do

experto para fixar o montante indenizatório, deve justificar a sua decisão, fundamentando-a em fatos concretos que demonstrem ser outro o valor correto".

Deve-se ter em mente a regra do art. 436 do Código de Processo Civil que dispõe:

"Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos".

Esse preceito, na verdade, é uma decorrência do princípio do livre convencimento motivado que o estatuto processual consagrou no art. 131: "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

Sobre o assunto, ensina Ovídio A. Baptista da Silva:

"O sistema da persuasão racional da prova, embora aceite em geral a tese do livre convencimento, impõe certas restrições à legitimidade da formação do convencimento judicial. Fundamentalmente, impõe ao juiz a observância de regras lógicas e das máximas de experiência comum, considerando ilegítima, por exemplo, uma convicção que o juiz haja formado exclusivamente com base numa intuição pessoal, incapaz de ser justificada segundo regras lógicas e de senso comum.

"A distinção fundamental entre este sistema e o denominado sistema de livre convencimento está em que, naquele, o juiz tem o dever de fundamentar sua decisão, indicando os motivos e as circunstâncias que o levaram a admitir a veracidade dos fatos em que o mesmo baseara a sua decisão. Cumpre-lhe indicar, na sentença, os elementos de prova com que formou sua convicção, de tal modo que a conclusão sentencial guarde coerência lógica com a prova constante dos autos. Esta exigência naturalmente limita a completa liberdade que o sistema de livre convencimento lhe daria.

"Em verdade, segundo o sistema de persuasão racional, o juiz deve julgar — como no sistema da prova legal — *secundum allegata et probata*, porém sem as peias que poderiam ser-lhe impostas pela exigência do tarifamento legal da prova, permitindo-se que o julgador, embora preso à prova constante nos autos, possa apreciá-la livremente segundo seu íntimo convencimento (Lessona, ob. cit., p. 344)" (Curso de processo civil: processo de conhecimento. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, vol. 1, p. 350 e 351).

Esclarecem ainda Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

"Livre convencimento motivado. O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula *pleno jure* (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de

fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto" (Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 10-3-1999. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 608).

A prova técnica, com efeito, normalmente representa importante subsídio para a formação do convencimento do juiz. No entanto, cabe ao magistrado apreciá-la livremente, podendo inclusive decidir distinta ou contrariamente ao laudo pericial se houver nos autos elementos que ele reputar mais relevantes para o deslinde da *quaestio*.

Dispõe o art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365/41: "O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles aufere o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; o valor venal dos bens da mesma espécie dos últimos cinco anos e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu".

As exigências delineadas no aludido dispositivo legal também restam satisfeitas com a adoção do valor de R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), tendo como base a data em que foi efetuado o pagamento mencionado na escritura pública de fls. 366 e 367, ou seja, 16-6-95. Dessa data em diante, para que seja preservado o valor real, deve incidir a correção monetária. Quanto aos juros compensatórios, a incidência deverá ter como marco inicial a data da arrematação judicial — 4 de setembro de 1984 —, pois somente a partir daí é que a empresa Pettenati passou a ter direito de disposição sobre o bem. Se verdadeiro que tinha intenção de construir no local uma fábrica, a restrição e a privação de utilização só ocorreram a partir da aquisição, que aliás deu-se quando o imóvel já havia sido desapropriado. A compensação decorrente, portanto, só se justifica a partir daquela data. Antes disso, seria a viabilização de enriquecimento sem causa, já que nada haveria a compensar.

3. Dos honorários advocatícios

Sobre os honorários, assiste razão ao Município quando afirma que o percentual fixado pelo Juiz deverá incidir sobre a diferença do valor ofertado e o estabelecido na decisão judicial.

Nesse sentido é a Súmula 141 do Superior Tribunal de Justiça:

"Os honorários de advogado em desapropriação direta são calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, corrigidas monetariamente".

Já a expropriada, em seu recurso, insurge-se contra a fixação dos honorários advocatícios em 3% sobre

valor da indenização estipulado na sentença. Entende serem irrisórios, pelo que postula sua majoração para 20% (vinte por cento).

Acentua-se, de início, que os honorários advocatícios, em se tratando de condenação da Fazenda Pública, impõem-se fixados nos moldes preconizados no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, que preceitua:

"Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior".

Destarte, de acordo com a transcrita enunciação legal, os honorários advocatícios hão de ser fixados não, necessariamente, na sua forma percentual, consideradas as circunstâncias referidas no art. 20, § 3º, letras *a* a *c* do Código de Processo Civil.

Acerca do tema, ensina Yussef Said Cahali:

"Verificada a hipótese de causa de pequeno valor ou de valor inestimável, de sentença em que não há condenação ou de sucumbência da Fazenda Pública, o arbitramento dos honorários segundo o critério da eqüidade não se desvincula da consideração do grau de zelo do profissional, da natureza e importância da causa, do trabalho realizado pelo advogado e do tempo despendido na sua prestação; assim o determina o § 4º do art. 20, na expressa remissão que faz aos fatores informativos indicados no § 3º, letras *a*, *b* e *c*" (Honorários Advocatícios, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 495).

Referindo-se ao disposto no § 1º do art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365/41, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

"Processo civil. Honorários de advogado. Desapropriação.

"1. Base de cálculo. Decreto-Lei n. 3.365, de 1941, art. 27, § 1º.

"Na ação de desapropriação, a base de cálculo dos honorários advocatícios é a diferença entre o preço oferecido e o montante da indenização, ambos corrigidos monetariamente, nisso se esgotando a regra especial prevista no artigo 27, parágrafo 1º, do Decreto-Lei n. 3.365, de 1941.

"2. Arbitramento. CPC, art. 20, parágrafo 4º.

"O arbitramento dos honorários de advogado, nessa hipótese, deve observar o disposto no artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, estando afeto exclusivamente às instancias ordinárias, porque 'a apreciação eqüitativa do juiz' (expressões utilizadas pela lei) constitui conceito jurídico indeterminado, dependente sempre do caso concreto, a cujas peculiaridades o recurso especial não pode descer. Agravo regimental improvido" (AGA n. 178.508/SP, Min. Ari Pargendler) (não grifado no original)

Assim, é certo que não pode a verba honorária ser fixada em valor excessivamente modesto, sob pena de aviltar-se o trabalho efetuado pelo advogado. A fixação dos honorários deve observar as circunstâncias da presente ação — tempo, complexidade, repetição de perícias, empenho do causídico — de forma que se afigura inadequada a verba honorária fixada. Demais, "honorários advocatícios de 3% sobre a diferença da indenização e do valor da oferta, sem qualquer justificativa convincente, avilta a profissão advocatícia" (STJ — RT 737/210).

Neste Tribunal "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. 99.012709-5, Des. Sérgio Paladino).

Desse modo, reforma-se a sentença para fixar os honorários em 10% (dez por cento) sobre a diferença do valor ofertado pelo Município e o *quantum* estabelecido nesta decisão.

4. Ante o exposto, dou provimento ao recurso do Município para fixar o valor da indenização pela desapropriação em R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), atualizados desde 6-6-1995 (data constante do documento de fls. 366 e 367), mais juros compensatórios de 12% (doze por cento) ao ano, contados a partir da data da aquisição do imóvel em hasta pública (4 de setembro de 1984), e juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, a partir do trânsito em julgado da sentença. Dou provimento também ao recurso da empresa Pettenati S.A. — Indústria de Malhas e Confecções para arbitrar os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre a diferença do valor ofertado e o *quantum* indenizatório ora estabelecido, devidamente corrigidos. Conforme estabelecido na sentença, o ente público deverá responder também pelos honorários periciais do assistente indicado pela expropriada, igualmente corrigidos. O Município está isento do pagamento das custas processuais (LC n. 156/97 com as alterações da LC n. 161/97).

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por maioria de votos, deram provimento ao recurso para fixar o valor da indenização pela desapropriação em R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), atualizados desde 6-6-1995, mais juros compensatórios contados a partir da data da aquisição do imóvel em hasta pública, e juros de mora a partir do trânsito em julgado da sentença. Vencido o Desembargador Newton Trisotto quanto ao valor da desapropriação. À unanimidade, deram provimento ao recurso da ré para arbitrar os honorários advocatícios em 10% (dez por cento).

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Janke e, com voto vencido, o Exmo Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça

lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 10 de fevereiro de 2003.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente para o acórdão;
Luiz Cézar Medeiros,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto:

1. O imóvel objeto da lide foi declarado de utilidade pública em 28-11-80 (fls. 5 e 6). Quatro anos depois, mais precisamente em 4-9-84, a demandada arrematou-o (fls. 8 a 10) pelo valor do seu crédito: Cr$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de cruzeiros).

Tenho que a indenização deve corresponder ao *quantum* desembolsado pela arrematante, acrescido de juros compensatórios (12% a.a.) e de correção monetária.

2. São estas as razões do dissenso.

Newton Trisotto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.001580-6, DE PALMITOS

Relator: Juiz Jaime Ramos

Apelação cível – Execução fiscal – Suspensão e arquivamento administrativo – Posterior redirecionamento contra sócio-gerente – Prescrição intercorrente – Sentença de extinção do feito mantida – Recurso desprovido – Isenção, de ofício, das custas processuais.

1. Citada a pessoa jurídica executada e não encontrados bens passíveis de penhora, deve a execução fiscal ser suspensa nos termos do art. 40 da Lei n. 6.830/80 pelo prazo de 1 (um) ano, em que também fica suspensa a prescrição. Decorrido o referido prazo, sem que o exeqüente dê prosseguimento à execução fiscal, arquivam-se administrativamente os autos (§ 2º) e a prescrição volta a ter seu curso normal. A qualquer tempo pode o exeqüente requerer o desarquivamento e a continuação da execução (§ 3º), enquanto não decorrer o prazo da prescrição. Conseqüentemente, essa providência não será admitida após o decurso do lapso prescricional. Deve ser declarada, pois, a prescrição intercorrente da ação de execução fiscal, se o prosseguimento dela, com a citação e a penhora de bens do sócio-gerente, somente se verifica após

transcorridos mais de 18 (dezoito) anos da citação da empresa devedora e do próprio arquivamento.

2. Na execução fiscal, a Fazenda Pública é isenta do pagamento de custas e emolumentos (art. 39 da LEF e arts. 33 e 35, alínea h*, da Lei Complementar Estadual n. 156/97, com redação dada pela Lei Complementar Estadual n. 161/97).*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.001580-6, da comarca de Palmitos, em que é apelante o Estado de Santa Catarina e apelada Asta Brunhilde Ahlf:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário, não conhecer do reexame necessário e, de ofício, isentar o Estado do pagamento das custas processuais.

Custas de lei.

I — Relatório

No Juízo da Vara Única da comarca de Palmitos, em data de 9-4-1980, o Estado de Santa Catarina promoveu execução fiscal contra Comércio de Roupas, Armarinhos e Bijouterias Xereta Ltda. para cobrar-lhe a dívida fiscal no valor de Cr$ 162.357,19.

Citada a executada na pessoa de uma de suas sócias-gerentes, em 23-9-1981, deixou-se de efetivar a penhora em vista da inexistência de bens penhoráveis.

A execução fiscal permaneceu suspensa e, como não se deu andamento, em data de 14-4-1982 foi determinado seu arquivamento administrativo, com base no art. 40, § 2º, da Lei n. 6.830/80. Os autos foram arquivados em 4-8-1982.

Posteriormente, em 14-4-2000, o exeqüente requereu o prosseguimento da execução fiscal com a citação de uma sócia-gerente da executada e a penhora de bens de sua propriedade.

Citada a sócia-gerente Asta Brunhilde Ahlf e penhorados seus bens, ela opôs embargos do devedor, pleiteando, preliminarmente, o reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam* e, no mérito, o da prescrição intercorrente, uma vez que a ação de execução fiscal foi ajuizada em abril de 1980, e em agosto de 1982 foi arquivada administrativamente ante a ausência de bens suscetíveis de penhora. O desarquivamento ocorreu em 16-3-2000, e em 3-5-2000 foi determinada a citação e a penhora de bens. Por fim, diz que os valores cobrados na execução foram atualizados com carga de juros e correção acima do permitido por lei.

Em sua impugnação, o Estado de Santa Catarina rebateu os embar-

gos, dizendo que a preliminar não pode ser reconhecida, uma vez que a embargante era sócia-gerente da empresa executada, devendo responder pelos débitos fiscais ante o fato de a empresa haver restado extinta de forma irregular, sem pagar os tributos devidos. No mérito, afirmou que tem sido firmado o entendimento de que durante o período em que o Executivo Fiscal estiver suspenso, nos termos do artigo 40 da Lei n. 6.830/80, não corre o prazo prescricional. Por fim, que nenhuma irregularidade ou ilegalidade existe em relação aos juros incidentes sobre o crédito tributário inadimplido. Requereu a total improcedência dos embargos.

Em sentença, o MM. Juiz de Direito julgou procedentes os embargos, declarou a prescrição da cobrança do crédito tributário materializado na Certidão de Dívida Ativa n. 004, juntada à fl. 4 da execução fiscal, e a julgou extinta, condenando o Estado de Santa Catarina ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor dado à causa. Determinou o reexame necessário.

Inconformado com a decisão, o Estado de Santa Catarina interpôs recurso voluntário, requerendo a reforma da decisão sob a fundamentação de que não ocorreu a prescrição, uma vez que foi realizada a citação pessoal do devedor, e, por isso, foi interrompido o prazo prescricional, além do que este fica suspenso enquanto a execução fiscal permanece suspensa por força do art. 40 da Lei n. 6.830/80.

Oferecidas as contra-razões, o Ministério Público de primeiro grau deixou de manifestar-se por entender desnecessária sua intervenção. Os autos subiram a esta superior instância, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e não provimento, tanto do reexame necessário como do recurso voluntário.

É o relatório.

II — Voto

Tem-se em julgamento o reexame necessário e o recurso voluntário interposto pelo Estado de Santa Catarina contra decisão que julgou procedentes os embargos à execução fiscal, e declarou a prescrição intercorrente da cobrança do crédito tributário materializado na Certidão de Dívida Ativa n. 004, condenando-o ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

1. O Estado de Santa Catarina alega em suas razões de recurso que não ocorreu a prescrição intercorrente, uma vez que se verificou a interrupção da prescrição no momento da citação inicial, e, por outro lado, não corre o prazo prescricional durante a suspensão da execução fiscal, de acordo com o art. 40 da Lei de Execução Fiscal.

Aduz que o ajuizamento da ação foi tempestivo, não tendo transcorrido o qüinqüênio legal entre a data

da inscrição da dívida ativa (3-3-1980) e o despacho do juiz determinando a citação da executada (9-4-1980) ou, mesmo, a efetiva citação da executada (23-9-1981).

Não há dúvida de que o crédito tributário em discussão é oriundo da notificação fiscal datada de 27-12-1979 e inscrito em dívida ativa em 3-3-1980, com ajuizamento da execução fiscal em 9-4-1980. O despacho que ordenou a citação da executada, proferido na mesma data, interrompeu a prescrição (art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/80, c/c o art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil e os arts. 125, III, e 174, parágrafo único, inciso I, do Código Tributário Nacional), ainda que a citação da executada só tenha sido efetivada tempos mais tarde, em 23-9-1981. O prazo prescricional, portanto, deve ser contado novamente a partir daquele despacho, ou seja, de 9-4-1980.

Ocorre que após a citação da executada, na pessoa de uma de suas sócias-gerentes, não se encontrando bens penhoráveis, seja da empresa, seja da própria sócia citada, em 14 de abril de 1982 foi determinado o arquivamento da execução fiscal, nos termos do § 2º do art. 40 da Lei n. 6.830/80. Somente no dia 14 de abril de 2000 é que foi requerida a citação da sócia Asta Brunhilde Ahlf com a indicação para penhora de um bem de sua propriedade. Citação essa que foi realizada no dia 13 de julho de 2000.

Como se vê, a apelada só veio a fazer parte da relação jurídico-processual no dia 13 de julho de 2000, ou seja, mais de 20 (vinte) anos após a inscrição em dívida ativa e mais de 18 (dezoito) anos após o despacho que determinou a citação da executada, que importou na interrupção do lapso prescricional.

Determina o artigo 174 do Código Tributário Nacional que, "a ação para a cobrança do crédito tributário por parte da Fazenda prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva".

A constituição definitiva do crédito tributário ocorre no momento em que o débito lançado poderia ser inscrito em dívida ativa, ou seja, quando decorrido o prazo concedido para pagamento ou quando esgotados os recursos com efeito suspensivo de que poderia valer-se o contribuinte. É certo que da data da efetiva constituição do crédito tributário até a data do ajuizamento da execução fiscal em que se proferiu o despacho ordenador da citação não se passou o lapso temporal de 5 (cinco) anos. Contudo, desde a data do referido despacho que determinou a citação da executada (9-4-1980), até quando foi citada a sócia-gerente embargante, passaram-se muito mais de 5 (cinco) anos, sem que o exeqüente tenha promovido os atos que lhe competiam para o prosseguimento da execução fiscal, seja contra a própria devedora seja contra qualquer dos outros responsáveis pessoais, como os sócios-gerentes que dissolveram irregularmente a sociedade e não recolheram os tributos devidos, praticando infração à lei (CTN, art. 135, III).

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em caso muito semelhante:

"Tributário. Execução fiscal. Pessoa jurídica. Redirecionamento da ação. Sócio. Citação. Prescrição. Arts. 125, III, e 174 do CTN. Art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/80.

"1. De acordo com o art. 125, III, do CTN, em combinação com o art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830, de 1980, a ordem de citação da pessoa jurídica interrompe a prescrição em relação ao sócio, responsável tributário pelo débito fiscal.

"2. Fenômeno integrativo de responsabilidade tributária que não pode ser reconhecido pelo instituto da prescrição, sob pena de se considerar não prescrito o débito para a pessoa jurídica e prescrito para o sócio responsável. Ilogicidade não homenageada pela ciência jurídica.

"3. *In casu*, porém, verifica-se que entre as datas de citação da pessoa jurídica (9-7-77) e de citação do sócio (13-8-96) fluiu o prazo qüinqüenal (art. 174/CTN), totalizando, simplesmente, 19 anos. Reconhecimento da prescrição.

"4. Recurso especial provido" (REsp n. 261.627/SP, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, DJU 23-10-2000, p. 122).

Não há acolher a alegação do embargado apelante no sentido de que durante o período em que os autos ficaram administrativamente arquivados, com base no art. 40 e seus parágrafos da Lei n. 6.830/80, permaneceu suspenso o prazo de prescrição.

A orientação mais consentânea é a de que a suspensão do prazo prescricional, de que fala o *caput* do mencionado art. 40, vigora somente pelo prazo de 1 (um) ano, após o que se verifica o arquivamento administrativo da execução fiscal (§ 2º), que pode ser desarquivada a qualquer tempo, se forem encontrados o devedor e/ou bens penhoráveis (§ 3º). A expressão "a qualquer tempo", utilizada no dispositivo, nada mais significa senão que o desarquivamento dos autos pode ocorrer em qualquer momento, enquanto não se verificar a prescrição da ação de execução do crédito tributário no prazo de 5 (cinco) anos, a que se refere o art. 174 do Código Tributário Nacional.

A suspensão da prescrição a que se refere o art. 40, *caput*, da Lei n. 6.830/80 não pode eternizar-se, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"A interpretação dada pelo acórdão recorrido, ao art. 40 da Lei n. 6.830/80, recusando a suspensão da prescrição por tempo indefinido, é a única suscetível de torná-lo compatível com a norma do art. 174, parágrafo único, do CTN, a cujas disposições gerais é reconhecida a hierarquia de lei complementar" (RTJ 119/328 e STJ — RT 612/222; *idem* RT 643/101).

Idêntica é a posição do Superior Tribunal de Justiça:

"A norma do art. 40 da Lei n. 6.830/80 há que ser interpretada em

consonância com o art. 174 do CTN, prevenindo, assim, a indefinição do prazo" (RSTJ 60/296; *idem* STJ — RT 666/191, RF 315/182).

"Se o processo executivo fiscal ficou paralisado por mais de cinco anos, especialmente porque o exeqüente permaneceu silente, deve ser reconhecida a prescrição suscitada pelo devedor. A regra inserta no art. 40 da Lei n. 6.830/80 não tem o condão de tornar imprescritível a dívida fiscal, já que não resiste ao confronto com o art. 174, parágrafo único, I, do CTN" (STJ – 1ª Seção, ED no REsp n. 97.328/PR, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 12-8-98, DJU de 15-5-2000, p. 114; *idem* STJ – 2ª Turma, REsp n. 43.354/PR, rel. Min. Peçanha Martins, j. 16-8-95, DJU 24-6-96, p. 22.746).

E mais:

"Tributário — Agravo regimental — Execução fiscal — Prescrição intercorrente — Art. 40 da LEF — Execução arquivada por mais de dez anos. Art. 174 do CTN — Inexistência de prequestionamento — Agravo improvido.

"1. Transcorridos mais de cinco anos, após o prazo de suspensão estabelecido no art. 40 da Lei n. 6.830/80, sem qualquer iniciativa do exeqüente para interromper a prescrição, há que se considerar prescrita a execução fiscal [...]" (STJ, AGA n. 275.900/RS, 2ª T., rela. Min. Eliana Calmon, DJU 1º-8-2000, p. 248).

Quanto à suspensão do lapso prescricional limitada a apenas 1 (um) ano, ou seja, durante o prazo de suspensão da execução fiscal, que se verifica antes do seu arquivamento administrativo, esta Corte de Justiça orientou, com toda a propriedade:

"O art. 40 da Lei n. 6.830/80 prescreve que suspenso o processo, que no caso ocorreu a requerimento do exeqüente, por falta de localização de bens penhoráveis, 'não correrá o prazo de prescrição'. Tal não ocorre, todavia, *ad infinitum*, mas somente pelo período de suspensão legal do processo, um ano, nos termos do § 2º do art. 40 da aludida lei. Decidiu o STJ, em acórdão da lavra do eminente Min. Hélio Mosimann: 'A norma do artigo 40 da Lei n. 6.830/80 há que ser interpretada em consonância com o artigo 174 do CTN, prevenindo, assim, a indefinição do prazo' (REsp n. 34.318-9/PR, RSTJ 60/296). Apelo e remessa desprovidos" (TJSC, Ap. Cív. n. 1997.006915-4, 4ª Câm. Civ., rel. Des. João José Schaefer, em 27-5-1998).

Assim, não há dar provimento ao recurso voluntário, porque efetivamente ocorreu a prescrição intercorrente da execução fiscal.

2. Vencida a Fazenda Pública, o MM. Juiz de Direito *a quo* determinou o reexame necessário, nos termos do artigo 475, I, do CPC. Porém, com o advento da Lei n. 10.352/2001, ao referido artigo foi acrescentado o § 2º, com a seguinte redação:

"Art. 475 – Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

[...]

"§ 2º. Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor".

Aplica-se a lei vigente à data da apreciação do reexame em segunda instância, conforme esposado pelo eminente Des. Newton Trisotto, no despacho em Ap. Cív. n. 1998.014672-0: "'o reexame necessário não é recurso; não se lhe aplica, portanto, o princípio de que a lei do recurso é a da data da sentença, porque prevalece, para esse efeito, a data do julgamento em segunda instância' (TRF, AgRgREO n. 64.226, rel. Min. Bueno de Souza, DJU de 7-10-82)".

O valor a considerar deve ser aferido na data do ajuizamento da execução fiscal. Na época, o valor do crédito tributário executado era de Cr$ 162.357,19 (cento e sessenta e dois mil, trezentos e cinqüenta e sete cruzeiros e dezenove centavos), que correspondiam a pouco mais de 55 (cinqüenta e cinco) salários mínimos ao valor unitário de Cr$ 2.932,80. Em agosto de 2000, conforme demonstrativo juntado pelo exeqüente à fl. 24 da Execução Fiscal, o valor atualizado era de R$ 3.228,55, que correspondia, naquele mês, a pouco mais de 21 (vinte e um) salários mínimos ao valor unitário de R$ 151,00.

Portanto, trata-se de valor inferior aos sessenta (60) salários mínimos a que se refere o § 2º do art. 475 do Diploma Processual. Nesse caso, não se conhece do reexame necessário.

3. No entanto, de ofício, necessária faz-se a correção no *decisum* com relação à condenação do apelante ao pagamento das custas processuais, porquanto o art. 33 da Lei Complementar n. 156/97, com redação que lhe deu a Lei Complementar n. 161/97, isenta o Estado de Santa Catarina e seus municípios de custas e emolumentos, o mesmo ocorrendo no art. 35, letra *h*, do mesmo Estatuto, que prevê a isenção de custas no "processo em geral, no 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".

Também o art. 39 da Lei n. 6.830/80 isenta a Fazenda Pública do pagamento de custas e emolumentos, devendo ressarcir apenas as despesas feitas pela parte contrária.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por maioria de votos, a Câmara negou provimento ao recurso voluntário, não conheceu do reexame necessário e, de ofício, isentou o apelante do pagamento das custas processais.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Vencido o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho, DD. Pre-

sidente, que votou pelo provimento do recurso voluntário. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 30 de junho de 2003.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto vencido;
Jaime Ramos,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho:

"Ementa aditiva.

"Execucional fiscal — Embargos do devedor — Prescrição intercorrente reconhecida — Impossibilidade na espécie de aplicação do art. 174 do Código Tributário Nacional desvinculado do art. 8º, § 2º, c/c o art. 40, § 1º, da Lei n. 6.830/80 — Ausência de omissão do credor na prática de atos processuais de sua iniciativa — Falta de bens constritáveis — Modalidade atípica de extinção de dívida, líquida e certa não prevista em lei.

"Observado o procedimento adequado, mostra-se irônico, *data venia*, pleito da devedora objetivando beneficiar-se de fato estranho e fora do controle do credor, na hipótese a inexistência de bens, quando este permanece atento diligenciando à cata de bens. Neste contexto, irrelevante é o decurso do lapso temporal e imprópria é a suscitação da prescrição intercorrente, sob pena de extinção de dívida líquida, certa e exigível não prevista em lei.

"O art. 174 do Código Tributário Nacional *in casu* não comporta exegese desvinculada do art. 8º, § 2º, c/c o art. 40, § 1º, da Lei n. 6.830/80.

'Em sede de execução fiscal, não sendo encontrado o devedor, nem localizados bens penhoráveis, o processo, após um ano de suspensão, é remetido ao arquivo provisório, até que tenha condições de prosseguimento, não ocorrendo, na hipótese, a prescrição da ação (Lei n. 6.830/80, art. 40, §§ 2º e 3º)' (REsp, DJU de 13-9-93, p. 18.543, Min. Asfor Rocha).

"E mais: 'Enquanto estiver suspenso o processo de execução, nos termos do art. 40 da Lei n. 6.830/80, também estará suspenso o prazo prescricional' (REsp n. 24.165-4/SP, Min. Humberto Gomes de Barros).

"Ainda: 'Em sede de execução fiscal, não sendo executado o devedor, nem localizados bens penhoráveis, o processo, após um ano de suspensão, é remetido ao arquivo provisório, não ocorrendo, na hipótese, a prescrição da ação' (STJ — RT 706/184)".

Percebe-se da execucional apensa que a inexistência de bens a serem constritados acarretou diversas interrupções do processo, principalmente após o redirecionamento (fl. 11). Todavia, o irresignado não se omitiu, pois em nenhum momento deixou de comparecer aos autos.

Ora, "em sede de execução fiscal, não sendo encontrado o devedor,

nem localizados bens penhoráveis, o processo, após um ano de suspensão, é remetido ao arquivo provisório, até que tenha condições de prosseguimento, não ocorrendo, na hipótese, a prescrição da ação (Lei n. 6.830/80, art. 40, §§ 2º e 3º)" (REsp, DJU de 13-9-93, p. 18.543, Min. Asfor Rocha).

A par desses precedentes, cabe enfatizar que o art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/80 é categórico: "O despacho do juiz que ordenar a citação interrompe a prescrição", ao passo que o *caput* do art. 40 é taxativo: "O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição". O § 1º dessa norma em complemento dispõe: "Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública". Ora, o procedimento foi regularmente observado, sendo irônico, *data venia*, que a devedora queira beneficiar-se de fato estranho e fora do controle do irresignado, qual seja, a inexistência de bens. Tivesse o credor tributário vacilado, deixado de diligenciar à cata de bens, evidente que a prescrição intercorrente estaria configurada. Esta, entretanto, não é a hipótese.

Finalmente, o art. 174 do Código Tributário Nacional conflita na espécie com a situação regulada na Lei n. 6.830/80, permitindo que se admita a sua incidência quando não se fizer presente hipótese como a retratada nessa execução fiscal. Se assim não for, ter-se-á extinção do crédito tributário atípica e ilegal, porque despida de base normativa.

Esses, em resumo, os motivos da divergência.

Francisco Oliveira Filho.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.014584-2, DE ASCURRA
Relator: Des. Anselmo Cerello

Agravo de instrumento – Ação civil pública – Improbidade administrativa – Decisão afastando agente do cargo público —

Indisponibilidade de bens — Não incidência da Lei n. 10.628/02 — Foro por prerrogativa de função para ações civis propostas contra prefeito municipal — Competência do poder constituinte originário ou decorrente — Precedentes do STJ, do TJPR e da doutrina – Incompetência do juízo singular afastada – Legitimidade do Ministério Público de primeiro grau – Ofensa ao art. 2º da Lei n. 8.437/92 – Inaplicabilidade – Possibilidade de ser deferida a liminar em ação civil pública inaudita altera parte*, a teor do art. 12 da Lei n. 7.347/85 – Impossibilidade de manejamento da ação civil pública em defesa do erário – Necessidade de ação ordinária — Desprovimento — Inteligência do art. 17 da Lei n. 8.429/92 – Rito processual adequado – Necessidade de afastamento do agente público do cargo sob pena de prejudicar a instrução processual — Inexistência de provas em contrário – Ônus da prova – Art. 333, I, do CPC – Manutenção da decisão – Recurso desprovido.*

"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).

*"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" (*vide *TJPR — HC n. 137.187-1, de Curitiba, rel. Des. Leonardo Lustosa).*

"A defesa do patrimônio público faz-se não só pela ação popular, por iniciativa do cidadão, como também pela ação civil pública, por iniciativa do Ministério Público ou dos demais legitimados da Lei n. 7.347/85, diante da norma residual que lhes comete, sem prejuízo da ação popular, a defesa judicial de qualquer interesse coletivo ou difuso – não excluídas naturalmente as infrações à ordem econômica e à defesa do patrimônio público" (Motauri Ciocchetti de Souza, Interesses Difusos em Espécie, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 130).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2003.014584-2, da comarca de Ascurra (Vara Única), em que é agravante Antônio José Venturi, sendo agravado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, à unanimidade, desprover o recurso.

Custas legais.

Antônio José Venturi interpôs recurso de agravo de instrumento contra decisão do MM. Juiz que, nos autos da ação civil pública promovida pelo Ministério Público, determinou o imediato afastamento do agravante do exercício do cargo de Prefeito Municipal de Rodeio até a conclusão da instrução processual e a indisponibilidade de bens de sua propriedade.

O agravante sustentou, preliminarmente, a) incompetência absoluta do Juízo singular e ofensa à garantia do juiz competente, devendo o julgamento de prefeito ser realizado perante o Tribunal de Justiça; b) ilegalidade ativa do autor da ação civil pública, uma vez que perante o Tribunal de Justiça apenas o Procurador-Geral de Justiça detém legitimidade para representar o Ministério Público; c) nulidade da decisão agravada por ofensa ao art. 2º da Lei n. 8.437/92, pois o juiz só poderá conceder mandado de segurança depois da prévia e obrigatória ouvida do representante judicial da pessoa jurídica de direito interessada, *in casu*, o município de Rodeio; d) inadequação de rito processual e conseqüente nova ilegitimidade ativa e nova carência de ação, uma vez que sendo a finalidade da ação o integral ressarcimento dos prejuízos causados aos cofres públicos o remédio processual é a ação popular; e) ausência dos pressupostos para o afastamento do cargo, uma vez que o parágrafo único do art. 20 da Lei n. 8.429/92 prevê o afastamento de agente público, não de agente político, como são os prefeitos.

Com relação ao mérito, alegou que não restara comprovada a interferência do prefeito municipal na instrução probatória bem como que o Tribunal de Contas recomendou a aprovação das contas de 2001, e elas o foram pela Câmara, não justificando, assim, o afastamento do cargo. Requereu, por fim, o efeito suspensivo.

Em despacho de fls. 177 a 180, o Relator concedeu o efeito almejado.

O representante do Ministério Público apresentou contra-razões às fls. 188 a 204, asseverando ser competente a primeira instância, uma vez que o foro privilegiado estende-se somente no âmbito penal; que o órgão do Ministério Público de primeiro grau é legítimo; que inaplicável o art. 2º da Lei n. 8.437/92; que o rito processual escolhido é o adequado; que presentes os pressupostos para o afastamento do agravante. Requereu, por fim, o desprovimento do recurso.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em judicioso parecer de fls. 208 a 249, da lavra do Exmo. Sr. Dr.

Basílio Elias De Caro, opinou pelo acolhimento da argüição de inconstitucionalidade, preliminarmente deduzida, para que se proceda da forma estabelecida no art. 481 do CPC e pelo desprovimento do recurso, cassando-se a decisão concessiva do efeito suspensivo.

É o relatório.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Antônio José Venturi contra decisão do MM. Juiz que, nos autos da ação civil pública promovida pelo Ministério Público, determinou o imediato afastamento do agravante do exercício do cargo de prefeito municipal e decretou a indisponibilidade de bens de sua propriedade.

Cingem-se os pedidos recursais do agravante nos seguintes pontos:

1 – incompetência absoluta do Juízo singular e ofensa à garantia do juiz competente, devendo o julgamento de prefeito ser realizado perante o Tribunal de Justiça;

2 – ilegalidade ativa do autor da ação civil pública, uma vez que, perante o Tribunal de Justiça, apenas o Procurador-Geral de Justiça detém legitimidade para representar o Ministério Público;

3 – nulidade da decisão agravada por ofensa ao art. 2º da Lei n. 8.437/92, pois o juiz só poderá conceder liminar após prévia e obrigatória ouvida do representante judicial da pessoa jurídica de direito interessada, *in casu*, o município de Rodeio;

4 – inadequação de rito processual e conseqüente nova ilegitimidade ativa e carência de ação, uma vez que sendo a finalidade da ação o integral ressarcimento dos prejuízos causados aos cofres públicos o remédio processual é a ação civil de reparação de danos;

5 – ausência dos pressupostos para o afastamento do cargo, pois o parágrafo único do art. 20 da Lei n. 8.429/92 prevê o afastamento de agente público, não de agentes políticos, como são os prefeitos, bem como inexistência de provas de interferência do prefeito municipal na instrução probatória.

O recurso deve ser desprovido.

No tocante à incompetência do Juízo de primeiro grau – ponto 1 –, 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 juízes, os membros do Ministério Público e os *Prefeitos*, *ressalvada* a competência da *Justiça Eleitoral*" (destaquei).

Entendimento esse 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.

[...]

"3. Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e 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:

"Agravo 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. 88.079725-1, de Laguna, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

"Agravo 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 à matéria penal (art. 29, X, da CF) — Exegese do artigo 83, inciso XI, alínea *b*, da Constituição Estadual — Recurso desprovido" (Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 99.016414-4, 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 2.273 — Min. Hélio Mosimann)' (Ação Popular n. 1, rel. Des. João José Schaefer)" (MS n. 6.024, rel. Des. Alcides Aguiar).

Ademais, afigura-se inarredável a inaplicabilidade da Lei n. 10.628/2002 que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 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, reconheceu-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.*

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, 5-2-1996, p. 1.283)" (Moraes, 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 1ª instância" (*in* ob. cit., 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 § 2°, 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 inquérito ou a ação judicial se inicie após a cessação do exercício da função pública, revigorando, 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" (Moraes, 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 1º 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 Tribu-

nal 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 – no Supremo Tribunal Federal, ação essa 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 redacão 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, substituindo-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, desastradamente, 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 expresso 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, rel. 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 Tribu-

nal 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 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 intérprete 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 2° da mesma Constituição Republicana".

Por tudo isso, afasta-se a preliminar do ponto 1, ante a manifesta competência do Juízo de primeira instância para julgar a ação civil pública proposta contra o Prefeito do município de Rodeio.

No que tange ao ponto 2 – ilegitimidade do Promotor de Justiça para representar o Ministério Público perante o Tribunal de Justiça – resta prejudicada sua análise ante a constatação da competência do Juízo de primeiro grau para analisar o presente feito (ponto 1), sendo, conseqüentemente, legítimo o autor da ação para propô-la perante esta instância.

Relativamente ao ponto 3 – ofensa ao art. 2º da Lei n. 8.437/92 – razão não assiste ao agravante.

Sustentou o recorrente que a decisão agravada não atende ao disposto no art. 2º da Lei n. 8.437/92, uma vez que o Magistrado só poderia conceder liminar após prévia e obrigatória ouvida do representante judicial da pessoa jurídica de direito interessada, *in casu*, o município de Rodeio.

A Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, que dispõe sobre a concessão de *medidas cautelares* contra atos do Poder Público e dá outras providências, estabelece em seu artigo 2º:

"Art. 2º – No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas".

No entanto, verifica-se que a Lei n. 8.437/92 não se aplica ao presente caso, uma vez que não se trata de medida cautelar, mas sim de ação civil pública, possuindo diploma processual próprio – especial –, motivo pelo qual somente se aplicam leis subsidiárias em caso de lacuna e não como base do processamento, como almeja o agravante, confundindo os ritos.

Inexiste, portanto, ofensa ao art. 2º da Lei n. 8.437/92, por não se tratar de demanda cautelar, no qual é imprescindível, para a concessão da liminar, audiência prévia com o representante judicial da pessoa jurídica de direito público. Existe, sim, apenas uma ação principal, na qual, segundo o art. 12 da Lei n. 7.347/85, é facultado ao juiz deferir a liminar, com ou sem justificativa prévia.

Nesse sentido:

"Já a liminar prevista no art. 12, *caput*, da Lei n. 7.347/85 e no art. 84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, apresenta cunho satisfativo, tanto que requerida no próprio bojo da ação civil pública, sem necessidade de ação cautelar antecedente ou incidente. Portanto, a liminar concedida de forma direta adianta provisoriamente os efeitos da tutela jurisdicional definitiva, havendo então uma coincidência entre o que é deferido com a medida provisória e o que se pretende obter ao final, sendo manifesta sua natureza antecipatória-satisfativa.

"Malgrada a diversidade da natureza jurídica dos institutos – medida cautelar (art. 4º da Lei n. 8.437/92) e liminar (arts. 12 da Lei n. 8.437/92 e 84, § 3º, da Lei n. 8.078/90) – é certo que, no tocante aos pressupostos de concessão, ambos exigem a comprovação do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Nesse sentido, é farta a jurisprudência.

[...]

"A liminar na ação civil pública e no Código de Defesa do Consumidor pode ser concedida inaudita altera pars*, sem audiência, para evitar a consumação do dano, ou após justificação prévia, se não houver risco de dano iminente*" (Luiz Orione Neto, Liminares no processo civil, 1999, Lejus, p. 493 e 494) (grifei).

Com relação à inadequação do rito processual escolhido – ponto 4 –, ao argumento de que não cabe ação civil pública, e, sim, ação ordinária de reparação de danos, *data venia* deste entendimento, está por demais consagrado na doutrina e na jurisprudência que "o controle difuso dos atos da administração pública é feito por intermédio de dois sistemas processuais: as ações civis pública e popular" (Motauri Ciocchetti de Souza, Interesses Difusos em Espécie. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 93).

A legitimidade para propor a ação civil pública, a teor da Lei n. 8.429/92, é tanto do Ministério Público como de pessoa jurídica interessada.

Destarte, "a defesa do patrimônio público faz-se não só pela ação popular, por iniciativa do cidadão, como também pela ação civil pública, por iniciativa do Ministério Público ou dos demais legitimados da Lei n. 7.347/85, diante da norma residual que lhes comete, sem prejuízo da ação popular, a defesa judicial de qualquer interesse coletivo ou difuso – não excluídas naturalmente as infrações à ordem econômica e à defesa do patrimônio público" (Motauri Ciocchetti de Souza, ob. cit., p. 130).

Finalmente, com relação ao ponto 5, verificam-se presentes os pressupostos necessários para o afastamento do agravante do cargo público ocupado no município de Rodeio, devendo ser mantida a r. decisão agravada.

Descabido, primeiramente, o argumento de que o parágrafo único do art. 20 da Lei n. 8.429/92 prevê o afastamento de agente público e não de agentes políticos, como são os prefeitos, uma vez que os agentes políticos são espécies do gênero agentes públicos.

Ensina Helly Lopes Meirelles que "os agentes públicos, gênero que acima conceituamos, repartem-se inicialmente em cinco espécies ou categorias bem diferenciadas, a saber: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados, que, por sua vez, se subdividem em subespécies ou subcategorias, como veremos a seu tempo" (Direito Administrativo Brasileiro. 24ª ed. atual., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 70).

No que tange ao argumento de inexistência de provas que autorizem o afastamento do agravante do cargo ocupado, adoto como razão de decidir o douto parecer do Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias De Caro, que com muita propriedade analisou o caso:

"Os agentes políticos podem, sim, ser afastados dos cargos quando os elementos de prova assim o recomendarem, indicando que a presunção da sua idoneidade foi posta em xeque, em contraposição ao voto de confiança que lhes foi dado nas urnas. O exercício do mandato não é carta de alforria, e o excesso de escrúpulos para o afastamento temporário, quando fundadas as suspeitas de malversação, levam ao descrédito generalizado nas instituições.

"A Magistrada *a quo*, em decisão minudentemente fundamentada de 40 (quarenta) laudas, *determinou o afastamento do agravante com base em denso material probante, ao qual não teve acesso a Superior Instância, posto que o recorrente instruiu pobremente o recurso com as peças processuais que exclusivamente lhe interessavam.*

"As palavras lançadas ao vento não podem ter o condão de sobrepor-se à estudada e meticulosa decisão, louvada nos elementos de prova endereçados ao órgão jurisdicional que, próximo aos fatos e as suas repercussões, auferiu a necessidade do afastamento cautelar, justificando exaustivamente as razões pelas quais a medida se impunha" (fls. 41 e 42) (grifei).

Assim, verificando-se que o ônus de prova quanto ao fato constitutivo de seu direito recai sobre o agravante (art. 333, I, CPC) e que inexiste nos presentes autos qualquer prova que demonstre situação inversa à descrita na decisão, qual seja, a existência de fortes indícios de improbidade administrativa por parte do prefeito, impõe-se a confirmação das medidas impostas na r. sentença, sob pena de a presença do agente público no exercício de seu cargo prejudicar a instrução processual necessária para o deslinde da *quaestio*.

Diante desse contexto, desprovejo o recurso, mantendo hígida a r. decisão vergastada, cessando os efeitos da liminar outrora concedida.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Rui Fortes e Sônia Maria Schmitz. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias De Caro.

Florianópolis, 24 de novembro de 2003.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.007211-0, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Rui Fortes

Agravo de instrumento – Ação de desapropriação – Suspensão da liminar de imissão de posse – Diferença expressiva entre os laudos do assistente técnico do município e do perito judicial – Indícios de supervalorização do imóvel – Questões a serem enfrentadas no decorrer do processo – Princípio da razoabilidade – Depósito prévio de 50% da avaliação provisória – Continuação

da obra pública – Supremacia do interesse público sobre o privado – Recurso provido.

O princípio da indenização prévia e justa do imóvel desapropriado deve sempre estar conciliado com o do interesse público, a fim de se evitar transtornos às necessidades e planos traçados pela Administração Pública. Dessa forma, havendo declaração de urgência, juntamente com as peculiaridades do caso concreto, mostra-se mais acertado conceder a imissão provisória na posse mediante depósito prévio de 50% (cinqüenta por cento) do valor encontrado pelo perito judicial, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.075/70.

"A norma do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.075/70, que permite ao desapropriante o pagamento da metade do valor arbitrado, para imitir-se provisoriamente na posse de imóvel urbano, já não era incompatível com a Carta precedente (RE 89.033 — RTJ 88/345 e RE 91.611 — RTJ 101/717) e nem o é com a atual. Recurso extraordinário não conhecido" (STF, RE n. 141.795/SP, j. 4-8-95 e RE n. 164.186/SP, j. 19-11-96, rel. Min. Ilmar Galvão).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2003.007211-0, da comarca de São José (Vara da Fazenda Pública), em que é agravante o município de São José, sendo agravados Kátia Maria Soar Martins, Fábio Soar Martins e Genésio Espíndola Martins:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso para restabelecer a liminar que imitiu o Município agravante na posse provisória do imóvel desapropriado, condicionado, todavia, ao depósito de 50% (cinqüenta por cento) do valor aferido pelo *expert* judicial, abatendo-se desse percentual a quantia já depositada inicialmente.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

O município de São José interpôs recurso de agravo de instrumento contra a decisão (fls. 29 a 33) do MM. Juiz da comarca de São José que, nos autos da Ação de Desapropriação n. 064.01.005551-0, proposta pelo agravante contra os agravados, suspendeu a liminar de imissão provisória no imóvel e determinou o depósito prévio integral no valor de R$ 198.813,05 (cento e noventa e oito mil, oitocentos e treze reais e cinco centavos), referente à indenização da terra nua, e mais

R$ 42.210,44 (quarenta e dois mil, duzentos e dez reais e quarenta e quatro centavos), correspondente às benfeitorias, sendo este depósito condição única para o novo deferimento da liminar.

Alegou que a ação versa sobre a desapropriação de uma área de 3.521,65 m², de propriedade dos agravados, salientando que, juntamente com o pedido de imissão provisória de posse, foi efetuado o depósito de R$ 26.159,04, valor este apurado em levantamento preliminar. Acrescentou que, diante da não concordância dos agravados em relação ao depósito inicial, foi nomeado perito judicial, o qual apurou uma quantia extremamente excessiva e em total desacordo com o cálculo apresentado por seu assistente técnico, já que não observada a depreciação do bem, ou mesmo abatido o débito pertinente ao IPTU atrasado. Destacou que, diante da urgência da situação e da vultosa quantia aferida pelo perito, afigura-se desnecessário o depósito prévio integral do montante determinado pelo MM. Juiz, já que, de acordo com o entendimento jurisprudencial do STJ, bastaria o depósito de 50% (cinqüenta por cento) do total apurado.

Por fim, pugnou pela concessão do efeito ativo e pela reforma da decisão vergastada. Juntou os documentos de fls. 21 a 272.

Efeito ativo negado às fls. 275 a 278.

Nas contra-razões (fls. 283 a 293), os agravados argumentaram que o valor encontrado pelo perito judicial é justo, e que o percentual de depreciação correto a incidir na avaliação seria de apenas 30% (trinta por cento). Destacaram que as benfeitorias devem ser incluídas no depósito prévio. Derradeiramente, requereram a manutenção da decisão agravada.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça opinando pelo desprovimento do reclamo (fls. 300 a 303).

II – Voto

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão que determinou o depósito prévio integral no valor de R$ 198.813,05, referente à indenização da terra nua, e mais R$ 42.210,44, correspondente às benfeitorias existentes no imóvel objeto da desapropriação, sendo este depósito condição essencial para o restabelecimento da liminar de imissão provisória de posse.

Em que pesem os argumentos do insigne Procurador de Justiça, o reclamo merece ser provido.

Inicialmente, cumpre destacar que a possibilidade de compensação dos valores pertinentes ao débito do IPTU, bem como a incidência de 63% ou 30% de depreciação sobre o imóvel, são questões a serem enfrentadas no decorrer da ação principal, porquanto o valor do depósito prévio não é definitivo. Frisa-se, tais questões apenas servem de indicativo de que o depósito prévio integral exigido pelo Togado *a quo*, pelo menos na fase em

que se encontra a demanda desapropriatória, parece temerário, sob pena de os expropriados estarem recebendo quantia superior àquela devida pela municipalidade. Ressalta-se, ainda, que sobre a possibilidade de compensação dos valores pertinentes ao débito do IPTU, o Município pode lançar mão do disposto no art. 34 do Decreto-Lei n. 3.365/41.

Compulsando os autos para julgamento, constata-se que a diferença entre o laudo apresentado pelo assistente técnico do Município agravante e o laudo confeccionado pelo perito oficial é realmente expressiva.

Todavia, o que está em discussão não é o acerto ou o desacerto do laudo pericial, mas sim os motivos que levaram o insigne Magistrado a suspender a liminar de imissão provisória de posse, condicionando o seu restabelecimento ao depósito prévio integral do valor aferido pelo perito judicial. Tem-se que a revogação da liminar baseou-se no art. 182, § 3º, da CF/88.

Contudo, faz-se necessário o restabelecimento daquela liminar, para que se resguarde o interesse coletivo, tendo em vista que o princípio da "indenização prévia e justa" deve sempre estar conciliado com o do "interesse público", a fim de se evitar transtornos às necessidades e planos traçados pela Administração Pública, máxime quando direcionados aos interesses da coletividade, conforme remansosa jurisprudência.

Com efeito, vale ressaltar que não se confunde o valor do depósito prévio com o valor definitivo, já que o primeiro permite ao desapropriante a provisória imissão na posse, e o segundo é requisito para a transmissão do domínio.

Na espécie, pelas informações presentes nos autos, os agravados não residem no imóvel desapropriado, muito menos auferem renda sobre aquele bem, capaz de, pela demora na prestação jurisdicional, implicar em prejuízo no sustento próprio ou de suas respectivas famílias. Assim, vê-se que os agravados não vão sofrer qualquer prejuízo se receberem, previamente, apenas parte da indenização devida, sobrestada a quantia restante ao desfecho da lide principal. Por outro lado, mantida a decisão agravada, prejuízo sofrerá não só o agravante, mas também todos os munícipes de São José, cuja obra tão importante continuará estagnada, quando eventuais valores indenizatórios poderão ser discutidos ao longo da demanda desapropriatória.

Diante disso, havendo declaração de urgência, juntamente com as peculiaridades do caso concreto, deve-se aplicar o princípio da razoabilidade, pois se mostra mais acertado restabelecer a liminar de imissão provisória na posse do imóvel, mediante o depósito prévio de 50% (cinqüenta por cento) do valor apurado pelo perito judicial, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.075/70, para que somente no decorrer da ação de desapropriação se possa alcançar o verdadeiro valor definitivo e indenizável aos agravados.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Administrativo. Desapropriação. Imóvel urbano. Imissão de posse. Depósito prévio de cinqüenta por cento da avaliação (art. 3º do Decreto-Lei n. 1.075/70). Cabimento. Em desapropriação de imóvel urbano, havendo declaração de urgência, pode ocorrer a imissão provisória na posse do bem expropriado, mediante depósito prévio de 50% (cinqüenta por cento) do valor da avaliação provisória, nos termos do artigo 3º do Decreto-Lei n. 1.075, de 1970. Precedentes do STF e deste STJ. Recurso a que se nega provimento, indiscrepantemente" (REsp n. 16536/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, j. 20-5-1996).

Também já decidiu a Suprema Corte Federal:

"Desapropriação. Imóvel urbano. Justa indenização. Decreto-Lei n. 1.075/70. Imissão na posse. Depósito prévio.

"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posiciona-se no sentido de que a garantia constitucional da justa indenização, nas desapropriações, diz respeito ao pagamento do valor definitivo fixado — seja por acordo das partes, seja por decisão judicial — momento em que ocorre a transferência do domínio. O depósito prévio permite ao desapropriante a simples imissão na posse do imóvel.

"A norma do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.075/70, que permite ao desapropriante o pagamento da metade do valor arbitrado, para imitir-se provisoriamente na posse de imóvel urbano, já não era incompatível com a Carta precedente (RE n. 89.033 — RTJ 88/345 e RE n. 91.611 — RTJ 101/717) e nem o é com a atual. Recurso extraordinário não conhecido" (STF. RE n. 141.795/SP, j. 4-8-95 e RE n. 164.186/SP, j. 19-11-96, rel. Min. Ilmar Galvão). No mesmo diapasão: RE n. 194.726/SP, j. 14-5-99, rel. Min. Sydney Sanches; RE n. 178.215, j. 6-8-99, rel. Min. Moreira Alves; RE n. 179.204, j. 1º-10-99, rel. Min. Néri da Silveira.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso para restabelecer a liminar que imitiu o Município agravante na posse provisória do imóvel desapropriado, condicionado, todavia, ao depósito de 50% (cinqüenta por cento) do valor aferido pelo *expert* judicial, abatendo-se desse percentual a quantia já depositada inicialmente.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 27 de junho de 2003.

Anselmo Cerello,
Presidente, com voto;
Rui Fortes,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.016217-8, DA CAPITAL

Relatora: Juíza Sônia Maria Schmitz

Mandado de segurança. Decisão concessiva da liminar. Agravo de instrumento. Viabilidade.

O mandado de segurança representa simultaneamente direito fundamental e garantia constitucional, razão pela qual há de ser compreendido da forma mais ampla possível.

Discussão envolvendo vantagem comum a diversos segmentos, inclusive da magistratura. Competência.

Se o objeto da causa envolve vantagem ou direito comum a diversos segmentos funcionais do Poder Público, sem que seja exclusivo da magistratura, a competência não é originária do Supremo Tribunal Federal.

Indeferimento da inicial. Ausência de ato de autoridade.

Distinguida claramente a omissão da autoridade apontada como coatora, não há reconhecer ausente esse pressuposto essencial do mandamus.

Relevância do fundamento e ineficácia da medida se concedida a final.

Presente a relevância do fundamento, amparada em preceito constitucional e na imediatidade da hipótese, porque verba de natureza alimentar, a concessão da medida initio litis *é inafastável.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2003.016217-8, da comarca da Capital (2ª Vara da Fazenda Pública), em que é agravante Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina — Ipesc e agravada Olívia Prado Barbosa:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por maioria de votos, conhecer do recurso, e, por unanimidade, negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina — Ipesc interpôs o presente agravo de instrumento contra a decisão que, nos au-

tos do Mandado de Segurança n. 023.03.032823-6, concedeu a liminar pleiteada por Olívia Prado Barbosa. Relevou, desde logo, o cabimento do recurso em sede de mandado de segurança, mencionando doutrina e jurisprudência que lhe favorecem.

Argumentou que a liminar, concessiva do pagamento da totalidade da pensão à impetrante, merece reforma porque flagrantemente inconstitucional. A uma, porque efetivado o aumento sem lei específica, mas por decreto legislativo. Depois, porque a própria Lei Estadual n. 9.411/94, que autorizou o Tribunal de Justiça a fixar a remuneração de desembargador, fere as disposições do art. 37, inciso X, da CRFB, sem mencionar o contido no art. 83, inciso IV, letra *c*, da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Suscitou também a competência do STF para o processamento do *writ*, a teor do disposto no art. 102, inciso I, letra *n*, da Constituição Federal e que falta requisito para a utilização da via mandamental, qual seja, a existência de ato administrativo, motivo que ensejaria o indeferimento da inicial (art. 8º da Lei n. 1.533/51).

Alegando enfim estar ausente nos autos principais o *periculum in mora,* concluiu postulando a concessão do efeito suspensivo e o provimento do agravo.

Indeferida a carga suspensiva (fls. 53 a 57) e sem as contra-razões (cert. fl. 60), a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo seu conhecimento e desprovimento (fls. 63 a 67).

É o relatório.

II — Voto

Cumpre registrar, desde logo, que o agravo merece ser conhecido, ainda que interposto contra decisão interlocutória que concedeu liminar em mandado de segurança. Isso porquanto ao incluí-lo dentre os direitos fundamentais, no art. 5º, inciso LXIX, da CRFB/88, o constituinte abandonou a perspectiva tradicional, erigindo o mandado de segurança à categoria de garantia, com importantes reflexos em toda sua concepção jurídico-processual.

Como tal, meio ético de atuação da justiça, "[...] hão de ser mínimos os impedimentos e empecilhos à sua utilização; na dúvida quanto ao seu cabimento, há de preponderar o entendimento que se incline em seu favor; nas questões polêmicas, que seu estudo suscite, há de prevalecer a corrente que revele produtora da maior amplitude de suas hipóteses de incidência e de espectro de atuação. Firma-se aqui, portanto, desde já, o princípio fundamental, a nortear esse ensaio, o princípio de espeque constitucional: como, a um só tempo, remédio processual e garantia constitucional, o mandado de segurança, em seu cabimento e amplitude, há de ser admitido na forma amplíssima, tendo por ilegítimo tudo que amesquinhe tal parâmetro" (Sérgio Ferraz. Mandado

de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 10, *apud*: Paulo de Tarso Brandão. Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça, p. 216).

Como sói ser em casos de inexistência de regra específica na Lei n. 1.533/51, aplica-se, também na hipótese, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Civil, desde que a interposição do agravo de instrumento não comprometa a estrutura célere do procedimento especial, nem supere a indispensabilidade do devido processo legal e da ampla defesa (AI n. 2000.011858-3, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. 23-8-2001).

Desvencilhando-se das posições tradicionais e procedimentos rígidos, o processo mandamental deve amoldar-se às atuais exigências dos princípios constitucionais pois, como salvaguarda de direitos constitucionais processuais, representa simultaneamente direito fundamental, característica que, a toda evidência, indica a recorribilidade na espécie.

A invocada competência originária do STF para processar e julgar o *mandamus*, a toda evidência, está superada, pois o próprio Tribunal Pleno daquela a Alta Corte já assentou que "Se não é objeto da causa uma vantagem ou um direito peculiar, próprio, da magistratura, mas vantagem ou direito que abrange, também, os servidores do Legislativo e do Ministério Público, não compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, originariamente, a causa. II. – Inteligência da norma de competência inscrita no art. 102, I, *n*, da Constituição Federal. III – Precedentes do STF [...]" (AO 870 QO /RS, rel. Min. Carlos Velloso, j. 30-4-2003, Tribunal Pleno).

Nem há cogitar de inexistência de ato de autoridade, capaz da inicial, consagrado que está que "Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las" (Hely Lopes Meirelles. Mandado de Segurança. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 25).

Tem-se aqui, claramente, ato omissivo da Administração em não ter observado a equivalência, como agitado nos autos principais e documentos de fls. 33 e 34, cuja ilegalidade ou abusividade, importa ressalvar, constitui matéria que diz respeito ao próprio mérito do *writ*. Houve, assim, o atendimento desse pressuposto específico da ação mandamental.

Presente, da mesma forma, a relevância do fundamento — requisito essencial para a concessão da medida *initio litis* (art. 7º, inciso II, LMS) —, amparado no preceito estabelecido pela Constituição Federal, em seu art. 40, § 7º, que fixa: "Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º".

Essa regra é tida por impositiva pela doutrina (Alexandre de Morais.

Constituição do Brasil Interpretada. São Paulo : Atlas, 2002, p. 946 e 947), auto-aplicável, consoante numerosos precedentes (STF–RE n. 215.556-4/RS, rel. Min. Néri da Silveira, RE n. 284.291/CE, rel. Min. Moreira Alves; RE n. 215.328/RS, rel. Min. Marco Aurélio. E deste Tribunal: ACMS n. 2000.014346-4, rel. Des. João Martins; ACMS n. 2000.006881-0, rel. Des. Gaspar Rubik e Ap. Cív. n. 1997.012363-9, rel. Des. Trindade dos Santos).

De outra face, imprópria a pretensão de análise por esta Corte da aventada inconstitucionalidade das normas mencionadas, na medida em que não foi objeto de apreciação no primeiro grau, sob pena de supressão de instância.

Distingue-se que "Em sede de agravo de instrumento só se discute o acerto ou desacerto do ato judicial hostilizado, não sendo viável a discussão de questões ainda não apreciadas no Juízo *a quo*, sob pena de indevido adiantamento da tutela jurisdicional invocada e conseqüente supressão de instância, em afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição" (AI n. 1999.022497-0, rel. Des. Eder Graf).

Por fim, embora defenda o agravado inexistir na situação a imediatidade da hipótese, a qual, aliás, afirma que é inversa, essa tese obviamente não pode prosperar, pois está em debate verba de natureza alimentar, que implica em comprometimento do sustento da impetrante. Ademais, é razoável também levar em consideração a desproporção entre as conseqüências causadas pelo prejuízo que foi resguardado pela liminar e as que poderão advir à Administração, certamente bem menores, caso mantida a decisão agravada.

Diante de tais circunstâncias, vota-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto da Relatora, a Terceira Câmara de Direito Público, por maioria, decidiu conhecer do agravo e, por unanimidade, negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencido, o eminente Sr. Des. Rui Fortes. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Plínio Cesar Moreira.

Florianópolis, 7 de novembro de 2003.

Anselmo Cerello,
Presidente, com voto;
Sônia Maria Schmitz,
Relatora.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Rui Fortes:

Dissenti, *data venia,* da douta maioria, porque na época do julgamento do reclamo sustentava o entendimento de que não era possível a interposição do recurso de agravo de

instrumento contra a decisão do Magistrado que, em sede de mandado de segurança, concedia ou não liminar, tendo em vista a ausência de previsão legal, e por ser incompatível com o rito célere do *writ of mandamus*. Nesse sentido: AI n. 2003.002113-2, de São José; AI n. 2003.001908-1, de Porto Belo; AI n. 2002.022790-6, de Joinville, todos de minha relatoria.

Entretanto, após refletir sobre a *quaestio*, e principalmente depois dos debates realizados no colendo Grupo de Câmaras de Direito Público, até por uma questão de segurança jurídica, passei a aderir à tese no sentido de ser cabível a interposição do agravo de instrumento nessas situações. Convergindo nesse sentido: "Da decisão que em mandado de segurança concede ou denega a liminar cabe agravo de instrumento" (PUJ n. 2001.000851-9/0001.00, Grupo de Câmaras de Direito Público).

Rui Fortes.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2004.004979-0, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Mandado de segurança – Preliminares – Legitimidade e ilegitimidade da impetrante e da Celesc – ICMS – Incidência sobre o valor referente à "demanda de reserva de potência" – Ausência de fato gerador – Afronta ao art. 19 do Convênio n. 66/88.

— "Assentou a primeira Turma que o contribuinte de fato tem legitimidade para propor ação em que se discute cobrança de ICMS" (REsp n. 183.087/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, in *DJU de 11-3-2002).*

— "A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor" (art. 19 do Convênio n. 66/88).

— "Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência" (REsp n. 222.810/MG).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2004.004979-0, da comarca de Itajaí (Vara da Fazenda), em que são apelantes Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. – Celesc e o Estado de Santa Catarina, sendo apelada Operadora Logística Itajaí Ltda. – ME:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, rejeitar as preliminares, e, no mérito, à unanimidade de votos, negar provimento aos recursos e à remessa.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela empresa Operadora Logística Itajaí Ltda. – ME contra ato do Gerente Regional da Fazenda Estadual da 2ª Região, objetivando, em síntese, a concessão de liminar (deferida às fls. 51 a 53) visando à suspensão da exigibilidade do ICMS sobre a "demanda de reserva de potência", e, a final, a concessão da segurança, porquanto a cobrança de tributo somente é possível quando ocorre o fato gerador, "que é a efetiva entrega da energia elétrica ao consumidor", nos termos do art. 19 do Convênio n. 66/88.

Em prol de suas assertivas, cita precedentes do Superior Tribunal de Justiça e junta documentos (fls. 22 a 50).

Determinada a notificação do Gerente Regional da Fazenda Estadual e do Chefe da Agência Regional da Celesc para prestar as informações (fl. 53), estes vieram aos autos (fls. 54 a 71 e 74 a 86), tendo o segundo argüido preliminares de ilegitimidade para figurar no pólo passivo da impetração e ilegitimidade ativa da impetrante. No mérito, aduziu que a pretensão imerece prosperar, pois nada mais fez do que cumprir o disposto nos artigos 1º e 2º da Lei n. 10.438/02, e bem assim os princípios da "proporcionalidade e da modicidade das tarifas" (fls. 57 a 71).

O Gerente Regional da Fazenda também argüiu a ilegitimidade ativa da impetrante, tendo asseverado, no mérito, a legalidade da "inclusão do custo da demanda de potência no preço da energia elétrica cobrada da impetrante", devendo por tal motivo ser denegada a segurança (fls. 74 a 86).

O Ministério Público opinou favoravelmente à pretensão (fls. 87 a 92).

O Juiz de Direito, após repelir as preliminares, concedeu em definitivo a segurança. Condenou apenas o

Chefe da Agência Regional da Celesc ao pagamento das despesas processuais, uma vez que, "isento o Estado, *ex vi* do art. 35, *i*, da LC n. 156/97", deixando, outrossim, de fixar a verba honorária por ser incabível, nos termos da Súmula 512 do STF (fls. 93 a 102).

Apelaram a Celesc S.A. e o Estado de Santa Catarina, ocasião em que repisaram as preliminares e a matéria de mérito anteriormente expendidas (fls. 105 a 116, e 117 a 127).

Com as contra-razões, e sem a manifestação do Ministério Público (fls. 130 a 139 e 140 e 141), os autos, preparados (fl. 116v.), ascenderam a este Tribunal, e, aqui, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Sérgio Antônio Rizelo, opinou pelo não conhecimento do recurso da Celesc S.A., e pelo provimento daquele manejado pelo Estado de Santa Catarina, provendo-se em parte a remessa apenas para isentar o ente público do pagamento das custas processuais (fls. 145 a 150).

II — Voto

A preliminar de ilegitimidade da impetrante para ingressar com a ação imerece prosperar. É ela, sem dúvida, a contribuinte de direito e de fato, uma vez que integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente, e, nesse contexto, é quem deverá suportar o ônus da tributação repassada na fatura de energia elétrica.

Nesse sentido, o acórdão do STJ citado pela recorrida à fl. 134:

"Tributário. ICMS. Energia elétrica. Legitimidade do consumidor. Contribuinte de fato.

"1. Assentou a Primeira Turma que o contribuinte de fato tem legitimidade para propor ação em que se discute cobrança de ICMS.

"2. Precedentes.

"3. Recurso não provido" (REsp n. 183087/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, *in* DJU de 11-3-2002).

Da mesma forma, quanto à preliminar de ilegitimidade passiva da Celesc, deve aludida empresa continuar no feito, pois a "reserva de potência" faz parte do contexto do contrato entre ela e o usuário (fls. 31 a 36).

No tocante ao recurso do Estado de Santa Catarina, deve ser desprovido.

De acordo com o Contrato de Fornecimento de Energia Elétrica entabulado entre as Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. e a impetrante em 4 de janeiro de 2002 (fls. 31 a 36), aquela colocaria "à disposição do consumidor, segundo o cronograma abaixo, as seguintes demandas de potência, cujos valores serão denominados de Demandas Contratadas": (Cláusula quarta), sendo que pela cláusula quinta, o "consumidor obriga-se a pagar à Celesc o valor correspondente à demanda contratada, ainda que deixe de utilizá-la, total ou parcialmente, [...]".

Demanda contratada, segundo o item VIII (fl. 37), corresponde à "demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela Celesc no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (KW)".

Giza-se que a pretensão não é a declaração da ilegalidade da "demanda reservada", mas, sim, da incidência do ICMS sobre tais valores, os quais vêm sendo inseridos nas faturas de energia elétrica da impetrante, consoante se observa às fls. 46 e 47.

De acordo com o art. 19 do Convênio n. 66/88, "a base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de substitutos, é o valor da operação da qual decorra a entrega do produto ao consumidor". Tal se dá quando a energia elétrica é entregue no estabelecimento do adquirente e por ele consumida.

Disso decorre que, enquanto a energia permanecer nas linhas de transmissão da concessionária, sem ingressar no ponto de entrega do contribuinte, considerado como sendo "a conexão do sistema elétrico do concessionário, com as instalações de utilização de energia do consumidor, devendo situar-se no limite da via pública com o imóvel em que se localizar a unidade consumidora", não se pode reputar como ocorrido o fato gerador do ICMS, que é a circulação de mercadoria, no caso, a energia elétrica. Por isso que inviável a incidência desse tributo sobre o valor de contrato referente a garantir "demanda reservada de potência", já que esta, como o nome indica, fica apenas à disposição do consumidor para ser utilizada em caso de necessidade.

É que o valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, a exemplo do ICM, como bem leciona Gilberto Ulhôa Canto, em sua obra "Direito Tributário Aplicado", Forense, 1992, p. 125, "terá que consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto do consumidor (art. 19, do Convênio ICM n. 66/88). E este é, sem a menor possibilidade de dúvida, o da energia elétrica efetivamente consumida, o que corresponde, no caso da energia elétrica, no valor da operação de que decorreu a saída, que é a energia consumida".

A jurisprudência não destoa, conforme se observa da decisão proferida no Recurso Especial n. 222.810/MG, em que foi relator o Ministro Milton Luiz Pereira, cuja ementa é a seguinte:

"Tributário. ICMS. Energia elétrica. Contrato de demanda reservada de potência. Fato gerador. Incidência.

[...]

"2 – O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamen-

te consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

"3 – O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos.

"4 – Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência.

"5 – A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.

"6 – A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado".

Ou:

"Tributário – ICMS – Energia elétrica: demanda reservada – Fato gerador, art. 116, II, do CTN.

"1. A aquisição de energia elétrica para reserva, formalizada por contrato, não induz à transferência do bem adquirido, porque não se dá a tradição.

"2. Somente com a saída do bem adquirido do estabelecimento produtor e o ingresso no estabelecimento adquirente é que ocorre o fato gerador do ICMS (art. 19 Convênio 66/88) e art. 166, II, do CTN.

"3. Recurso especial provido" (REsp 343.952/MG, rela. Mina. Eliana Calmon, *in* DJU, de 17-6-2002, p. 244).

Presente, pois, o alegado direito líquido e certo, que "é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração" (Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e *Habeas Data*, 19ª ed., 1998, p. 34 e 35), tem-se que a manutenção da sentença que concedeu a segurança é medida que se impõe.

III — Decisão

Decidiu a Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, rejeitar as preliminares, e, no mérito, também à unanimidade de votos, negar provimento aos recursos da Celesc e do Estado de Santa Catarina. Em remessa, manter a sentença, também no tocante à isenção do ente público ao pagamento das custas processuais, uma vez que de acordo com o art. 35 da LC n. 156/97.

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. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 25 de maio de 2004.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente e Relator.

JURISPRUDÊNCIA PENAL

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2003.017119-3, DE LAGES

Relator: Des. Solon d'Eça Neves.

Embargos infringentes – Atentado violento ao pudor – Conduta omissiva – Pretendida absolvição – Absolvição nos moldes delineados no decisum *monocrático.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2003.017119-3, da comarca de Lages, em que é embargante I. H. V. e embargada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por maioria de votos, acolher os embargos infringentes, mantendo a absolvição de primeiro grau, expedindo-se alvará de soltura, se por outro motivo não estiver presa.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Lages, I. H. V. e S. M. L. R. foram denunciados como incursos nas sanções do art. 214, c/c o art. 224, *a*, e art. 226, II, todos do CP.

Após a instrução, I. H. V. foi absolvida com fulcro no art. 386, VI, do CPP, e o acusado S. M. L. R., condenado à pena de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Irresignados, o representante do Ministério Público e o réu S. M. L. R. apelaram. O primeiro colimando a condenação de I. e o segundo, a absolvição ou a redução da pena.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento dos apelos.

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por maioria de votos, dar provimento ao recurso do Ministério Público, condenando I. H. V. à pena de 6 (seis) anos, 1 (um) mês e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, como incursa nas sanções do art. 214, c/c os arts. 224, *a*, 226, I e II, e 29, § 1º, todos do Estatuto Repressivo, tendo o Des. Torres Marques votado pela manutenção da absolvição da apelante.

Dessa decisão sobreveio os presentes embargos infringentes. A embargante pretende o afastamento da condenação alegando não ter contribuído para a prática do delito.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Luiz Fernando Sirydakis, opinou pelo provimento dos embargos.

É o relatório.

Razão assiste ao ilustre Parecerista.

Pretende a embargante, com arrimo em voto vencido, a absolvição, alegando que não contribuiu para a prática do delito, por omissão.

Extrai-se do *decisum* monocrático (fls. 167 e 168):

"[...] entendo não ter ficado robustamente comprovado que a acusada I. tenha qualquer responsabilidade penal pelo acontecido e deva ser punida, até porque ficou provado, sem nenhuma dúvida, de que o acusado agredia tanto a vítima e suas irmãs, como sua companheira I. e, se esta, num primeiro momento omitiu-se, fê-lo por medo.

"Veja-se o depoimento de M. I. V., irmã da acusada:

'que, devido às agressões que era vítima, e talvez por medo, I. não se envolvia [...]'.

"Porém, à fl. 6 consta o termo de requerimento formulado pela acusada contra S. M. L. por ele ter abusado de sua filha.

"Vê-se pois, que o acusado S. agredia e intimidava tanto as meninas quanto sua companheira, a acusada I.

[...]

"Por ocasião do estudo social do caso, fl. 137 e seguintes, a vítima relatou ter 'sido vítima de abuso sexual por parte do padrasto S. M. L. R. Relata que S. acordava no meio da noite e pedia a ela que fosse dormir na cama do casal, não lhe restando outra alternativa que não obedecê-lo, uma vez que tinha medo que este a matasse. [...] A mãe não só sabia como chegou a presenciar o ato do companheiro, mas não podia defendê-las porque também era agredida e tinha medo de S.' (fl. 141)".

Dois aspectos são relevantes. O primeiro é o fato de a embargante ter tomado a iniciativa de requerer a abertura de inquérito policial contra S.

(fl. 6). O segundo é a existência de dúvida quanto à participação ou omissão consciente, como bem salientado pelo ilustre Procurador no parecer de fls. 276 a 278:

'[...] apesar dos argumentos expendidos nas razões ofertadas, também não está o mesmo a merecer acolhida, porquanto tendo em vista, no mínimo, a existência de dúvida a respeito da participação, ou consciente omissão da apelada mulher em defesa de sua filha F., deve ela ser resolvida em favor da acusada, como de fato aconteceu no juízo monocrático [...]'.

Outrossim, o eminente Des. Torres Marques, ao declarar seu voto vencido, assim consignou (fls. 263 e 264):

"A precariedade com que se demonstrou a existência do elemento subjetivo 'dolo' na 'suposta' conduta omissiva da genitora da vítima, exsurge da própria iniciativa da ré em requerer a abertura de inquérito policial contra S. M. L. R., pela prática de atentado violento ao pudor contra a menor F. C. V. (fl. 6).

"Não bastasse, o estudo social revelou ser o agente possuidor de personalidade agressiva, declarando a menor F. (vítima) que 'S. era violento e costumava bater nela, em S. e também na mãe, chegando a deixar hematoma nas três (fl. 141).

"A jurisprudência tem entendido que para a caracterização do crime comissivo por omissão, 'Além do especial dever jurídico de impedir o dano ou o perigo, é também indispensável que haja a vontade de omitir a ação devida (TJSP, RT 643/276)' (Delmanto, Celso. Código Penal comentado, Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 22)".

Destarte, pelas razões esposadas, acolhem-se os embargos para manter a absolvição da embargante conforme o *decisum* monocrático.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Carstens Köhler, Jorge Schaefer Martins e Torres Marques, e, com votos vencidos, Irineu João da Silva, Gaspar Rubik e Sérgio Paladino. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakis.

Florianópolis, 29 de outubro de 2003.

Jorge Mussi,
Presidente, com voto;
Solon d'Eça Neves,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva:

Quedei vencido dos meus pares pelas razões expostas no acórdão de fls. 246 a 262.

Irineu João da Silva.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik:

As razões do meu dissenso em relação ao entendimento esposado

pela douta maioria, que absolveu a embargante I. H. V., não são outras, no fundo, que não aquelas já expostas nas razões de votos proferidos pelo eminente Des. Irineu João da Silva no acórdão da apelação criminal de fls. 246 a 262, ao qual, aliás, por isto mesmo acompanhei, nesse particular, na sessão de julgamento, oportunidade em que se manifestou antecedentemente, apresentando tais motivos de seus posicionamentos contrários.

Por tais razões é que me abstenho de tecer considerações outras, que seriam estéreis, limitando-me a subscrever, permissa vênia, o erudito voto já lançado.

Gaspar Rubik.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino:

Ementa aditiva.

Embargos infringentes. Crimes contra os costumes. Atentado violento ao pudor praticado por padrasto contra enteada menor. Condenação da mãe da infante por não haver agido quando podia e tinha obrigação de evitar o resultado. Pretendida absolvição. Impossibilidade. Crime resultante de omissão. Art. 13, § 2º, *a*, do CP. Dever de cuidado e proteção imposto por lei.

Comete crime comissivo por omissão a mãe que se mantém inerte diante dos crimes sexuais praticados por seu companheiro contra filha menor, embora pudesse evitá-los, porquanto a conduta constitui violação dos deveres de proteção e cuidado inerentes ao poder familiar.

Dissenti da douta maioria por entender que se impunha a manutenção do veredicto condenatório relativamente à embargante, por haver violado o art. 214, combinado com os arts. 224, *a*, 226, incisos I e II, 29, § 1º, e 71, todos do Código Penal, visto que, não obstante tivesse conhecimento da violência sexual praticada pelo amásio contra a própria filha, omitiu-se quando tinha o dever jurídico de evitar o resultado, razão pela qual deve responder pelos crimes por ele perpetrados, na forma do art. 13, § 2º, alínea *a*, do mesmo digesto.

Com efeito, extrai-se dos autos que em diversas oportunidades os denunciados colocaram a vítima para dormir na cama com eles. Nessas ocasiões, o acusado deitava-se despido e obrigava-a, mediante violência, a permitir que com ela praticasse atos libidinosos diversos da conjunção carnal, como toques em seu corpo. Conquanto os presenciasse, a embargante nada fazia (fls. 11, 13 e 14, 28, 29, 56 e 88v., 89 e v., 98v., 110 e 143).

Ora, não obstante a embargante efetivamente soubesse que seu amásio abusava sexualmente de sua filha menor, cuja proteção e defesa tinha obrigação legal de promover, quedava-se inerte, permitindo a prática criminosa. Logo, perpetrou crime comissivo por omissão — ou omissivo impróprio —, definido genericamente no art. 13, § 2º, alínea *a*, do Código Penal, *verbis*:

"Art. 13. *Omissis*.

"§ 1º *Omissis*.

"§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

"a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção e vigilância;

"b) *omissis*;

"c) *omissis*".

Na espécie, competia à embargante proteger a vítima, em decorrência do poder familiar que detinha em relação a ela, razão pela qual não podia omitir-se diante dos abusos sexuais intentados por seu companheiro contra a infante, cujo resultado incumbia-lhe ter evitado.

A propósito, leciona Guilherme de Souza Nucci:

"A legislação impõe a várias pessoas o dever de cuidar, proteger e vigiar outras, tal como o faz com os pais em relação aos filhos, com os tutores em relação aos tutelados, com os curadores em relação aos curatelados e até mesmo com o administrador de um presídio em relação aos presos" (Código Penal comentado, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 65).

Indaga-se se à embargante não cabia evitar o resultado, diante da agressividade do réu, que lhe incutia medo. De fato, no que concerne ao primeiro crime, não dispusera de condições de evitar, em razão da índole violenta do réu, para cujo enfrentamento carecia de força física. Porém, competia-lhe informar imediatamente a respectiva ocorrência às autoridades policiais ou ao Conselho Tutelar, objetivando a evitar a reiteração, bem como possibilitar a punição do acusado.

Entretanto, como se omitiu no concernente à proteção da vítima, sua filha, dos instintos de seu companheiro, deu causa aos eventos — atentados violentos ao pudor — circunstância que resulta no dever de por isso responder.

A respeito, colhe-se da jurisprudência, *verbis*:

"'Ainda que não haja prova suficiente da efetiva participação da mãe da menor nos fatos delituosos cometidos contra a mesma na sua presença, é de se considerar sua inércia ou passividade como omissão penalmente relevante, porque violou seu dever de proteção para com a filha, concorrendo para a prática dos crimes, pelo que se impõe a condenação da mesma como incursa nas penas cominadas aos mesmos crimes praticados pelo réu, na medida de sua culpabilidade' (TJMG – Ap., rel. José Loyola, RT 725/629)" (Franco, Alberto Silva; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Guastini, Vicente Celso da Rocha, e Ninno, Wilson, Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 1: parte geral, 7ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 230).

Logo, contendo o caderno processual provas de que os crimes co-

metidos por S. contra a vítima podiam e deviam ter sido evitados pela embargante, impunha-se que se mantivesse a respectiva condenação por infração ao art. 214, combinado com os arts. 224, *a*, 226, incisos I e II, 71 e 29, § 1º, todos do Código Penal.

Pelas razões expostas, negava provimento ao recurso.

Sérgio Paladino.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.001122-6, DE DESCANSO

Relator: Des. Jorge Mussi

Processual penal — Crime contra os costumes — Estupro — Vítima menor de 14 anos — Violência presumida reconhecida pelo STJ que, ao prover recurso especial ajuizado pelo Ministério Público, indiretamente condenou o acusado — Questão já decidida definitivamente, ante o trânsito em julgado para as partes — Autos encaminhados ao juízo de origem para aplicação da pena — Observância dos princípios da não supressão de instância e do duplo grau de jurisdição — Incompetência do juízo afastada — Nulidade do decisum *inocorrente.*

Dosimetria — Circunstâncias judiciais que não autorizam a aplicação da pena-base tão acima do mínimo previsto para o tipo — Adequação que se impõe.

Reprimenda — Aumento na terceira etapa por força do contido no art. 9º da Lei n. 8.072/90 — Lesões corporais graves que não decorreram da utilização de violência (física) pelo agente para a consumação do ato sexual — Menoridade da ofendida que já integra o tipo penal em questão — Inaplicabilidade da causa de especial elevação na espécie — Exclusão procedida — Sanção mitigada.

Recurso defensivo parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.001122-6, da comarca de Descanso, em que é apelante Adelar Trevisan, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, afastar a preliminar de nulidade da sentença, por incompetência do Juízo, e, por maioria de votos, dar parcial provimento ao apelo para mitigar a pena.

Custas legais.

1 — Na comarca de Descanso (Vara Única), o órgão do Ministério Público ofertou denúncia contra Adelar Trevisan, vulgo "Ede", dando-o como incurso nas sanções do artigo 213 c/c os artigos 223, *caput*, 224, alínea *a*, e 226, inciso III, todos do Código Penal, c/c o artigo 1º, inciso V, da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 8.930/94, porque, conforme se infere da exordial acusatória de fls. 2 e 3:

"1. Segundo consta nos autos, no dia 31 de maio de 1998, a vítima E. F. P., com treze anos de idade (Certidão de Nascimento de fl. 7), juntamente com algumas amigas, se dirigiu para o Ginásio de Esportes do Distrito de Itajubá, Descanso/SC, onde estava sendo realizado o 'Mate Baile';

"2. Ao chegar, por volta das 20h30min, a vítima encontrou na porta do ginásio o denunciado Adelar, que após alguma conversa, simulando ser outra pessoa e arranjando desculpas, conseguiu com que a vítima E. fosse dar uma volta de carro, seguindo, então, para uma pedreira, num local ermo;

"3. Tendo parado o seu veículo, trancado as portas e aumentado o volume do rádio, de posse de um canivete, mediante graves ameaças, o denunciado despiu a vítima e constrangeu-a a manter conjunção carnal, satisfazendo sua lascívia ignóbil, mesmo diante das negativas quanto ao consentimento para o ato e das reclamações de dor;

"4. Consumada a conjunção carnal, o denunciado novamente ameaçou a vítima no sentido de que não contasse os fatos a ninguém, exigindo, inclusive, que E. se desfizesse de uma jaqueta que vestia em virtude de a mesma ter ficado manchada do sangue decorrente das lesões sofridas durante a relação sexual;

"5. Com respeito às lesões, de natureza grave, verifica-se que a vítima sofreu 'laceração funda do saco de Douglas com hemorragia', resultando perigo de vida (auto de exame de conjunção carnal de fl. 8);

"6. Sendo assim, o denunciado consumou o delito de estupro, com violência presumida em razão da idade da vítima, resultando da força empregada para o ato lesão corporal grave, aliado ao fato de ser Adelar casado".

Concluída a instrução criminal, foi julgada improcedente a denúncia, sendo absolvido o acusado, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado com o teor da decisão, o representante do *Parquet a quo* recorreu a tempo e forte no artigo 593, inciso I, do Código de Processo Penal, pretendendo a condenação do apelado, alegando que o delito narrado na exordial acusatória encontrava-se perfeitamente caracterizado, uma vez que este usou de violência e grave ameaça contra a vítima, menor de 14 anos de idade, para com ela manter congresso carnal.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a este grau de jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Valdir Vieira, pelo seu conhecimento e provimento.

Julgando o apelo aforado, este Tribunal, por sua Segunda Câmara Criminal, em acórdão da minha lavra, houve por bem, à unanimidade, manter a sentença absolutória, tudo em razão da dúvida quanto ao consentimento da menor para o ato sexual.

Não conformado com o decidido pelo órgão colegiado, o órgão ministerial ajuizou recurso especial, fundado no art. 105, III, *a* e *c*, da CF/88, sustentando negativa de vigência ao art. 224, *a*, do CP e divergência jurisprudencial, o qual teve seu seguimento admitido.

O Superior Tribunal de Justiça, julgando o apelo especial, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro Relator, estabelecendo que "sendo a vítima menor de 14 anos, a violência é presumida, pouco importando as suas condições individuais", *decisum* que transitou em julgado para as partes.

Retornando os autos do colendo STJ, foram encaminhados ao Juízo de origem, que abriu vista ao Ministério Público para que se manifestasse, o qual se posicionou pelo seu encaminhamento a este Tribunal, onde findou arquivado.

Na seqüência, oficiou-se o *Parquet ad quem* da decisão proferida pelo Tribunal Superior, tendo o órgão ministerial requerido o desarquivamento dos autos e a sua imediata remessa ao STJ, ante o equívoco havido, pois, no seu entender, a decisão do Superior, na sua parte dispositiva, estava incompleta, faltando-lhe a aplicação da reprimenda e a do regime para o seu cumprimento.

Tal pedido foi em princípio deferido, mas em seguida retificado, determinando-se o envio do processo ao Juízo de origem.

E, na Comarca de origem, foi o paciente condenado à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado, por incurso nos arts. 213 c/c 223, *caput*, 224, *a*, e 226, IIII, do CP, combinados ainda com os arts. 1º e 9º da Lei n. 8.072/90, oportunidade em que se lhe negou qualquer substituição de pena e o direito de recorrer em liberdade.

Inconformado com o decidido, o réu apelou a tempo e com fundamento no art. 593, I, do CPP, pretendendo a nulidade da decisão, visto que proferida por juízo incompetente, ou,

no mérito, a sua absolvição, dada a ausência de provas para a condenação; alternativamente, postula que seja mitigada a pena que lhe foi aplicada, tudo nos termos das razões expostas às fls. 294 a 301.

Contra-arrazoado o apelo no sentido de seu parcial provimento, para afastar da condenação o aumento de pena em razão do art. 9º da Lei n. 8.072/90, os autos ascenderam a este grau de jurisdição, no qual a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça posicionou-se pelo seu conhecimento e provimento parcial, para que seja anulada a sentença combatida "e os presentes autos remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, em obediência ao despacho de fl. 277, para que determine a reprimenda a ser cumprida por Adelar Trevisan" (fl. 318).

É o relatório.

2 — Preliminarmente, não há acolher a pretendida nulidade da sentença combatida, ante a alegada incompetência do Juízo prolator.

A questão foi devidamente analisada e rechaçada por ocasião da análise do *Habeas Corpus* n. 2003.005198-8, de Descanso, impetrado em favor do paciente e julgado em 29-4-2003, nos seguintes termos:

"Necessário, primeiramente, fazer-se um histórico dos fatos que ensejaram a prisão do paciente, objeto do presente *habeas corpus*.

"Compulsando os autos principais — Ação Penal n. 084.98.000340-0, que se encontra neste gabinete por força de apelação interposta pela defesa do paciente, e que aqui tomou o n. 2003.001122-6 —, infere-se que o paciente foi denunciado por suposto cometimento do delito descrito nos arts. 213 c/c 223, *caput*, 224, *a*, e 226, III, do CP, combinados ainda com o disposto no art. 1º da Lei n. 8.072/90, tendo a inicial acusatória sido recebida no mesmo dia em que ofertada, ou seja, em 30-6-1998.

"Encerrada a instrução criminal, foi o acusado, ora paciente, absolvido, com fundamento no art. 386, III, do CPP — não constituir o fato infração penal —, já que, desconsiderando-se a presunção de violência prevista no art. 224, *a*, do CP, entendeu-se que a vítima não foi ameaçada ou coagida à pratica do ato sexual.

"Desta decisão houve recurso do Ministério Público, postulando a condenação do réu nos exatos termos da exordial acusatória.

"Julgando o apelo aforado, este Tribunal, por sua Segunda Câmara Criminal, em acórdão da minha lavra, houve por bem, à unanimidade, manter a sentença absolutória.

"Não conformado com o decidido pelo órgão colegiado, o órgão ministerial ajuizou recurso especial, fundado no art. 105, III, *a* e *c*, da CF/88, sustentando negativa de vigência ao art. 224, *a*, do CP e divergência jurisprudencial, o qual teve seu seguimento admitido.

"O Superior Tribunal de Justiça, julgando a insurgência especial, deu provimento à mesma, nos termos do voto do Ministro Relator, para es-

tabelecer que 'sendo a vítima menor de 14 anos, a violência é presumida, pouco importando as suas condições individuais', *decisum* que transitou em julgado para as partes.

"Retornando os autos do colendo STJ, foram encaminhados ao Juízo de origem, que abriu vista ao Ministério Público para que se manifestasse, o qual se posicionou pelo seu encaminhamento a este Tribunal, onde findou arquivado.

"Por força de ofício endereçado ao *Parquet ad quem* dando conta da decisão proferida pelo Tribunal Superior, aquele órgão ministerial requereu o desarquivamento dos autos e a sua imediata remessa ao STJ, pois, no seu entender, tendo sido provido o recurso especial, foi o paciente condenado, estando a decisão do Superior, por isso, incompleta na sua parte dispositiva, faltando-lhe a aplicação da reprimenda e a do regime para o seu cumprimento.

"Tal pedido foi em princípio deferido, mas em seguida retificado, determinando-se o envio do processo ao Juízo de origem, tudo para que não houvesse supressão de instância e em obediência do princípio do duplo grau de jurisdição.

"E, na origem, foi o paciente condenado à pena de 15 anos de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado, por incurso nos arts. 213 c/c 223, *caput*, 224, *a*, e 226, IIII, do CP, combinados ainda com os arts. 1º e 9º da Lei n. 8.072/90, oportunidade em que, justificadamente, se negou ao mesmo qualquer substituição de pena e o direito de recorrer em liberdade.

"Do desenrolar dos acontecimentos processuais mencionados, verifica-se que não há realmente coação ilegal a ser solvida através da via eleita, posto que o paciente se encontra preso em função de sentença penal condenatória, datada de 12-12-2002 e proferida por autoridade competente.

"Não obstante realmente ter-se determinado inicialmente o encaminhamento dos autos principais ao colendo STJ, tal qual requerido pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, na seqüência, retificando-se o despacho, haja vista o erro material nele verificado, ordenou-se a sua remessa ao Juízo de origem, competente para apreciar e julgar os fatos pelos quais o paciente fora denunciado, já que o Tribunal Superior deu provimento ao recurso especial para reconhecer que o acórdão combatido havia negado vigência ao art. 224, *a*, do CP, declarando que 'a norma inserida no art. 224, *a*, do Código Penal é expressa no sentido de que, sendo a vítima menor de 14 anos, a violência é presumida, pouco importando as suas condições individuais' (fl. 265 do feito principal).

"Como se percebe, o colendo Superior Tribunal, ao estabelecer que presunção insculpida na alínea *a* do art. 224 do CP não é relativa, como entenderam a sentença e o acórdão, mas absoluta, indiretamente condenou o paciente, já que a fundamentação

utilizada para a absolvição e sua manutenção pelo nosso Tribunal foi exatamente a desconsideração, no caso, da referida presunção, pouco importando a experiência sexual anterior da adolescente vítima ou não, bem como a existência ou não de provas de que ela havia consentido ou não para a conjunção carnal.

"Desta forma, a competência para a apreciação e julgamento do feito era mesmo do Juízo de origem, até porque se assim não fosse, não teria o paciente o direito de apelar da sentença ora atacada, pelo que foi retificado o despacho anteriormente proferido e determinado o seu encaminhamento para o primeiro grau, tudo para que não houvesse supressão de instância e em fiel obediência do princípio do duplo grau de jurisdição, constitucionalmente albergado.

"E isto porque, como se sabe, o egrégio Superior Tribunal de Justiça não se manifesta sobre fatos e provas, a teor do que sumulou no enunciado de n. 7, que prevê que 'a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial', pois sua função é ser o guardião da correta aplicação e interpretação das normas federais, o que garante a segurança jurídica e igualdade dos cidadãos diante da lei no território nacional, e não a de sopesar as provas produzidas e já devidamente apreciadas pelas instâncias inferiores e fixar diretamente a punição ao condenado, retirando-lhe a oportunidade de revisão ampla neste grau de jurisdição.

"Por isso, não há o que se falar em constrangimento ilegal, já que a autoridade judiciária que prolatou a sentença condenatória ora atacada, da qual pende recurso a este Tribunal, em que se alega exatamente o mesmo do aqui sustentado, ou seja, a incompetência do Juízo prolator da decisão e ainda a ausência de provas para a condenação, era mesmo a apta para tanto [...]".

Diante de tais argumentos, não há falar em erro procedimental decorrente da remessa do caderno processual ao primeiro grau e não ao STJ, porquanto a decisão de fl. 277 obviamente foi tacitamente revogada pela de fl. 279, que lhe sucedeu, nem há cogitar de ocorrência de nulidade do *decisum* pela incompetência do Juízo, que resta prejudicada, uma vez que a questão já foi solvida por ocasião do julgamento do *writ* pelos fundamentos apontados.

3 — No mérito, melhor sorte não lhe socorre.

Argumenta o recorrente que a presunção de violência, insculpida no art. 224, *a*, do Estatuto Penal, deve ser afastada no caso em apreço, pois a vítima, embora ainda não houvesse completado 14 anos à data dos fatos, há muito já havia perdido a inocência e o recato em relação aos assuntos do sexo, sendo habituada às relações carnais.

Diz que, arredada a referida presunção legal, não há elementos comprobatórios da discordância da ofendida ou de que o ato sexual ocorreu por força de grave ameaça ou violência real empregadas pelo acusa-

do, lembrando que a hemorragia que acometeu a adolescente foi decorrente da relação sexual e não de qualquer violência contra si empregada pelo recorrente.

Como ressaltado, a questão quanto à relatividade da presunção de violência já foi definitivamente resolvida pelo Superior Tribunal de Justiça, intérprete maior da legislação federal, que, examinando o caso em sede de recurso especial aforado pelo Ministério Público nos presentes autos, decidiu que "a norma inserida no art. 224, *a*, do Código Penal é expressa no sentido de que, sendo a vítima menor de 14 anos, a violência é presumida, pouco importando as suas condições individuais" (fl. 265), ou seja, desnecessário, para a tipificação do crime aqui analisado, cometido contra menor de 14 anos, indagar se a vítima tinha experiência sexual anterior ou não, se consentiu ou não para a conjunção carnal, nem mesmo se houve ou não grave ameaça ou violência real para a sua consumação.

Para maior esclarecimento sobre ficção legal prevista no art. 224 do Estatuto Repressivo, impende transcrever a seguinte lição doutrinária:

"O dispositivo penal contém, assim, uma presunção legal e se entende por presunção legal 'o procedimento lógico necessário para estabelecer uma relação entre dois fatos na base de uma regra de experiência codificada pelo legislador' (Bettiol, *Sulle presunzioni in generale Scritti Giuridici*, 1966, I/344). A presunção legal constitui, portanto, um abrandamento da prova: 'baseando-se numa regra de experiência, a lei deduz de um fato outro fato e antecipa o procedimento lógico necessário para estabelecer uma relação entre os dois fatos, recorrendo a um parâmetro abstrato de valoração que alivia o juiz do encargo da verificação' (Marzia Ferraiolo, *Presunzione*, *Enciclopedia del Diritto*, 1986, XXXV/308). Este abrandamento de prova não é, contudo, homogêneo: permite graus, conforme a presunção legal se diferencie em absoluta ou relativa. *A presunção legal absoluta mostra-se válida para a generalidade dos casos e não pode o juiz desatendê-la: 'exclui toda tentativa interpretativa que procure demonstrar o contrário do que foi normativamente afirmado como provado' (Marzia Ferraiolo, ob. cit., p. 308). Em outras palavras: 'não será jamais possível no processo usar algum meio de prova para demonstrar a falsidade daquela conclusão lógica que o legislador fixou numa disposição legislativa: verifica-se neste caso aquele fenômeno que Carnelutti chama de equivalência processual entre a prova do fato indiciante e o fato presumido' (Bettiol, ob. cit., p. 344)*. Já a presunção relativa 'pode sofrer a prova de sua falácia para o caso particular quando este se afaste da generalidade dos casos semelhantes e, conseqüentemente, a regra de experiência codificada pode não ter aplicação'. 'O juiz não é obrigado em todo e qualquer caso a aplicar as conseqüências jurídicas do fato presumido pela simples verificação do fato indiciante e estabelecer assim uma equivalência pro-

cessual entre a prova do fato sobre a qual a presunção se baseia e o fato presumido, mas pode admitir, no caso particular, o uso de todo o meio de prova para verificar a ausência de vinculação entre os dois fatos. Assim, a validade da presunção relativa está condicionada à falta de prova contrária' (Bettiol, ob. cit., p. 345).

"*De acordo com o art. 224 do CP, se a pessoa ofendida, nos crimes sexuais, não for maior de cartoze, ou se for alienada ou débil mental e o agente conhecer esta circunstância ou se não puder, por qualquer causa, oferecer resistência (fatos indiciantes), presume-se, por avaliação feita pelo legislador, que o autor do delito atuou com violência (fato presumido) mesmo que, na realidade, tal não tenha ocorrido. Segundo a experiência comum, é deduzível, das situações fáticas explicitadas, o emprego de violência, por parte do agente* […]" (Alberto Silva Franco, Crimes Hediondos — Notas sobre a Lei n. 8.072/90, 3ª ed., RT, SP, p. 335 e 336 — o grifo é nosso).

Levando em conta a doutrina acima citada, e ante a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que à unanimidade de votos declarou absoluta a ficção legal de violência delineada no art. 224, *a*, do CP, decisão que, consoante a certidão de fl. 267, transitou em julgado para as partes, não há discutir quanto à configuração do delito em análise — estupro, perpetrado com violência presumida, por contar a vítima com menos de 14 anos à data dos fatos — e imputado ao recorrente, até porque a autoria e materialidade não foram questionadas pela defesa, uma vez que a primeira foi confessada pelo réu, que em momento algum negou que houvesse mantido relação sexual com a adolescente ofendida, e por descansar a segunda no auto de exame de corpo de delito (conjunção carnal) de fl. 12 e no auto de exame médico-legal de fl. 90.

Nesses termos, resta tão-somente avaliar a pena aplicada na sentença, pois o Tribunal Superior, ao decidir como decidiu, condenou, embora indiretamente, o acusado às penas do art. 213 c/c 224, *a*, do Código Penal.

4 — E quanto à dosimetria, merece reformada a decisão combatida.

Da sentença colhe-se que a pena-base foi aplicada em 8 (oito) anos de reclusão, especialmente em se considerando: a) a culpabilidade, que se entendeu no grau máximo; b) a personalidade do agente, que se teve por deformada, "pois ao atentar contra a liberdade sexual da menor desrespeitou norma de conduta social condizente com a moral e os costumes"; c) terem sido graves as conseqüências, "posto que a idade da vítima autoriza a concluir que os fatos provocaram danos no seu desenvolvimento psicossocial, acrescidas da gravidade da lesão corporal sofrida, acarretando-lhe, inclusive, perigo de vida"; e, por fim, d) que "a vítima não contribuiu para o evento delituoso" (fl. 288).

Certo que o Magistrado, quando da aplicação da sanção, tem larga

margem de discricionariedade. Porém, compulsando as provas amealhadas, percebe-se que as circunstâncias judiciais referidas não autorizam a aplicação da pena em tão elevado patamar.

Com efeito, há nos autos elementos que levam a crer que a adolescente vítima consentiu para a prática sexual, ou ao menos ensejam sérias dúvidas quanto ao seu consentimento, e também que esta tinha mesmo experiência sexual anterior, tanto que o auto de exame de corpo de delito de fl. 19 atesta a ruptura himenal antiga, o que não justifica concluir-se que o fato de o réu com ela se relacionar sexualmente, embora criminoso, ante a presunção legal de violência, seja reprovável no seu mais alto grau, como se entendeu. A culpabilidade, assim, é de ser considerada no seu grau mínimo.

Nesses mesmos moldes também não há dizer que a personalidade do agente seja deformada, uma vez que nada existe no feito que leve a assim crer, e especialmente em se considerando que não se tem provas efetivas de que a conjunção carnal teria ocorrido mediante grave ameaça ou com emprego de violência real por parte do recorrente. Deve a personalidade de Adelar, então, ser considerada normal.

Quanto às conseqüências do delito, não há considerá-las graves apenas ante a idade da vítima à época dos fatos — 13 (treze) anos e 9 (nove) meses —, o que teria levado à conclusão de que "os fatos provocaram danos no seu desenvolvimento psicossocial", sobretudo em se atentando para o fato de existirem provas no processo de que ela tinha pleno conhecimento dos assuntos do sexo e já havia se relacionado com outros homens antes do delito em questão, pelo que não se pode dizer que o ato denunciado teria promovido danos no seu desenvolvimento psicossocial. A gravidade da lesão corporal sofrida, que acarretou inclusive perigo de vida à menor, contudo, justifica a consideração de que as conseqüências tenham sido graves.

Por fim, diante do elenco probatório, impossível afirmar-se com certeza que a vítima em nada contribuiu para a conjunção carnal havida, como asseverado na sentença, já que há forte dúvida quanto ao consentimento da menor para a prática sexual.

Pelo exposto, merece a reprimenda básica ser aplicada em 6 (seis) anos e 3 (três) meses, pois, analisando-se as circunstâncias judiciais, são todas favoráveis ao apelante, salvo as conseqüências do crime, que podem ser tidas por graves, ante a hemorragia sofrida pela vítima.

Na segunda etapa da dosimetria não há agravantes ou atenuantes a se considerar.

Na terceira, de se elevar a pena em ¼ (um quarto), nos termos do art. 226, III, do Código Penal, por ser o agente casado, consoante certidão de fl. 41, totalizando 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão.

De se afastar, por derradeiro, o aumento de pena efetuado em razão da aplicação do disposto no art. 9º da Lei n. 8.072/90, que dita que as penas fixadas para o crime do art. "213, *caput*, 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".

Primeiro porquanto a fundamentação utilizada na sentença para a sua incidência foi a coexistência da ocorrência de lesão corporal grave na vítima e o fato de esta ser menor de 14 anos de idade, o que, diga-se, já havia sido sopesado na primeira fase da dosimetria, acarretando, inclusive, *bis in idem*, dada a dupla consideração da mesma circunstância na terceira etapa da fixação da pena, para os fins da incidência do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos.

Segundo porque o legislador, no *caput* do art. 223 do CP, para qualificar o crime em questão, exige que "da violência" (física) utilizada para a sua consumação resulte "lesão corporal grave ou morte", isto é, necessário, no dizer de Julio Fabbrini Mirabete, "para configuração da qualificadora que a lesão corporal de natureza grave decorra da violência, que haja nexo causal entre a força física empregada e a lesão" (Código Penal Interpretado, Atlas: SP, 1999, p. 1.311). No mesmo sentido é a lição de Damásio E. de Jesus, que entende imprescindível "que exista nexo de causalidade entre a violência empregada pelo agente e o resultado morte ou lesões corporais graves", salientando Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt que "os resultados qualificadores referidos neste dispositivo devem ser preterdolosos, sendo inaplicável as qualificadoras se não houver, pelo menos, culpa (art. 19, CP)" (Código Penal Anotado e Legislação Complementar, RT: SP, 1997, p. 709), sendo no mesmo sentido a lição de Celso Delmanto, que explica que, "em vista da regra do art. 19 do CP (instituída pela Lei n. 7.209/84), não é mais suficiente a simples relação de causa e efeito entre os crimes dos arts. 213 e 214 e o resultado (lesão corporal grave ou morte). Se tal resultado não houver sido causado, ao menos culposamente, pelo agente, serão inaplicáveis as formas qualificadas deste art. 223 e de seu parágrafo único" (Código Penal Comentado e Legislação Complementar, 4ª ed., Renovar: RJ, 1998, p. 408).

E, como visto, na hipótese dos autos o agente não empregou violência física para a consumação do delito, existindo inclusive sérias suspeitas de que a vítima teria concordado com o ato sexual, pelo que se pode concluir que a lesão verificada, muito embora tenha relação com o ato sexual denunciado, não foi causada pelo réu, ou seja, não foi resultante de "força empregada para o ato", como consta na denúncia (fl. 3), não se podendo, por isso mesmo, imputá-la ao recorrente sequer culposamente. Como bem anotado na primeira sentença

proferida, "foi ela, como dito, conseqüência do ato praticado" (fl. 149) e não do emprego de qualquer força física para o ato sexual noticiado.

A jurisprudência dá guarida ao aqui afirmado, ao adotar o entendimento de que nos crimes contra os costumes (estupro ou atentado violento ao pudor), para haver a incidência do aumento do art. 9° da Lei n. 8.072/90, indispensável, mesmo nos casos de violência presumida, que *da violência empregada pelo agente* (e não do fato — conjunção carnal — em si) resulte lesão corporal grave ou falecimento à vítima.

Nesse vértice, desta Corte de Justiça:

"Lei n. 8.072/90. Art. 9º. Entendimento pacífico desta Corte no sentido de que somente tem aplicação se do crime resulta lesão corporal grave ou morte. Adequação da reprimenda realizada de ofício [...].

"Segundo o entendimento esposado por esta Corte, o aumento de pena previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/90 tem aplicação unicamente se do crime resulta lesão corporal grave ou morte" (Ap. Crim. n. 2003.003198-7, rel. Des. Sérgio Paladino, publ. no DJSC de 9-5-2003, p. 17 e 18).

Assim, afastada qualquer culpa do agente pelas lesões graves atestadas, não há subsistir o aumento de pena irrogado em função do capitulado no art. 9º da Lei n. 8.072/90 tão-somente pelo fato de a vítima ser menor de 14 anos, pois é firme o posicionamento do egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "na hipótese de crime contra os costumes praticado contra não maior de 14 anos, com violência presumida, não incide a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/90, pois o fundamento dessa causa é a violência contra criança, e esta, em sua modalidade ficta, já constitui elemento constitutivo do tipo, sendo inadmissível um *bis in idem*" (HC n. 25.321/SP, rel. Min. Vicente Leal, DJU de 7-4-2003, p. 340).

No mesmo norte:

"Penal. Estupro. Vítima menor de catorze anos. Pena cominada pela Lei n. 8.072/90.

"Na hipótese de crime contra os costumes praticado contra não maior de 14 anos, com violência presumida, não incide a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/90, pois o fundamento dessa causa é a violência contra criança, e esta, em sua modalidade ficta, já constitui elemento constitutivo do tipo, sendo inadmissível um *bis in idem*.

"Precedentes do STJ.

"Recurso especial conhecido e desprovido" (REsp n. 334.585/SP, rel. Min. Vicente Leal, DJU de 24-2-2003, p. 316).

E mais:

"A afirmação da caracterização da causa de aumento prevista no artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos, em caso de estupro com violência presumida, ofende o princípio *non bis in*

idem, enquanto conseqüencializa a dupla consideração de um mesmo fato" (HC n. 18.809/RJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 4-2-2002, p. 575).

Referida orientação tem sido acompanhada por nosso Tribunal de Justiça, que tem constantemente decidido que "nos crimes de atentado violento ao pudor praticado contra menor de 14 anos, em que há violência presumida em razão do disposto no art. 224, *a*, do Código Penal, e esta integra o tipo penal, impossível a aplicação do aumento do artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos pois constituiria *bis in idem*" (Ap. Crim. n. 2002.012155-0, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, julgada em 20-8-2002).

Portanto, a pena do recorrente resta definitiva em 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, mantida, no mais, a decisão profligada.

5 — Diante de todo o exposto, afasta-se a preliminar de nulidade da sentença, por incompetência do juízo, e dá-se parcial provimento ao apelo para mitigar a pena, fixando-a em 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, mantida, no mais, a sentença atacada.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik e, com voto vencido, quanto à exclusão da causa de especial aumento prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves, lavrando o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 10 de junho de 2003.

Jorge Mussi,
Presidente e Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves:

Ousei dissentir da maioria porque entendo perfeitamente aplicável a causa de aumento de pena prevista no artigo 9º da Lei n. 8.072/90, mesmo que não tenha ocorrido lesão corporal grave ou morte. O espírito do legislador me parece claro ao prever a aplicação do gravame quando a vítima estiver nas condições do artigo 224 do Código Penal.

A matéria é controvertida, bem sei, havendo parte dos tribunais pátrios considerado inconstitucional sua aplicação, no caso de violência presumida, por não permitir a individualização da pena pela possibilidade de ferimento do princípio do *ne bis in idem* e de ofensa ao princípio da legalidade. Não me parece que prejudique a individualização da pena, porque esta só acontece na terceira fase e o acréscimo de metade só incide após estabelecida a pena-base. Outra questão é o princípio do *bis in idem,* que também resta prejudicado, porque a violência presumida não é do tipo penal, é circunstância personalizada, e, por conseqüência, não ofende o princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, XXXIX, da CF/88, que, embora não deixe claro os seus efeitos, não há

dissociá-los do princípio do *bis in idem* ali contido implicitamente.

Bem verdade que o Supremo Tribunal Federal em vários julgados entendeu que não há inconstitucionalidade na aplicação do artigo referido, conforme se pode constatar no HC n. 78.229-6, rel. Min. Carlos Velloso (RT 767/514); HC n. 76.004 (RT 759/529), isto é, o art. 9º e a violência presumida.

Vê-se que a presunção de violência é utilizada pelo legislador de duas formas distintas num caso e no outro. O artigo 224 auxilia na formação do tipo, enquanto que o art. 9º é causa especial de aumento de pena. Por outro lado, mesmo auxiliando a formar o tipo, cabe lembrar que o elemento típico é a violência, e não só a situação que a faz presumir (RJTJSP 171/310).

Isso nos conduz à conclusão de que não pode ser identificada como *bis in idem*, "pois, para que isso acontecesse, necessário seria que de um mesmo fato ou circunstância derivassem duas providências ou medidas da mesma natureza e idêntica finalidade" (TJSP, Ap. Crim. n. 124.034-3/0, rel. Des. Marcio Bártoli, RT 692/265).

Assim, em resumo, o art. 9º da Lei n. 8.072/90 estabelece uma causa de aumento de pena aplicável em relação aos delitos enumerados no próprio dispositivo penal. O simples fato de a vítima encontrar-se em qualquer das hipóteses do art. 224 do CP acarretará, como conseqüência, um aumento de pena, respeitado, evidentemente, o limite máximo de 30 (trinta) anos de pena aplicável.

Em diversos julgados tenho deixado consignado que "Conforme recente jurisprudência (STF, HC n. 81.288/SC, julgado em 17-12-2001), o aumento do art. 9º da Lei n. 8.072/90 é admissível nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor na sua forma simples, quando a vítima estiver nas condições previstas no art. 224 do Código Penal, que deve ser considerada tanto para presumir a violência do tipo penal, como para o aumento previsto independente da ocorrência de lesão grave ou morte, bastando a condição de ser menor de catorze anos" (Ap. Cív. ns. 2002.010757-9, de São Bento do Sul; 2002.017958-8, de Orleans, e 2002.025627-2, de Palmitos).

Assim exposto, mantenho a condenação, nos termos da sentença, e a aplicação da causa especial do artigo 9º da Lei n. 8.072/90, embora vencido pela maioria quanto a esse aspecto.

Solon d'Eça Neves.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.023737-7, DE TUBARÃO

Relator: Des. Souza Varella

Júri – Quesitação – Excesso culposo – Nulidade por falta de quesito obrigatório – Júri anulado.

Na legítima defesa, negada a necessidade do meio empregado, é imperiosa a quesitação sobre a moderação que, se reconhecida, implica na quesitação sobre os excessos

Havendo defeito no questionário obrigatório, capaz de induzir em erro o conselho de sentença, a declaração da nulidade independe da oportuna impugnação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2001.023737-7, da comarca de Tubarão (Vara Criminal), em que são apelantes e apelados Valdeci Correa Camilo e a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, decretar a nulidade do julgamento.

Custas conforme a lei.

Valdeci Correa Camilo foi pronunciado como incurso nas sanções dos arts. 121, *caput*, § 2º, inciso IV, e 129, § 1º, inciso II, c/c os arts. 61, II, *e*, 69, *caput*, todos do Código Penal.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, resultou absolvido.

Houve recurso do Ministério Público, e esta Câmara, por votação unânime, anulou o julgamento.

Submetido a novo julgamento, resultou condenado à pena de 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto, por infração aos artigos 121, § 1º, e 129, § 4º, ambos do Código Penal.

Inconformados, tanto o Promotor de Justiça quanto o sentenciado interpuseram recursos.

Em suas razões o réu argüiu nulidade de quesitação, tendo em vista não terem sido formulados quesitos referentes ao excesso culposo na legítima defesa da honra.

A Promotora de Justiça pede também a nulidade do julgamento por cerceamento de acusação, já que "conforme protesto devidamente consignado na ata de fls. 298 a 302, quando da realização dos debates orais, a defesa, em flagrante violação ao disposto no art. 474 do Diploma Processual Penal, mesmo após advertida de encontrar-se o tempo que lhe era destinado esgotado, continuou dirigindo-

se aos senhores jurados e reiterando as teses defendidas em plenário, importando tal conduta em nulidade absoluta do julgamento, nos termos do art. 564, inciso III, alínea *i*.

"Também que o Juiz Presidente recusou-se a submeter a votação dos Jurados os quesitos referentes ao homicídio qualificado e a agravante da utilização do meio que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido, tendo julgado prejudicado tais quesitos ante o reconhecimento do homicídio privilegiado".

Os recursos foram contra-arrazoados, e nesta instância a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento.

1 – Anula-se o julgamento.

Em plenário a defesa sustentou a tese de legítima defesa da honra.

Ao apreciar a tese, o Tribunal do Júri após reconhecer, por maioria (6X1), que o réu agiu em legítima defesa de sua honra, respondeu, também por maioria (4X3), que o réu defendeu-se de agressão injusta à sua honra, e, por votação unânime, que a agressão era atual, negando o quesito relativo ao uso necessário dos meios para repelir a agressão. O Presidente do Júri encerrou a votação, após julgar prejudicados os demais quesitos.

Negado pelo Júri o quesito sobre a necessidade dos meios empregados pelo agente, ainda, assim, deveriam ter sido questionadas a moderação e a natureza do excesso, sob pena de nulidade absoluta por falta de quesito obrigatório (Súmula 156 do STF).

Adriano Marrey anota:

"Negado o 6º quesito, vota-se o 7º, que diz respeito à moderação no emprego dos meios de repulsa. Vale notar que não se pode deixar de indagar acerca do 'uso moderado dos meios de repulsa' somente por ter sido negado o quesito relativo à 'necessidade dos meios empregados'. Assim, 'alegada a legítima defesa, ainda quando os jurados respondam negativamente ao quesito relativo ao uso de meio necessário, faz-se mister, sob pena de nulidade de julgamento, que se manifestem sobre a moderação.

"Por haverem os Jurados afirmado a desnecessidade dos meios empregados em caso de legítima defesa, não se devem considerar prejudicados os quesitos subseqüentes, relativos à moderação no uso dos meios e ao caráter doloso ou culposo do excesso porventura havido.

"Vacilante – a esse propósito – era a jurisprudência do STF. Tornou-se, contudo, pacífico o entendimento acima indicado, desde o julgamento pelo Plenário do STF, sendo Relator o Min. Rodrigues de Alckmin. Ficou então assentado, finalmente, que a 'negativa da necessidade dos meios não exclui a indagação sucessiva da moderação *stricto sensu* e do elemento subjetivo caracterizados do excesso'" (Teoria e Prática do Júri, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 563 e 564).

Os precedentes são inúmeros:

"*Habeas corpus*. Júri.

[...]

"Nulidade da sentença por vício de quesitação: Falta de quesito obrigatório. Legítima defesa.

[...]

"1. Negado pelo Júri o quesito concernente à necessidade dos meios empregados pelo agente, ainda assim devem ser questionados a moderação e a natureza do excesso culposo no encerramento da seriação dos quesitos da legítima defesa.

"2. Nulidade absoluta do julgamento, pelo Júri, por falta de quesito obrigatório (Súmula 156).

"3. Tratando-se de defeito no questionário que pode levar o Conselho de Sentença a erro, mesmo não argüido na sessão de Júri, impõe-se a declarar a nulidade [...]" (STF – HC n. 73.477/RJ – rel. Min. Maurício Correa – j. 26-3-96 – DJU 6-9-96).

No voto, o relator refere-se ao parecer do Ministério Público, que cita, entre outras, as seguintes ementas:

"'Ementa: Prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que negada pelo Conselho a necessidade dos meios, devem, ainda assim, ser questionados a moderação *stricto sensu* e o elemento subjetivo determinador do excesso.

'HC deferido para anular o julgamento, a fim de que outro se realize' (HC n. 58.402/RJ – DJ 6-3-81 – p. 1.445).

'Ementa: *Habeas corpus* – Julgamento pelo Tribunal do Júri – Quesitos. É nulo o julgamento quando, da votação de excludente de legítima defesa, embora negado o quesito pertinente à necessidade dos meios, não se submetem ao Conselho os referentes à moderação e excesso.

'*Habeas corpus* deferido' (HC n. 55.916/PR, rel. Min. Cunha Peixoto – DJ 11-9-78 – p. 6.787).

'Ementa – Júri. Excesso culposo.

'1) Sendo obrigatória, segundo orientação majoritária, a indagação do excesso culposo no encerramento da seriação dos quesitos da legítima defesa, torna-se imprescindível a votação do aludido quesito quando negado aquele relativo à necessidade dos meios, indagação que independe da iniciativa da defesa.

'2) Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

'3) Recurso extraordinário conhecido e provido' (ReCr n. 75.904/PR, rel. Min. Barros Monteiro – DJ 28-9-73).

[...]

'Ementa – Júri. Nulidade. Legítima defesa. Uso moderado dos meios necessários. Excesso. Elemento subjetivo.

'Argüida a legítima defesa, e negada pelo júri a necessidade dos meios empregados, impõe-se, de todo modo, a formulação dos quesitos sobre a moderação no uso dos mesmos.

'Ainda, no entanto, que esse requisito composto da legítima defesa não seja reconhecido, cumpre inquirir o júri sobre o elemento subjetivo do excesso.

'Recurso extraordinário conhecido e provido' (ReCr n. 105.558-8/SP, rel. Min. Francisco Rezek – DJ 3-10-86 – p. 18.339).

'Ementa – Júri. Alegação de legítima defesa.

'A resposta negativa dos jurados, quanto à necessidade do meio, não exclui o cabimento da indagação sobre a configuração do excesso culposo.

'Nulidade declarada, por falta de quesito obrigatório (Súmula 156).

'Recurso extraordinário provido' (RE n. 113.393-7/MG, rel. Min. Octávio Gallotti – DJ 14-8-87 – p. 16.091).

"7. Outrossim, tratando-se de defeito no questionário que pode ter levado o Conselho de Sentença a erro, a declaração de nulidade, também na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, independe de oportuna impugnação.

"8. Assim, o julgamento deve ser anulado para que outro se realize, com observância dos critérios legais que informem a elaboração do questionário, ficando prejudicada a outra tese da impetração relativa à nulidade da sentença por vício na fixação da pena".

2 – Conforme Ata (fl. 302) "O Ministério Público protestou contra a não-votação do quesito referente à qualificadora do homicídio, usada de modo que tornou impossível, ou quase, a defesa da vítima, considerada prejudicada pela Presidência, ante o reconhecimento do privilégio da violenta emoção".

Outra nulidade.

Não há incompatibilidade entre as circunstâncias que privilegiam o homicídio e as que o tornam qualificado.

Adriano Marrey:

"Opina Aníbal Bruno: 'Circunstâncias privilegiadoras podem concorrer com as qualificativas. As causas de privilégio são subjetivas. Motivo de relevante valor social ou moral ou emoção violenta justificada pela provocação da vítima não podem concorrer com as circunstâncias qualificativas de caráter subjetivo que logicamente as contradizem, mas admitem concurso com qualificadoras objetivas'" (*in* Teoria e Prática do Júri, 6ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 507).

Heleno Cláudio Fragoso:

"Resta saber se as circunstâncias que tornam o homicídio privilegiado aplicam-se somente ao homicídio simples ou também ao homicídio qualificado. As disposições da nossa lei, situando o homicídio privilegiado no § 1º e o homicídio qualificado no § 2º do art. 121 do CP, fariam crer que somente ao homicídio simples poderiam aplicar-se as hipóteses de privilégio. Como se resolveriam, então, os

casos de concurso de circunstâncias, como o do crime cometido por motivo de relevante valor social ou moral por meio de veneno ou asfixia? O fato apresenta ao mesmo tempo circunstâncias que atenuam e circunstancias que qualificam.

"Autores importantes entendem que as causas de privilégio são incompatíveis com as que qualificam e nesse sentido há julgados dos tribunais (Jur. Crim., n. 284). A nosso ver, no exemplo mencionado devem prevalecer as circunstâncias preponderantes (art. 67, CP), que são as que dizem respeito aos motivos determinantes, devendo, assim, reconhecer-se o homicídio privilegiado. Não será possível considerar a hipótese de concurso em relação às circunstâncias subjetivas de qualificação de homicídio, ou seja, quando o crime é praticado mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; por motivo fútil ou para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. Todavia, em relação às circunstâncias objetivas, que dizem respeito aos meios ou modo de execução (art. 121, § 2º, ns. III e IV), pode haver concurso com as circunstâncias que autorizam a diminuição de pena (art. 121, § 1º) devendo estas prevalecer, pois são preponderantes. O eg. Supremo Tribunal Federal já decidiu neste sentido (RTJ 90/61).

"Os tribunais têm reconhecido a existência de homicídio privilegiado, particularmente em situações de infidelidade conjugal ou que com ela se relacionam (RF 110/499; RT 146/545; 152/84; 151/577)" (*in* Lições de Direito Penal, vol. I, 11ª ed., rev. atualizada por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 37 e 38).

Damásio de Jesus:

"É possível a incidência do privilégio do homicídio às formas qualificadoras?

"É caso de conflito aparente de normas. Num primeiro momento de apreciação, vê-se que o fato se amolda a um tempo na disposição que prevê o privilégio e na norma que descreve a qualificadora.

"O conflito ocorre entre circunstâncias legais especiais. As circunstâncias legais contidas na figura típica do homicídio privilegiado são de natureza subjetiva. Na do homicídio qualificado, algumas são objetivas (§ 2º, III e IV, salvo a crueldade), outras, subjetivas (ns. I, II e IV). De acordo com nossa posição, o privilégio não pode concorrer com as qualificadoras de natureza subjetiva. Não se compreende homicídio cometido por motivo fútil e, ao mesmo tempo, de relevante valor moral. Os motivos subjetivos determinantes são antagônicos. O privilégio, porém, pode coexistir com as qualificadoras objetivas. [...] A circunstância do relevante valor moral (subjetiva) não repele o elemento exasperador objetivo. O mesmo se diga do fato de alguém matar de emboscada e impelido por esse motivo" (*in* Direito Penal, Parte Especial, vol. 2, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 70).

"Homicídio – Privilegiado-qualificado – Possibilidade – Incompatibilidade inexistente entre circunstâncias subjetivas e objetivas – Acolhimento conjunto do relevante valor moral e qualificadora surpresa.

"Processo penal. Júri. Nulidades.

"Admite-se a figura do homicídio privilegiado-qualificado, sendo fundamental, no particular, a natureza das circunstâncias. Não há incompatibilidade entre circunstâncias subjetivas e objetivas, pelo que o motivo de relevante valor moral não constitui empeço a que incida a qualificadora da surpresa" (STJ – REsp n. 1.439/SP, rel. Min. Costa Leite, j. 27-8-91, DJU 23-9-91, RT 680/406).

Pelo exposto, a Câmara, por votação unânime, decreta a nulidade do julgamento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Solon d'Eça Neves e Jaime Ramos, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piaza.

Florianópolis, 20 de agosto de 2002.

Gaspar Rubik,
Presidente;
Souza Varella,
Relator.

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 2003.027289-5, DE SÃO JOSÉ

Relator: Juiz Carstens Köhler

Habeas corpus – *Decisão que decretou a quebra do sigilo bancário dos pacientes – Alegada falta de fundamentação – Despacho que indicou as razões que justificam a medida excepcional – Vício inocorrente.*

Ausência de inquérito policial – Alegado óbice à quebra do sigilo – Peça informativa cuja instauração não é exigida pela lei processual penal.

"Não se pode condicionar a quebra do sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático à instauração prévia do procedimento investigatório" (STJ).

Necessidade e razoabilidade da medida – Infrações cuja apuração requer, no caso concreto, o exame da movimentação financeira dos pacientes – Quebra do sigilo plenamente justificada.

"Legítima a quebra de sigilo bancário e fiscal em caso de interesse público relevante e suspeita razoável de infração penal" (STF).

Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus *n. 2003.027289-5, da Vara Criminal da comarca de São José, em que é impetrante Rodrigo Roberto da Silva e pacientes Pedro Luiz da Silva e Jair Carvalho de Castro:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

I — Relatório

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelo advogado Rodrigo Roberto da Silva em favor de Pedro Luiz da Silva e Jair Carvalho de Castro, com extensão a Neucy e Daniele Ferreira apontando como autoridade coatora a Juíza Substituta em exercício na Vara Criminal de São José, alegando em síntese na inicial (fls. 2 a 25):

— os pacientes foram denunciados pela possível prática do crime descrito no art. 168, § 1º, III, do CP, na forma do art. 71 do mesmo Diploma Legal;

— a autoridade dita coatora haveria decretado a quebra do sigilo bancário dos pacientes, em atenção a requerimento formulado na exordial acusatória;

— a denúncia teria sido oferecida com base no requerimento para abertura de inquérito policial oposto pelo ofendido, sem a realização de qualquer investigação administrativa;

— o pedido de quebra de sigilo bancário não poderia ter sido acolhido, pois a denúncia estaria desacompanhada de elementos mínimos de prova quanto a eventual delito;

— a decisão que decretou a quebra do sigilo bancário careceria de fundamentação;

— inexistiria razoabilidade na medida adotada.

Arrematou com o pleito de extensão da ordem a Neucy e Daniele Ferreira, juntando os docs. de fls. 26 a 106.

Foram prestadas as informações com documentação (fl. 111 a 159).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do doutor Paulo Antônio Günther, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 162 a 164).

II — Voto

De início, impende assinalar que o *habeas corpus* é o instrumento processual cabível para combater decisão que defere a quebra do sigilo bancário, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"*Habeas corpus*. Inquérito policial. Quebra de sigilo bancário. Decisão que pode acarretar constrangimento ilegal à liberdade do paciente. Acórdão do STJ que, mantendo decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, não conheceu de habeas corpus por entendê-lo incabível na hipótese. Acórdão contrário à jurisprudência do STF, que admite o *habeas corpus* (HC n. 79.191, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Ordem deferida para cassar o acórdão do STJ e determinar ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina que julgue o *writ* lá impetrado" (HC n. 81294/SC, Min. Ellen Gracie, j. 20-11-2001).

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência deste Tribunal:

"*Habeas corpus* – Inquérito judicial falimentar – Alegado cerceamento de defesa ante o indeferimento da produção de prova oral e constrangimento ilegal decorrente de quebra de sigilo bancário – Adequação da via eleita – Decisão, no entanto, que atende aos ditames legais e jurisprudenciais – Ordem denegada.

"— É o *habeas corpus* instrumento idôneo para afastar eventual constrangimento decorrente da quebra de sigilo, sempre que deste procedimento possa advir medida restritiva à liberdade de locomoção. Precedentes do STF" (HC n. 2002.019954-6, Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 8-10-2002).

Isso posto, conhece-se do *writ*.

Alega o impetrante, preliminarmente, que a decisão atacada não foi fundamentada, ofendendo o art. 93, IX, da Constituição Federal.

A assertiva não corresponde à realidade dos fatos.

A decisão, cuja cópia está acostada às fls. 104 e 105 dos autos, expende longa argumentação no sentido de que a medida pleiteada pelo Ministério Público é excepcional, pois atinge a privacidade daquele cujo sigilo bancário é quebrado.

Após esses apontamentos, conclui pela necessidade, no caso concreto, da quebra dos sigilos telefônico, bancário e fiscal dos pacientes, ante a presença dos requisitos que a justificam.

Não há, ao contrário do afirmado pelo impetrante, contradição alguma. É incorreto afirmar que "a íntegra da decisão é toda baseada na impossibilidade de se determinar a quebra de sigilo bancário" (fl. 16). A Magistrada apenas aduziu breves considerações sobre a providência requerida pelo Ministério Público, para então apreciar a existência ou inexistência dos pressupostos de lei para sua concessão.

A bem da verdade, em face do que têm considerado os Tribunais Superiores como decisão fundamentada,

a acusação que se poderia formular à decisão vergastada é de prolixidade e não de insuficiência. Veja-se, *verbi gratia*, o despacho proferido no colendo Superior Tribunal de Justiça em deferimento a pedido de liminar em *habeas corpus*:

"Em análise preliminar dos argumentos acostados à exordial, constato estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* autorizadores da concessão da liminar vindicada" (HC n. 031997, Min. Felix Fischer, DJU de 26-11-2003).

Tampouco no que tange à possibilidade de decretação da quebra sem a instauração de Inquérito Policial, o *decisum* merece reforma.

O inquérito policial constitui mera peça informativa destinada a fornecer subsídios para a propositura da ação penal. Não é obrigatória nem para o oferecimento da denúncia, nem para o pedido de quebra do sigilo bancário, pois não a exigem o Código de Processo Penal ou a Lei Complementar n. 105/01.

Inteiramente acertadas as considerações do ilustre Procurador de Justiça Dr. Paulo Antônio Günther, expendidas no parecer:

"Para possibilitar decretação de quebra de sigilo bancário dos réus não era imprescindível existência de inquérito policial. Tendo sido encaminhada documentação ao Ministério Público [(fls. 37 a 103) e relatório de auditoria (fl. 27)], que atestava prática ilícita por parte dos acusados, era tecnicamente possível ao Promotor de Justiça oferecer denúncia com embasamento em tal documentação e requerer quebra do sigilo bancário dos réus, dispensando feitura de inquérito policial, isto porque o inquérito policial presta-se à apuração de ilícito, tendo, dentro da sistemática do Código de Processo Penal, caráter meramente informativo, sendo certo que sem ele é perfeitamente possível propositura de ação penal.

"É lição de Tourinho Filho: 'O inquérito policial é peça meramente informativa. Nele se apuram a infração penal com todas as suas circunstâncias e a respectiva autoria. Tais informações têm por finalidade permitir que o titular da ação penal, seja o Ministério Público, seja o ofendido, possa exercer o *jus persequendi in judicio*, isto é, possa iniciar a ação penal. Se essa é a finalidade do inquérito, desde que o titular da ação penal (Ministério Público ou ofendido) tenha em mãos as informações necessárias, isto é, os elementos imprescindíveis ao oferecimento de denúncia ou queixa, é evidente que o inquérito será perfeitamente dispensável. Vejam-se, a propósito, os arts. 12, 39, § 5º, e § 1º do art. 46, todos do CPP' (*in* Manual de Processo Penal. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 64).

"De ser lembrado, também, que dispõe o artigo 27 do CPP: 'Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o

tempo, o lugar e os elementos de convicção'.

"Evidente, pois, que era desnecessária a prévia existência de inquérito policial para tornar possível oferecimento de denúncia e ajuizamento por parte do MP de pedido de quebra de sigilo bancário dos réus, não existindo qualquer mácula a viciar o processo criminal nem nenhum motivo para desconstituir o decreto judicial que determinou a quebra do sigilo bancário dos denunciados" (fls. 163 e 164).

Não é o caso, conclui-se, de exigir a prévia instauração de inquérito policial, uma vez que já pesava sobre os pacientes a acusação formalizada pelo Ministério Público, com supedâneo em sindicância interna da sociedade ofendida, e recebida pelo Juízo.

O acerto da decisão impugnada dependia, portanto, apenas da existência dos pressupostos que autorizassem a quebra decretada, independentemente de estarem eles indicados nos autos de Inquérito Policial ou em outro documento.

Mutatis mutandis, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"I. Não prospera o argumento de ilegalidade da quebra, por ser baseada nas declarações de uma só pessoa, pois tal alegação nada diz com relação à legalidade ou ilegalidade da medida. O que deve ser analisado é se a declaração trazida aos autos tem a capacidade de configurar indício razoável de autoria ou participação em infração penal, sendo certo que a impetração não atacou a sua aptidão para tanto.

[…]

"V. Não se pode condicionar a quebra do sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático à instauração prévia do procedimento investigatório, devendo-se exigir, apenas, que a necessidade de sua realização para a apuração da infração penal seja demonstrada, em consonância com os indícios de autoria ou participação no ilícito e desde que a prova não possa ser feita por outros meios disponíveis.

"VI. A legislação fala em 'investigação criminal', não prevendo, para a interceptação telefônica, a instalação prévia de inquérito policial" (HC 20087/SP, Min. Gilson Dipp, j. 19-8-2003).

Finalmente, quanto à necessidade concreta da medida, ou à suposta violação ao princípio da proporcionalidade, melhor sorte não assiste ao impetrante.

A denúncia narra um esquema criminoso de apropriação indébita de gêneros alimentícios, cometida pelos denunciados contra a sociedade empresária da qual eram empregados na época.

A exordial veio lastreada no requerimento de abertura de Inquérito Policial oferecido pela ofendida – requerimento este que se estende por 53 (cinqüenta e três) folhas, acompanhado por um anexo de mais 17 (dezessete), que descreve pormenori-

zadamente o *modus operandi* supostamente adotado pelos pacientes.

Ao final do requerimento, vêm arrolados 55 (cinqüenta e cinco) documentos, dos quais se destacam numerosos depoimentos de empregados da sociedade ofendida, notas fiscais, relatórios de auditoria interna e fotografias.

Não surpreende, destarte, que o representante do Ministério Público tenha por suficientes os indícios levantados pela própria ofendida, porquanto a apuração realizada por esta delineou um quadro inteiro e completo dos fatos, cuja autenticidade será justamente o objeto de indagação do processo.

De resto, o crime descrito consistiu na apropriação indébita de gêneros alimentícios, que teriam sido vendidos a revendedores por preços mais vantajosos em benefício dos pacientes. O valor estimado dos produtos desviados totaliza, segundo a denúncia, o montante de três milhões de reais.

É evidente que uma movimentação de tal vulto, se efetivamente realizada, deixou marcas indeléveis nos registros bancários dos pacientes, pelo que se evidencia o interesse em trazê-los aos autos.

Saliente-se que os outros meios de prova talvez não permitam esclarecer os fatos com a mesma exatidão que os extratos bancários, pois o esquema – ainda segundo a denúncia – prolongou-se por três anos e envolveu a manipulação de dados em sistema de computador.

Desse modo, seja pela facilidade com que os denunciados, que detinham o controle da filial da ofendida, podiam alterar a escrituração e o controle digital das mercadorias, seja pelo efeito do transcurso do tempo sobre a possibilidade de obtenção de provas, seja para apurar a magnitude do eventual prejuízo causado e do benefício possivelmente auferido, a quebra do sigilo bancário está longe de ser medida injustificada.

Tal fato foi observado pela Magistrada em seu despacho, segundo o qual "somente com tais dados poderá ser verificada a movimentação financeira dos réus" (fl. 105).

Sobre a suposta violação ao princípio da proporcionalidade, basta observar que há inegável interesse público na apuração do fato, e que a prova é de utilidade – *rectius*: necessidade – inegável.

Colhe-se da jurisprudência:

"Processual penal. Recurso ordinário em mandado de segurança. Sigilo bancário. Quebra. Possibilidade. Decisão suficientemente fundamentada. Necessidade da medida para fins de investigação criminal.

"I — A proteção ao sigilo bancário não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante ou de *elementos aptos a indicar a possibilidade de prática delituosa*.

"II — Decisão judicial suficientemente fundamentada, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou instrução processual criminal, não afronta o art. 5º, X, XII e LV, da Constituição Federal.

"III — *Não se há de reputar como arbitrária e ilegal a quebra de sigilo bancário determinada por autoridade judiciária competente, se há indícios suficientes acerca de suposta ocorrência de crime sujeito à ação penal pública, que está sendo investigada em competente inquérito policial.*

"IV — Precedentes.

"Recurso desprovido" (ROMS n 14.929/RJ, Min. Felix Fischer, j. 10-9-2002 – sem grifos no original).

Ressalta-se ainda a observação feita no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, de que "os indícios constantes no relatório de auditoria juntado no processo criminal apontam para um desvio de valores […] decorrente das condutas criminosas dos pacientes, na ordem de três milhões de reais" (fl. 162).

Por fim, salienta-se que sequer os sigilos bancários de Neucy e Daniele Ferreira foram quebrados, apenas os fiscais, o que exsurge até da leitura perfunctória do despacho de fl. 106.

É o quanto basta, inexistindo constrangimento ilegal.

III — Decisão

Diante do exposto, o *writ* se vê, por unanimidade, denegado.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 16 de dezembro de 2003.

Jorge Mussi,
Presidente com voto;
Carstens Köhler,
Relator.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 2003.023014-9, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Sérgio Paladino

Habeas corpus. *Prisão em flagrante. Pedido de relaxamento, à consideração de que não configurada qualquer das hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal. Agente perseguido logo após a prática do crime. Argumento improcedente.*

Se o agente é perseguido logo após a prática do crime, considera-se em flagrante delito, ex vi *do art. 302, inciso III, do Código de Processo Penal, não o descaracterizando a realização de rápidas diligências com vistas a identificá-lo (Mirabete, Julio Fabbrini, Código de processo penal interpretado, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 740).*

Presunção de inocência. Alegada afronta a direito individual. Inocorrência.

"O princípio da presunção de inocência não é óbice ao recolhimento provisório, eis que a própria constituição o coonesta em seu art. 5º, LXI, ao permitir a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem fundamentada e escrita da autoridade competente" (RT 701/316).

Inquérito policial. Alegada inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Desnecessidade. Procedimento de natureza inquisitiva e meramente informativa. Argumento repelido.

Consistindo o inquérito policial em procedimento inquisitivo e meramente informativo, destinado unicamente a prover o órgão do Ministério Público de elementos que lhe permitam o ofereci-

mento da denúncia, não se lhe aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Liberdade provisória. Alegada ausência de fundamentação do despacho que a denegou. Decisão suficientemente motivada. Constrangimento ilegal inexistente.

Se o juiz declinou os motivos que determinaram a manutenção da custódia cautelar do paciente, ao proferir o despacho por meio do qual indeferiu o pedido de liberdade provisória, não há nulidade a proclamar.

Direitos individuais. Art. 5º, incisos III, XLIX e XLVII, alínea e*, da CF. Alegada violação pelo Estado, em face da precariedade do estabelecimento prisional em que o paciente se encontra detido. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Prevalência da inviolabilidade do direito à vida, à segurança e à liberdade dos indivíduos em geral. Art. 5º,* caput*, da Carta Magna. Ausência de óbice à manutenção do encarceramento cautelar.*

A precariedade dos presídios não pode servir de óbice ao cumprimento das prisões cautelares, pois, havendo conflito entre direitos fundamentais, faz-se mister ponderá-los, aplicando-se, para tanto, o princípio da proporcionalidade.

Assim, diante do embate entre os direitos individuais do acusado, assegurados no art. 5º, incisos III, XLIX e XLVII, alínea e*, da Constituição Federal, e os da sociedade, que deve ter garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à segurança, a teor do preceito inscrito no art. 5º,* caput*, da Carta Magna, prevalecem estes, máxime porque, em tese, restaram primeiramente violados pela ação daqueles que necessitam ser cautelarmente segregados pelo Estado.*

Liberdade provisória. Pleito alicerçado na negativa de autoria. Exame no âmbito estreito do writ*. Descabimento.*

O habeas corpus *é o instrumento processual destinado a tutelar a liberdade de locomoção, descabendo o respectivo manejo com vistas ao exame aprofundado ou à discussão e valoração da prova, cujo rito angusto não comporta.*

Homicídio qualificado. Crime hediondo. Concessão de liberdade provisória. Impossibilidade. Primariedade, bons antece-

dentes, emprego certo e residência fixa. Circunstâncias que não obstam à preservação da custódia cautelar. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada.

A concessão de liberdade provisória ao denunciado pela prática de crime hediondo é inadmissível, ex vi *do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.072.*

Decorrendo a custódia de imperativo legal, não se constituem em empecilho à respectiva conservação o fato de o paciente ser primário, possuir bons antecedentes, ter residência fixa e trabalho lícito.

Denúncia. Alegada inépcia, em face da ausência de descrição da qualificadora do homicídio. Pedido ao qual não se juntou a respectiva cópia. Exame impossível. Não conhecimento do writ *no que concerne ao aludido ponto.*

Sujeitando-se o habeas corpus *a procedimento especial, que não contempla produção de provas, incumbe ao impetrante instruir o pedido com os documentos necessários ao respectivo exame, sob pena de impossibilitar o seu conhecimento.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus *n. 2003.023014-9, da comarca de São José (Vara Criminal), em que são impetrantes José Darci da Rosa e Jorge Tadeo Heleno e paciente Adulcio José Macedo:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do *writ* no que concerne à alegação de inépcia da denúncia, e denegar a ordem no que tange ao restante.

Custas na forma da lei.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos Drs. José Darci da Rosa e Jorge Tadeo Heleno em favor de Adulcio José Macedo, objetivando o relaxamento da prisão em flagrante, ao argumento de que ausentes os requisitos arrolados no art. 302 do Código de Processo Penal.

Alternativamente, pleiteiam a concessão de liberdade provisória, à consideração de que o acusado não concorreu para a prática da infração pela qual foi denunciado.

Sustentam, outrossim, a ocorrência de afronta a várias garantias constitucionais, ressaltando que o réu ostenta bons antecedentes, tem residência fixa e família constituída.

A liminar foi indeferida (fl. 93).

Prestadas as informações (fls. 97 e 98), manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Robison Westphal, pela denegação da ordem (fls. 101 a 103).

É o relatório.

Impõe-se a denegação da ordem.

Com efeito, não tem consistência a suscitada nulidade da prisão em flagrante, a qual observou os requisitos do art. 302 do Código de Processo Penal, tendo sido homologada pela Dra. Juíza de Direito.

Considera-se em flagrante delito o agente que: a) está cometendo a infração penal; b) acaba de cometê-la; c) é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; d) é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

No caso, assim que tomaram conhecimento das infrações, os policiais militares dirigiram-se ao local em que foram praticadas, tendo sido informados pelas testemunhas presenciais sobre a identidade de seus autores, Adulcio José Macedo — paciente —, Evandro Bueno de Andrade, Wilson de Mattos, Daniel da Rosa e um quinto indivíduo, delas desconhecido. Ato contínuo, os policiais rumaram na direção indicada pelas testemunhas, prendendo em flagrante o paciente e o comparsa Wilson (fls. 17 a 22).

De outra banda, não descaracteriza o quase-flagrante — art. 302, inciso III, do Código de Processo Penal — a realização de rápidas diligências para a identificação dos autores do crime, como ocorreu no caso concreto, na trilha do escólio de Julio Fabbrini Mirabete, *verbis*:

"Deve-se entender que o 'logo após' do dispositivo é o tempo que corre entre a prática do delito e a colheita de informações a respeito da identificação do autor, que passa a ser imediatamente perseguido após essa rápida investigação realizada por policiais ou particulares" (Código de processo penal interpretado, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 740).

Portanto, como o paciente foi perseguido logo após o cometimento do crime, é impossível acolher-se o argumento de que a prisão em flagrante reveste-se de ilegalidade.

Ademais, ao contrário do sustentado pelos impetrantes, a prisão em flagrante não constitui afronta à garantia da presunção de inocência prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, na trilha da exegese que lhe conferiu a jurisprudência:

"O princípio da presunção de inocência não é óbice ao recolhimento provisório, eis que a própria Constituição o coonesta em seu art. 5º, LXI, ao permitir a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem fundamentada e escrita da autoridade competente" (RT 701/316).

De outra banda, como o inquérito policial tem natureza inquisitiva e

meramente informativa, destinando-se unicamente a prover o órgão do Ministério Público de elementos com vistas ao oferecimento de denúncia, não se lhe aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa, na trilha da jurisprudência:

"Sendo o inquérito policial mero procedimento administrativo, destinado a, eventualmente, propiciar elementos para a ação penal, não incide ainda o princípio do contraditório, a justificar a produção de prova pericial requerida pelo acusado" (RT 522/396).

Outrossim, o despacho que denegou a liberdade provisória em primeira instância encontra-se suficientemente fundamentado, havendo a Dra. Juíza de Direito declinado os motivos que a levaram a manter a custódia do paciente (fls. 83 e 84), afigurando-se, em virtude disso, totalmente improcedente a alegada ofensa ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Por último, a precariedade dos presídios não pode servir de óbice ao cumprimento das ordens de prisão cautelar, visto que, havendo conflito entre direitos fundamentais, faz-se mister ponderá-los, aplicando-se, para tanto, o princípio da proporcionalidade, no rumo do escólio de Luís Virgílio Afonso da Silva, *verbis*:

"A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais" (Silva, Luís Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, RT 798, abril 2002, p. 24).

No caso concreto, há colisão entre os direitos individuais do paciente, assegurados no art. 5º, incisos III, XLIX e XLVII, alínea *e*, da Constituição Federal — os quais, inegavelmente acabam violados em face da precariedade dos estabelecimentos penais do nosso País — e os dos indivíduos em geral, que devem ter garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à propriedade e à segurança, segundo a dicção do art. 5º, *caput*, da Carta Magna.

Decerto que ponderados os direitos em conflito, prevalecem os direitos da sociedade como um todo, máxime porque, em tese, restaram primeiramente afrontados pela ação daqueles que necessitam ser cautelarmente detidos pelo Estado.

Em razão disso, as prisões provisórias são uma forma de garantir a ordem pública, assegurando o direito à vida, à integridade física, ao patrimônio e à segurança dos indivíduos, que não podem ficar à mercê das práticas criminosas.

Ora, na espécie, diante da gravidade dos fatos imputados ao paciente — dois homicídios qualificados,

um consumado e um tentado — é lícito ao Estado restringir seus direitos fundamentais, visando a proteger um bem maior, a saber, a sociedade.

De outro vértice, inviável o manejo do *habeas corpus* para o exame da asseveração da negativa de autoria, com vistas à obtenção da liberdade provisória, visto que esta ação constitucional, erigindo-se em instrumento processual destinado a tutelar a liberdade de locomoção, não comporta exame aprofundado, discussão ou valoração da prova, não se constituindo em panacéia da qual se possa lançar mão visando a solucionar questões que demandem a análise dos parcos elementos de convicção que instruem os autos.

Além disso, respondendo o paciente pela perpetração de homicídio qualificado — crime definido por lei como hediondo — inviabiliza-se a concessão da benesse, sob pena de afronta direta ao disposto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.072/90, a seguir reproduzido:

"Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

Omissis.

"II – fiança e liberdade provisória".

Como a segregação decorre de imperativo legal, o fato de o paciente possuir bons antecedentes, residência fixa, trabalho lícito e família constituída não se torna em empecilho à respectiva manutenção, tampouco pode-se cogitar da incidência ao caso do estatuído no parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, porquanto, em hipótese tal, torna-se prescindível a análise dos motivos que justificaram a prisão preventiva.

Nesse rumo, Damásio E. de Jesus anota que os crimes hediondos são "insuscetíveis de liberdade provisória, nos termos do art. 2º, II, da Lei n. 8.072, de 25-7-90. De modo que a eles é inaplicável o parágrafo do art. 310 deste Código" (Código de processo penal anotado, 18ª ed. atual., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 236)

Além disso, não se pode conhecer do *writ* no que tange à alegação de que o Dr. Promotor de Justiça não descreveu a qualificadora dos homicídios na denúncia, o que impediria o reconhecimento do caráter hediondo dos crimes, visto que obsta ao conhecimento a deficiente instrução, pois os impetrantes — advogados — não juntaram a respectiva cópia, inviabilizando a aferição do alegado constrangimento ilegal.

Ora, sujeitando-se o *habeas corpus* a procedimento especial, que não enseja produção de provas, incumbe aos impetrantes instruírem o pedido com os documentos necessários ao respectivo exame, sob pena de impossibilitar o seu conhecimento.

A respeito, assentou a jurisprudência do Pretório Excelso:

"'O impetrante do *habeas corpus*, especialmente quando deten-

tor de capacidade postulatória, tem o dever processual de instruir adequadamente o pedido que dirige ao órgão judiciário competente para apreciar o *writ* constitucional. O descumprimento dessa obrigação jurídica inviabiliza o exame da postulação. Precedente: HC 68.698, rel. Min. Celso de Mello' (STF – HC n. 70.141-9 – Rel. Celso de Mello – DJU 1º-7-94, p. 17.481)" (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Choukr, Fauzi Hassan; Betanho, Luiz Carlos; Moraes, Maurício Zanoide de; Feltrin, Sebastião Oscar; Bicudo, Tatiana Viggiani, e Ninno, Wilson, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 1, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 579).

Por derradeiro, o requerimento do benefício da assistência judiciária gratuita deve ser deduzido nos autos do processo principal — como ocorreu no caso (fls. 30 a 32) —, incumbindo ao Dr. Juiz *a quo*, ao proferir a sentença, fixar os honorários devidos ao assistente judiciário, ocasião em que avaliará o grau de zelo demonstrado pelo profissional, para o que tomará em consideração a impetração deste *habeas corpus*.

Observa-se, finalmente, que a própria Constituição Federal determina a gratuidade do *habeas corpus*, à luz do preceito inscrito no art. 5º, inciso LXXVII, razão pela qual é isento de custas.

Ante o exposto, não se conheceu do *writ* no que concerne à alegação de inépcia da denúncia, e denegou-se a ordem quanto ao restante.

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 Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 27 de outubro de 2003.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.

HABEAS CORPUS **N. 2003.022088-7, DE PORTO BELO**

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Habeas corpus. *Furto tentado. Prisão em flagrante. Pretensão de ver concedida liberdade provisória. Paciente primário, sem antecedentes. Residência fora do distrito da culpa. Fato insuficiente para a vedação do benefício. Ausência de demonstração da necessidade da manutenção da segregação, com fundamento nos elementos do art. 312 do Código de Processo Penal. Constrangimento evidenciado. Ordem concedida.*

No despacho indeferitório do pedido de liberdade provisória é impositiva a indicação de fatos concretos demonstradores da necessidade da manutenção da segregação. Caso contrário, a vedação constitui constrangimento ilegal sanável por habeas corpus.

Fiança. Instituto absorvido pelo da liberdade provisória, a partir do advento da Lei n. 6.416/67, que acrescentou parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal. Cabendo, portanto, a liberdade provisória, sua concessão é imperativa, independentemente de qualquer ônus, salvo o previsto no caput *do artigo mencionado.*

Com o advento da Lei n. 6.416/67, que acrescentou parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, não mais subsiste a figura da fiança, na prisão em flagrante, sendo que, no caso de ser cabível a liberdade provisória, sua concessão é imperativa, independentemente de qualquer ônus ao acusado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus *n. 2003.022088-7, da comarca de Porto Belo, em que é impetrante Grace Santos da Silva Martins, e paciente Vinícius Alexandre Gonçalves:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem, confirmando a liminar, excluído o pagamento de fiança.

Em 20–9-2003, Vinícius Alexandre Gonçalves foi preso em flagrante, na cidade de Porto Belo, pela prática de furto tentado, encontrando-se os autos com vista ao Ministério Público daquela comarca.

Por meio de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Dra. Grace Santos da Silva Martins, é apontado constrangimento ilegal no despacho indeferitório do pedido de liberdade provisória, com fiança, haja vista tratar-se de agente primário, com bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita. Ademais, acrescenta que o delito pelo qual é acusado é afiançável, suscetível, inclusive, dos benefícios do art. 89 da Lei n. 9.099/95. Dessa forma, entende cabível a liberdade provisória, mediante o pagamento de fiança.

Liminar concedida às fls. 86 a 88 pelo Juiz Substituto de segundo grau Jorge Henrique Schaeffer Martins.

Informações prestadas à fl. 93.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Luiz

Fernando Sirydakis, manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

Razão assiste à impetrante. No despacho indeferitório do pedido de liberdade provisória asseverou a autoridade judicial que "o conduzido não reside no distrito da culpa, podendo, assim, se solto for, frustrar a aplicação da lei penal. Não fosse tal fato, face tratar-se de plantão, inviável torna-se a certificação dos antecedentes, ao menos na região, para aferimento da vida pregressa do conduzido. Ademais, esse foi encontrado na posse da *res furtiva*, não apresentando qualquer justificativa para tanto, mantendo-se em silêncio quando interrogado, de sorte que sua situação, até o momento, não sofreu qualquer alteração que lhe socorresse. Assim, por entender prematura a soltura do conduzido, já que presentes os motivos que ensejam a decretação da prisão preventiva (existência do crime, indícios da autoria, necessidade da segregação para garantia da aplicação da lei penal), indefiro, no momento, a liberdade provisória requerida" (fls. 11 a 13).

Afora as ponderações sobre a existência do crime e indícios da autoria, a liberação do paciente foi vedada pelo fato de residir fora do distrito da culpa, e ante a inviabilidade de certificação de seus antecedentes. Contudo, à impetração, foram juntadas cópias do sistema de automação judiciária, demonstrando sua primariedade e bons antecedentes, fato constatado por meio de nova pesquisa. Também restou demonstrado que possui endereço fixo na Capital do Estado, cursando supletivo, com a respectiva comprovação de freqüência. Dessa forma, o simples fato de residir fora da comarca do crime não pode ser óbice à concessão da liberdade provisória, posto que poderá ser facilmente encontrado.

Assim, impõe-se a concessão da ordem, confirmando-se a liminar, excluído, contudo, o pagamento da fiança. Com o advento da Lei n. 6.416/67, que acrescentou parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, ocorrendo prisão em flagrante, e não sendo viável, em tese, a decretação da prisão preventiva, a concessão de liberdade provisória é imperativa. Não há falar, nessa hipótese, em fiança. Ou cabe liberdade provisória, pois, no caso de inexistência de flagrante não seria decretada a prisão cautelar, ou, caso contrário, é mantida a prisão.

Diante do exposto, portanto, a ordem é concedida em definitivo, excluído, contudo, o pagamento de fiança.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Torres Marques, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakis.

Florianópolis, 21 de outubro de 2003.

Sérgio Paladino,
Presidente;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.023677-5, DE PORTO UNIÃO

Relator: Des. Irineu João da Silva

Processual – Ex-prefeito – Sentença prolatada já na vigência da Lei n. 10.628, de 24-12-2002, que alterou a competência para processo e julgamento de ex-prefeito – Nulidade não suscitada no recurso do Ministério Público – Inteligência da Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal – Precedente desta Câmara e do STF.

"Crime praticado por ex-prefeito municipal, no exercício do cargo. Sentença prolatada pelo juiz de primeiro grau já na vigência da Lei n. 10.628/02, que alterou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, restabelecendo a competência especial por prerrogativa de função, ainda que tenha a ação iniciado após a cessação do exercício da função pública. Nulidade absoluta que, muito embora existente, não pode ser decretada, porquanto não argüida pelas partes nas razões de recurso. Aplicabilidade da Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal.

"Ainda que verificada nulidade processual absoluta, não poderá ser declarada pelo tribunal se não for objeto do recurso exclusivo da defesa, haja vista a possibilidade, nesse caso, de reformatio in pejus*" (Ap. Crim. n. 2003.007935-1, de Itaiópolis, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 3-6-2003).*

Processual penal – Recurso – Dúvida quanto à tempestividade – Conhecimento.

A dúvida sobre a tempestividade do recurso resolve-se em favor do recorrente.

Crime de responsabilidade de prefeito – Utilização indevida de bens e funcionários do município (Decreto-Lei n. 201/67, art.

1º, inc. II) – Ausência de prova do dolo – Absolvição mantida – Recurso ministerial não provido.

O sistema penal há de ser concebido de modo que leve em consideração a realidade humana e social, não ficando dissociado dessas circunstâncias, sob pena de se distanciar dos seus objetivos. Os dogmas jurídicos, frutos da tendência natural do ser humano ao preconceito, devem ser postos de lado, percebendo-se que o direito criminal, como ciência e, principalmente, por seu campo de ação, atua em uma área em que não há absolutismos, mas, sim, verdades relativas. Um direito penal que aspire a alguma eficácia deve respeito às estruturas reais do mundo.

Por isso, diante da realidade do município de Matos Costa, onde grande parte da população urbana e rural não possui condições de adquirir máquinas, é que os atos praticados não ofendem ao princípio da moralidade (pelo contrário!), competindo ao Executivo Municipal disponibilizar trator, caminhões e outras máquinas à população, razão pela qual não restou caracterizado o dolo na conduta do alcaide, haja vista a expressa previsão na legislação municipal e a necessidade da população.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.023677-5, da comarca de Porto União (1ª Vara), em que é apelante a Justiça Pública, por sua Promotora, e apelado Luís Fernandes Steffani:

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

Custas na forma da lei.

Na comarca de Porto União, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Luís Fernandes Steffani, ex-Prefeito do Município da Matos Costa, como incurso nas sanções do art. 1º, inc. II, do Decreto-Lei n. 201/67, porque, *in verbis*:

"O denunciado Luís Fernandes Steffani, acima qualificado, na qualidade de Prefeito Municipal de Matos Costa, no ano de 1999, autorizou a utilização de máquina da municipalidade na realização de serviços particulares no vizinho município de Porto União.

"Segundo se depreende da documentação acostada, no período acima indicado, o denunciado foi autorizado pela Lei Municipal n. 969, de 21 de maio de 1999, a prestar atendimento às comunidades fronteiriças.

"Ocorre que a referida Lei Municipal autorizava 'serviços comunitários', e não serviços em propriedades particulares, como na hipótese.

"Assim, em atos contínuos, foram beneficiados irregularmente, com serviços públicos realizados com máquinas municipais, os Srs. Esmalher dos Anjos Gonçalves de Moraes, Guilherme Geonimo Fagundes e Júlio Cravetz. Um absurdo!

"Houve flagrante e injustificável prejuízo aos cofres públicos, consistente na utilização indevida, em benefício particular, de serviços realizados com máquinas públicas.

"O denunciado, sem qualquer escrúpulo, em flagrante afronta aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, norteadores da administração pública, em ato ilegal, amoral, parcial e criminoso, determinou a utilização indevida de serviços públicos" (fls. 2 e 3).

Concluída a instrução criminal, em 10-6-2003, o acusado restou absolvido, com fulcro no art. 386 do Código de Processo Penal.

Inconformada, a representante do Ministério Público apelou, requerendo a reforma da decisão, para condenar o réu, nos termos da denúncia.

Após as contra-razões, nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Vilmar José Loef, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

1. Preliminarmente, verifica-se que há nulidade absoluta da sentença condenatória, porque prolatada por juízo incompetente. É que a Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que entrou em vigor na data de sua publicação, alterou o art. 84 do Código de Processo Penal, dando-lhe a seguinte redação:

"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".

Dessarte, ainda que o apelado não esteja mais exercendo a função política, a partir de 26 de dezembro de 2002 voltou a ser beneficiado com a competência especial por prerrogativa de função, sendo nula a sentença proferida em 10 de junho de 2003, porquanto "a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior" (CPP, art. 2º).

E, não obstante a discutida constitucionalidade da lei acima mencionada, suscitada em duas ações diretas perante o Supremo Tribunal Federal (ns. 2297-2 e 2860-0), já se tem

decidido, nesta Corte de Justiça, que deve prevalecer a interpretação de validade e eficácia da Lei n. 10.628/2002, para firmar a competência deste tribunal para o processo e julgamento de ex-prefeito por crimes cometidos no exercício do mandato (Recurso Criminal n. 2003.019784-2, de Urubici, deste relator, j. 18-11-2003).

E a solução para o caso encontra-se detalhada no acórdão da Apelação Criminal n. 2003.007935-1, de Itaiópolis, da lavra do ilustre Des. Maurílio Moreira Leite, julgado em 3 de junho do corrente ano:

"Assim, a solução adequada que se apresenta é a declaração de nulidade da sentença para, ratificados os atos procedimentais, outra ser proferida pelo órgão competente. De se notar, à espécie não teria aplicação a proibição da *reformatio in pejus* indireta, haja vista que a nova sentença não seria prolatada pelo mesmo órgão. Neste sentido, o já decidido: '*Reformatio in pejus* indireta. Não tem aplicação ao caso em que a renovação do processo se dá em virtude do reconhecimento da incompetência absoluta *ratione materiae* do juiz prolator da sentença anulada" (STF, RT 558/416). Na espécie, a nulidade seria absoluta em face da competência *ratione personae*. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, interpretando a Súmula 160 ('É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.'), firmou posicionamento que ela é aplicável mesmo nas hipóteses de nulidade absoluta. Em julgamento, na ocasião, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, atendendo manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça, anulou decisão que, por sua vez, anulara sentença absolutória de primeiro grau, sob o entendimento de que a competência seria da Justiça Federal. Leia-se: '20/02/2003 — 18:26 — Incompetência de juiz não anula sentença que absolveu réu quando MP não aponta vício, decide STF (atualizada)

'O Supremo Tribunal Federal concedeu parcialmente hoje um *Habeas Corpus* (HC n. 80263), firmando o entendimento de que a incompetência do juiz não pode servir para anular uma sentença que absolveu os réus. Isso ocorre quando o vício — no caso, a incompetência do juiz — não foi apontado na apelação do Ministério Público.

'A decisão fundamenta-se no princípio de que uma sentença penal da qual apenas o réu recorre não pode ser reformada em seu prejuízo e na Súmula 160 do STF. A Súmula considera 'nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recursos de ofício'. Os ministros do STF entenderam que esse enunciado aplica-se aos dois tipos de nulidades — classificação que os juristas usam para caracterizar os atos jurídicos realizados sem a observância da lei. Há dois tipos de nulidades: as relativas, que são as que podem ser sanadas e as de caráter absoluto, que são insanáveis, como é o

caso da incompetência absoluta de um juiz comum para julgar um processo militar.

'No caso em questão, dois advogados do Estado de São Paulo, processados por falsidade ideológica, foram absolvidos pela Justiça Comum. O Ministério Público apelou ao Tribunal de Justiça para tentar reverter a decisão, sem fazer menção à incompetência do juiz da primeira instância.

'Entretanto, o parecer da Procuradoria de Justiça apontou esse vício, o que levou o TJ/SP a anular a sentença por se tratar de um caso de nulidade absoluta.

'O tema é controverso para os juristas. No caso em questão, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) havia decidido que a nulidade é absoluta e que os efeitos da sentença que absolveu os advogados pelo crime de falsidade ideológica era inexistente, devendo os réus ser processados novamente pelo juízo competente, no caso, a Justiça Federal. Os ministros do STJ também negaram a aplicação da Súmula 160 do STF. A decisão, porém, não foi unânime. A Turma ficou dividida em 3 votos a 2, levando os réus a pedir *Habeas Corpus* ao Supremo.

'No Plenário do STF, o resultado foi o contrário e a controvérsia foi menor. Dos oito ministros presentes, apenas o ministro Moreira Alves foi a favor do indeferimento do *Habeas Corpus*.

'Na sessão de julgamento de hoje, o ministro Nelson Jobim apresentou seu voto após um pedido de vista, e seguiu o relator, Ilmar Galvão, que aplicou a Súmula 160 ao caso. Assim, a maioria dos ministros concedeu o pedido dos réus parcialmente, para considerar superada a questão de incompetência. Isso reverteu a anulação da sentença que absolveu os réus. O Tribunal de Justiça de São Paulo, porém, deverá apreciar o mérito do recurso de apelação do Ministério Público, mas não poderá voltar à questão da competência, até porque isso não foi alegado pela acusação' (Notícias do Supremo Tribunal Federal, de 20-2-03).

"Acerca da matéria, nos diz Fernando Capez: *'Reformatio in pejus*. É a possibilidade do tribunal prejudicar a situação do réu, em virtude de recurso da defesa. Por exemplo: o réu apela visando a absolvição e o tribunal não só mantém a condenação, como ainda aumenta a pena, sem que haja recurso da acusação neste sentido. O art. 617 do CPP proíbe a *reformatio in pejus*, ao dispor que o Tribunal não pode agravar a pena quando só o réu tiver apelado. Diz a Súmula 160 do STF: 'É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício'. Assim, a menos que a acusação recorra, pedindo o reconhecimento de nulidade, o tribunal não poderá decretá-la *ex officio* em prejuízo do réu, nem mesmo se a nulidade for absoluta' (Curso de Processo Penal, 8ª ed., Atlas, p. 426)".

Portanto, apesar da nulidade apontada, a sentença deve ser man-

tida, oportunizando a análise do recurso interposto pelo Ministério Público.

2. Muito embora a certidão confeccionada pela Sra. Escrivã, informando que a Dra. Promotora de Justiça foi intimada da sentença em 7-7-2003, na mesma data em que interpôs o recurso, esteja realmente rasurada, a teor do disposto no art. 575 do Código de Processo Penal, "não serão prejudicados os recursos que, por erro, falta ou omissão dos funcionários, não tiverem seguimento ou não forem apresentados dentro do prazo". Logo, eventual equívoco do auxiliar da justiça não pode ser prejudicial a nenhuma das partes, restringindo o direito fundamental ao contraditório.

Por outro lado, nos casos em que surgem dúvidas referentes à tempestividade do recurso, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça tem assim decidido:

"Processo – Recurso – Dúvida a respeito da tempestividade – Conhecimento" (Recurso Especial n. 25.980-4/SP, rel. Min. Vicente Leal).

Dito isso, e em não se olvidando que, em matéria de recursos, vige o princípio da interpretação em favor do recorrente, segundo o qual a dúvida sobre a sua tempestividade resolve-se em seu favor (*vide* Apelação Criminal n. 2002.021334-4, de Otacílio Costa, deste relator, j. 17-6-2003), o recurso ministerial deve ser conhecido.

3. Contudo, no mérito, não se deve dar provimento ao recurso, mantendo-se a sentença prolatada.

O inciso II do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67, que define os crimes de responsabilidade dos prefeitos, dispõe:

"II — utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos".

No ensinamento de Rui Stoco, em comentários ao Decreto-Lei n. 201/67, e, mais especificamente, ao inciso em questão:

"A primeira condição para configurar-se o crime é a utilização indevida, ou seja, imprópria, inadequada, em desacordo com a lei ou os regulamentos administrativos. A segunda condição é que se trate de utilização de bens, rendas ou serviços públicos. [...] Uma terceira condição: que a utilização se faça em proveito próprio (do prefeito) ou de terceiras pessoas; ou daquele e destas, concomitantemente (Antônio Tito Costa, ob. cit., p. 25).

"[...] a utilização a que se refere a lei, para tipificar o crime, há de ser indevida, ou seja, praticada contra a moralidade, o senso comum, a lei ou os regulamentos públicos. Resumindo: a utilização indevida é a feita com inobservância da específica destinação do bem, da renda ou do serviço público.

"[...] o n. II do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67, [...] expressamente, previu o simples uso indevido de bens, rendas ou serviços públicos como atividade ilícita.

"Não se haverá, pois, falar em *animus domini* ou em *animus rem sibi*

habendi, dos quais prescinde, para caracterização do crime ou mesmo exigir-se a existência de um dano efetivo para a Administração.

"Atente-se, porém, que o legislador acresce um tipo anormal nesta figura delituosa, cujo coeficiente de antijuridicidade, expressado pelo elemento normativo 'indevidamente' exige o dolo específico, não bastando a simples utilização objetiva de bens, rendas ou serviços públicos; exige o preceito primário da norma penal incriminadora que tal utilização seja anormal ou indevida" (Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, 7ª ed., revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, vol. 2, p. 2.698).

E continua:

"O elemento subjetivo é o dolo específico que se traduz na vontade livre e consciente do agente de desviar a adequada utilização de bens, rendas ou serviços públicos, fazendo-o deliberadamente, em favor de si próprio ou de outrem" (ob. cit., p. 2.700).

Para João Gualberto Garcez Ramos, o advérbio "indevidamente", na verdade, constitui o elemento normativo do tipo penal em comento, ou seja, a exigência de que o uso do bem, renda ou serviço públicos seja realizado contra as regras do direito, municipal ou nacional. "A conseqüência prática desse elemento é, precisamente, a seguinte: se o Prefeito Municipal usar do bem, renda ou serviço dentro das regras legais, previamente estabelecidas, não há tipicidade na conduta. Se tiver pago pelo uso, ou se tiver sido previamente autorizado pelo órgão competente, o tipo penal não se aperfeiçoará. Não deixa de ser, por essa razão, um elemento negativo do tipo penal incriminador" (Crimes Funcionais de Prefeitos, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 34).

E é esse exatamente o caso dos autos.

O conteúdo das informações coletadas nos depoimentos das testemunhas revela que, efetivamente, os funcionários da Prefeitura do município de Matos Costa realizaram serviços de conservação de estradas, destoca e terraplanagem inclusive em propriedades particulares.

Em Juízo, Dorival Rodrigues, a própria pessoa que disse ter efetuado a notícia criminal, afirmou que a estrada que passa na propriedade de Esmalher Gonçalves dos Anjos de Moraes serve, também, a outros proprietários, "inclusive, um carro da Prefeitura buscava as crianças para a escola através daquela estrada" (fl. 122).

Esmalher Gonçalves dos Anjos de Moraes, por sua vez, confirmou que, em 1999, pediu as máquinas da Prefeitura de Matos Costa para que fosse feita a manutenção da estrada, pois tem uma filha doente que depende de carro para ir à escola. Esclareceu, ainda, que seus vizinhos também utilizavam as máquinas da Prefeitura para fazer obras em suas propriedades, ocasião em que davam óleo, pagando na Prefeitura (fl. 123).

Segundo Júlio Cravetz, parte da estrada que fica em sua propriedade dá acesso à localidade de Cerro Pelado e outras pessoas utilizam-se dela (fl. 124).

Natalino Jesus Lapeano afirmou que, quando as máquinas estavam na região, faziam a conservação das estradas e, desde que o proprietário tivesse realizado o pedido e efetuado o pagamento, também, a conservação das estradas internas (fl. 125).

Conforme o entendimento da testemunha Aurita Enoe Lanzarini Redolfi, "os trabalhos realizados beneficiam a comunidade" e, "atualmente, o transporte escolar e a saúde utilizam essas estradas" (fl. 126).

E o Sr. Secretário da Agricultura do Município, na época, Antônio Ribeiro Ramos, informa que as máquinas tanto eram utilizadas para fazer estrada como destoca, terraplanagem, silos e esterqueiras. Alguns serviços eram pagos e outros não. Quando se tratava de uma estrada que servia a três ou mais proprietários, não se cobrava, ou quando era para fazer silos ou terraplanagem. Fora isso, deveriam ser pagos, com a entrega de óleo diesel ou em horas-máquina (fl. 127).

Nesse contexto, *data venia* do entendimento dos ilustres representantes do Ministério Público, compulsando os elementos probatórios dos autos, é inevitável a conclusão de que não chegou a se configurar o crime de responsabilidade apontado na exordial, pois não restou evidenciado que o ex-alcaide, na qualidade de Chefe do Poder Executivo do Município de Matos Costa, tenha, dolosamente, desobedecido ao texto do Decreto-Lei n. 201/67, mais especificamente o disposto no art. 1º, inciso II.

É que a Lei Municipal n. 669/94, que instituiu o Programa de Apoio ao Produtor Rural (fls. 52 a 54), prevê a utilização de serviços de preparação e conservação do solo (seção VII), dando apoio e incentivo à atividade do produtor rural, incluindo serviços de destoca com trator de esteira e agrícola (art. 15, incs. I e II), correndo as despesas de combustível das máquinas por conta do produtor rural, além de alojamento e alimentação dos operadores (art. 16).

Por outro lado, a Lei Municipal n. 969/99 (fl. 17) autoriza o Poder Executivo a "executar serviços comunitários nas localidades que fazem divisa com o Município de Matos Costa, especialmente na reparação e conservação de estradas" (art. 1º), sendo que as despesas decorrentes desses serviços correrão por conta de dotações específicas (art. 2º).

Dessa maneira, o ato praticado possui embasamento legal e, por isso, não pode ser considerado ilícito, apesar da aventada "imoralidade", a partir do momento em que não há restrição na Lei Municipal nesse sentido e, mais, a providência foi solicitada por alguns vereadores e autorizada por todos eles (fl. 51v.). Aliás, nada mais lógico se considerarmos a realidade do município de Matos Costa, que possui população aproximada de 5.000 (cinco mil) habitantes, sendo

que, desses, 62,322% (sessenta e dois vírgula trezentos e vinte e dois por cento) vivem na área rural, perfazendo 693 domicílios rurais (http://nutep.adm.ufrgs.br/munisBRASIL/dadosmunis_sc/matoscosta.html).

Ora, o sistema penal há de ser concebido de modo que leve em consideração a realidade humana e social, não ficando dissociado dessas circunstâncias, sob pena de se distanciar dos seus objetivos. Os dogmas jurídicos, frutos da tendência natural do ser humano ao preconceito, devem ser postos de lado, percebendo-se que o direito criminal, como ciência e, principalmente, por seu campo de ação, atua em uma área em que não há absolutismos, mas, sim, verdades relativas. Um direito penal que aspire a alguma eficácia deve respeito às estruturas reais do mundo.

Por isso, diante da realidade do município de Matos Costa, onde grande parte da população urbana e rural não possui condições de adquirir máquinas, é que os atos praticados não ofendem ao princípio da moralidade (pelo contrário!), competindo ao Executivo Municipal disponibilizar trator, caminhões e outras máquinas à população, razão pela qual não restou caracterizado o dolo na conduta do alcaide, haja vista a expressa previsão na legislação municipal e a necessidade da população.

Em caso assemelhado, do qual fui relator, esta egrégia Câmara Criminal assentou:

"Crime de responsabilidade de prefeito – Utilização indevida de bens e funcionários do município (Decreto-Lei n. 201/67, art. 1º, inc. II) – Ausência de prova do dolo – Absolvição mantida – Recurso ministerial não provido" (Ap. Crim. n. 2002.021334-4, de Otacílio Costa, j. 17-6-2003).

4. Diante do exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 16 de dezembro de 2003.

Sérgio Paladino,
Presidente, com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.016115-5, DE XANXERÊ

Relator: Des. Torres Marques

Processual penal – Denúncia que não preenche os requisitos do art. 41 do CPP – Peça que se limita a repetir a dicção abstrata contida na lei – Necessidade de descrição dos fatos concretos que constituíram a conduta da acusada – Cerceamento de defesa caracterizado – Nulidade do processo ab initio *– Precedentes desta Corte.*

Direito penal – Co-réu não apelante – Menoridade à época dos fatos – Prazo prescricional reduzido à metade – Prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa – Extinção da punibilidade – Concessão, de ofício, de habeas corpus.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.016115-5, da comarca de Xanxerê (2ª Vara), em que é apelante Daotina Silva dos Santos, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, dar provimento ao recurso para, de ofício, anular o processo *ab initio* com relação à co-ré apelante e, também de ofício, por maioria de votos, declarar extinta a punibilidade do co-réu não apelante. Vencido o Exmo. Des. Irineu João da Silva.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Na comarca de Xanxerê, Daotina Silva dos Santos foi denunciada como incursa nas sanções do art. 228 do CP c/c art. 243 da Lei n. 8.069/90; Ademir Rodrigues dos Santos nas sanções do art. 218 do CP; e João Carlos Montieri e Gelson Luiz Pereira nas sanções do art. 157, § 3º, do CP, c/c arts. 14, II, e 29, todos do CP, pois, conforme narra a denúncia:

"Em data de 25-1-97, por volta das 23 horas, em um bar/lupanar de propriedade da acusada Daotina, sito no município de Faxinal dos Guedes, a adolescente J. M. de A., de apenas 15 anos de idade, após ingerir bebida alcoólica, foi induzida, pela proprietária do estabelecimento e pelo acusado Ademir, a praticar com o último conjunção carnal.

"Após realizado o programa, a acusada Daotina recebeu de Ademir a quantia de R$ 50,00, porém não repassou qualquer quantia para a adolescente.

"Em virtude disto, logo após este fato, já no ginásio de esportes do município de Faxinal dos Guedes, instigados pela adolescente J., os acusados Gelson e João Carlos, mediante violência, na tentativa de subtrair do acusado Ademir a quantia pecuniária referente ao programa realizado pela adolescente, fazendo uso de um porrete, agrediram violentamente o último, provocando no mesmo as lesões corporais de natureza grave descritas no auto de exame de corpo-delito de fl. 5, não obtendo êxito em seu intento por razões alheias a sua vontade, eis que Ademir, mesmo gravemente lesionado, conseguiu empreender fuga do local" (*sic*, fl. 3).

Os acusados Daotina e Gelson foram citados na forma pessoal, comparecendo regularmente aos autos (fls. 40 a 42). Os acusados Ademir e João Carlos não foram encontrados para a citação pessoal e, citados por edital, não compareceram ao interrogatório marcado, tendo sido decretada, em relação a estes, a suspensão do curso do processo e do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do CPP (fl. 50).

Após, o réu Ademir compareceu espontaneamente aos autos, voltando o processo a correr normalmente contra si (fl. 62). O réu João Carlos continua foragido, tendo sido determinado o desmembramento do feito em relação a ele (fl. 79).

Devidamente instruído o feito, sobreveio sentença, que absolveu o réu Ademir com base no art. 386, III, do CPP; julgou extinta a punibilidade da ré Daotina Silva dos Santos com relação ao delito capitulado no art. 243 do ECA, condenando-a à pena de 6 anos de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto e ao pagamento de 20 dias-multa, cada qual no valor mínimo legal, pela prática do delito capitulado no art. 228, § 1º, do CP; e que, finalmente, condenou o réu Gelson à pena de 4 anos de reclusão em regime semi-aberto e ao pagamento de 20 dias-multa, cada qual no valor mínimo legal, pela prática do delito capitulado no art. 157, § 2º, I e II, do CP, na forma do art. 14, II, do CP (fls. 136 a 152).

Irresignada, a ré Daotina interpôs recurso de apelação, pugnando pela sua absolvição, sob o argumento de que a suposta vítima do delito de favorecimento à prostituição que lhe foi imputado, apesar de sua pouca idade, já tinha a prática da prostituição como meio de vida antes de ocorrerem os fatos descritos na denúncia, pelo que a conduta da apelante seria atípica.

Alternativamente, requer a adequação da reprimenda aplicada na sentença, por exacerbar indevidamente o mínimo legal.

Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte, na qual foi ofertado parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça opinando pelo desprovimento do recurso.

II – Voto

Insurge-se a recorrente, inicialmente, contra a condenação pela prá-

tica do delito de favorecimento à prostituição, uma vez que, comprovado nos autos que a suposta vítima já se entregava à prostituição antes dos eventos narrados na denúncia, a sua conduta seria atípica.

O delito imputado à recorrente está descrito no art. 228 do CP, que incrimina aquele que "Induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone".

Como se depreende da redação do artigo, quatro condutas diferentes caracterizam o tipo: induzir, atrair, facilitar ou impedir que a vítima saia da prostituição.

Pode-se concluir, sem muito esforço intelectual, que as condutas de induzir ou atrair só podem ser praticadas contra pessoa que ainda não tem a prostituição por meio de vida. Do contrário, as condutas consistentes em facilitar ou impedir o abandono do meretrício pressupõem logicamente que a vítima já seja prostituída, visto que ninguém pode facilitar algo que não começou ou, pior ainda, impedir que se deixe de fazer algo que ainda não se fez.

Assim, necessário verificar se a conduta praticada pela ré pode ser enquadrada em alguma das figuras delituosas previstas no art. 228 do CP, uma vez que a condição prévia da vítima, por si só, é incapaz de conduzir a um decreto absolutório.

Conforme descreve a denúncia, "em data de 25-1-97, por volta das 23h, em um bar/lupanar de propriedade da acusada Daotina, sito no município de Faxinal dos Guedes, a adolescente J. M. de A., de apenas 15 anos de idade, após ingerir bebida alcoólica, foi induzida pela proprietária do estabelecimento e pelo acusado Ademir, a praticar com o último conjunção carnal" (fl. 3).

Estabelece o art. 41 do CPP que "a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".

Da expressão "descrever o fato delituoso com todas as suas circunstâncias" entende-se não ser suficiente a repetição dos termos abstratos contidos na lei incriminadora, fazendo-se necessário narrar os atos ou omissões concretos, perceptíveis no mundo sensível, que foram praticados por aquele contra quem se deseja instaurar a persecução penal. Nesse sentido, é a lição de Tourinho Filho:

"a) A exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias. Não há necessidade de minúcias, contudo não pode ser sucinta demais. Deve restringir-se ao indispensável à configuração da figura delitual penal e às demais circunstâncias que envolverem o fato e que possam influir na sua caracterização. Sempre que possível deve ser feita alusão ao lugar, ano, mês, dia e hora em que o crime foi praticado, bem como referência aos instrumentos empregados e ao modo como foi cometido. Na denúncia ou queixa o acusador pede a condena-

ção do acusado ou querelado, e, para fazê-lo, deve imputar-lhe a prática de uma infração penal, a *causa petendi*, a razão do pedido de condenação. João Mendes Júnior dizia que a peça acusatória é uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, apontando o seu autor (*quis*?), os meios que empregou (*quibus auxilis*?), o mal que produziu (*quid*?), os motivos (*cur*?), a maneira como o praticou (*quomodo*?), o lugar (*ubi*?) e o tempo (*quando*?)" (Código de Processo Penal Comentado, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 1, p. 113 e 114).

Essa disposição é de extrema importância em se tratando de matéria criminal, pois o réu se defende dos fatos que lhe são imputados na peça acusatória e não do tipo penal no qual foi enquadrada a conduta por ele praticada, motivo pelo qual esta pode ser alterada pelo juiz no momento da sentença (art. 383 do CPP).

Assim, a descrição adequada dos fatos, além de obrigação do órgão acusador, constitui-se em importante garantia do direito de defesa da acusada e seu desrespeito acarreta a nulidade absoluta do processo por cerceamento de defesa, passível de ser reconhecido até mesmo de ofício, em respeito a princípio norteador do sistema constitucional brasileiro.

No caso dos autos, caracterizada restou a situação acima delineada, porquanto a ora apelante foi condenada com base em denúncia que se resumiu a afirmar que a ré, juntamente com o co-réu absolvido, teria induzido a menor a se prostituir (fl. 3).

Evidente, portanto, a inépcia da denúncia, por desrespeito ao disposto no art. 41 do CPP, motivo pelo qual a manutenção da sua condenação, nessas circunstâncias, consubstanciaria constrangimento ilegal, pelo que deve ser corrigido, de ofício, nesta sede. No mesmo norte, em ocasião pretérita, manifestou-se esta Corte de Justiça, *mutatis mutandis*:

"A denúncia não pode resumir-se a asseverar ter sido os agentes autores da ação típica, limitada a descrição desta ao seu enunciado legal e abstrato; em se tratando de imputação de crime de falso testemunho, a peça acusatória deve não apenas descrever concretamente a falsidade do testemunho, mas explicar em que consistiria o seu relevo em face do objeto do processo em que prestado" (Ap. Crim. n. 31.036, rel. Des. José Roberge. Ver também Ap. Crim. n. 1999.004818-7, rel. Des. Jorge Mussi).

Cumpre, nesta oportunidade, verificar, também de ofício, a regularidade do processo no qual foi condenado o outro co-réu, Gelson Luiz Pereira.

A denúncia contra este foi recebida em 1º-9-1997. Após o trâmite regular do processo, foi proferida sentença, condenando Gélson à pena de 4 anos de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto, e ao pagamento de 20 dias-multa. Referida decisão foi publicada em 10-9-2002 (fl. 152v.).

Sabe-se que a prescrição, depois do trânsito em julgado para a acu-

sação da sentença condenatória, calcula-se a partir da pena privativa de liberdade aplicada e conforme as regras do art. 109 do CP. No caso em tela incide a norma do inciso IV daquele artigo, que estabelece o prazo prescricional de 8 anos.

Contudo, sendo o réu menor de 21 anos na época dos fatos (fls. 15 e 16), o prazo da prescrição computa-se pela metade (art. 115 do CP); no caso dos autos, corresponde a 4 anos.

Tendo decorridos exatos 5 anos e 9 dias entre os dois termos de interrupção do prazo prescricional (recebimento da denúncia e publicação da sentença condenatória), e não havendo recurso da acusação, cumpre decretar, de ofício, a extinção da punibilidade do co-réu não apelante pela prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa.

Não se pode aqui determinar a aplicação das regras do novo Código Civil, que entrou em vigor durante a tramitação do presente feito e suprimiu a diferenciação entre a menoridade penal e civil, fato que justificava o tratamento privilegiado quanto ao prazo prescricional para os menores de 21 anos. Tal tratamento seria mais gravoso ao réu, pelo que aplicável apenas aos fatos que ocorrerem depois da entrada em vigor da nova lei civil, nos termos dos arts. 1º e 2º, parágrafo único, do CP.

III – Decisão

Pelo exposto, dá-se provimento parcial ao recurso interposto para, de ofício, anular o processo *ab initio* com relação à co-ré apelante e, também de ofício, por maioria de votos, declarar extinta a punibilidade do coréu não apelante pela prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa (art. 109, IV c/c art. 110, § 1º e art. 115, todos do CP), concedendo-se *habeas corpus*.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 2 de setembro de 2003.

Sérgio Paladino,
Presidente, com voto;
Torres Marques,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva:

Ousei discordar do entendimento dos meus pares no tocante ao reconhecimento da menoridade do coréu, não apelante, uma vez que tem entendido este Tribunal, consoante orientação de suas Câmaras Criminais Reunidas, que ela deve ser comprovada, documentalmente, nos autos, em consonância com a orientação dada pelo Superior Tribunal de Justiça, pela Súmula 74:

"Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil, assim entendido como a prova oficial equiva-

lente à certidão de nascimento" (RSTJ 18/361).

Dispõe o art. 155 do Código de Processo Penal que, "No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil". E, como se sabe, pela lei civil, a prova da idade é feita pela certidão de nascimento.

Nesse norte têm sido prolatadas as decisões desta Corte, conforme recente julgado deste Relator:

"Revisão criminal — Furto — Continuidade delitiva — Pedido colimando o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa — Menoridade — Ausência de prova documental — Inteligência da Súmula 74 do STJ — Pedido não conhecido" (Rev. Crim. n. 2002.027705-9, de Tubarão, j. 26-2-2003).

No caso, não há nos autos prova documental da menoridade, nem o apelante a apresentou na oportunidade do recurso. A sua declaração, nos diversos atos processuais, não tem o alcance de sustentar o pleito recursal, razão pela qual sua menoridade não pode ser reconhecida, cabendo ao requerente sua comprovação nos exatos termos do art. 155 do Código de Processo Penal.

Estas as razões pelas quais quedei vencido.

Irineu João da Silva.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.015231-8, DE CHAPECÓ

Relator: Jorge Schaefer Martins

Apelação criminal. Crime contra a saúde pública. Art. 12, § 2º, inciso II, da Lei n. 6.368/76. Agente que consentia com a prática de tráfico ilícito de entorpecentes em sua residência. Materialidade e autoria comprovadas. Depoimento de policiais. Conjunto probatório seguro e concludente. Condenação mantida.

Não há falar em insuficiência de provas ou dúvida quando os elementos contidos nos autos, especialmente os depoimentos harmônicos e coerentes dos policiais que participaram da diligência que culminou com a prisão e a apreensão do entorpecente, formam um conjunto sólido, base de seguro juízo de convicção.

Pena. Aplicação. Pena-base fixada acima do mínimo legal por considerar elevado o grau de culpabilidade. Ocorrência no caso concreto. Exasperação desproporcionada, no entanto.

Obtenção do quantitativo de aumento de cada circunstância judicial considerando o total da pena máxima diminuído da pena mínima. Critério objetivo não fixado por lei. Inadmissibilidade de pena tarifada. Adequação.

"E como a lei em momento algum disse qual seria o método a ser adotado, penso que o juiz não pode fazer uma interpretação extensiva escolhendo um método que venha prejudicar o réu, embora até mais lógico e racional.

"Ademais, a adoção do termo médio leva a idéia da pena tarifada, há muito abandonada pelo legislador" (Ferreira, Gilberto. Aplicação da pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 65).

Negativa de concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Incompatibilidade com a prática de crime equiparado a hediondo.

Provimento parcial do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.015231-8, da comarca de Chapecó, em que é apelante Sandro Alves dos Santos e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso.

Custas legais.

I — Relatório

Na comarca de Chapecó, Sandro Alves dos Santos e André Marcos do Nascimento foram denunciados pela prática do delito descrito no artigo 12, *caput* e § 2º, incisos I, II e III, c/c o artigo 37, todos da Lei n. 6.368/76.

Relata a denúncia que "No dia 4 de abril de 2003, por volta das 10 horas, policiais militares, dando cumprimento a mandado de busca e apreensão, dirigiram-se até a residência do acusado Sandro Alves dos Santos, no bairro São Pedro, Chapecó, onde então localizaram e resgataram 48 (quarenta e oito) 'papelotes' de uma droga, conhecida como *crack*, que é um derivado da cocaína, com o peso estimado e total de 12 (doze) gramas.

"A substância, já embalada em porções próprias ao comércio, foi levada a exame laboratorial, constatando-se que é capaz de ocasionar dependência física ou psíquica.

"Conforme se vislumbra da peça investigativa, a diligência mencionada foi levada a termo em função das inúmeras denúncias de morado-

res do local que relataram o intenso movimento, com idas e vindas de usuários que para lá se dirigiam, a fim de adquirir as drogas.

"Quando feita a apreensão, um cunhado de Sandro (F. J. do N.), menor inimputável, assumiu a autoria da substância, exatamente para livrar os demais da responsabilidade criminal.

"A droga foi comprada em Balneário Camboriú pelo denunciado André que, juntamente com o irmão (F.), a transportou até esta cidade, onde Sandro (proprietário da casa), unido e combinado aos desígnios dos cunhados, de qualquer forma, aceitou em guardar e manter a posse conjunta das porções de *crack*, para venda e/ou fornecimento a terceiros (viciados), mantendo-a em depósito, sem que todos estivessem autorizados para tanto.

"Da mesma maneira, Sandro, André e F. induziam e ou instigavam terceiros ao consumo de drogas, como também utilizavam de local onde mantinham a propriedade, posse ou ocupação, para uso indevido da substância, contribuindo de toda forma para incentivar e/ou difundir o comércio do material, sabidamente de potencial ofensivo à saúde alheia.

"Frise que, no momento da abordagem policial, um dos acusados tentou desvencilhar-se dos pacotinhos de *crack*, jogando-os pela janela, onde foram resgatados pelos agentes" (fls. 2 a 4).

No momento procedimental pertinente, foi julgada parcialmente procedente a denúncia para absolver o acusado André Marcos do Nascimento e para condenar Sandro Alves dos Santos pelo delito do artigo 12, § 2º, inciso II, da Lei n. 6.368/76, sendo aplicada a pena de 4 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado, além de 88 dias-multa, no valor individual de 25 cruzeiros, a ser atualizado monetariamente na execução, negando-se-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Intimado pessoalmente (fl. 133), Sandro Alves dos Santos manifestou desejo de recorrer, tendo seu defensor apresentado as razões às fls. 138 a 151, nas quais pugna pela absolvição, por insuficiência de provas. Sustenta que os únicos elementos contidos nos autos, inclusive o depoimento de policiais, são no sentido de que o menor F. J. do N. detinha a droga apreendida na residência do apelante, sendo que este não tinha conhecimento do fato. Postula, alternativamente, a redução da pena-base para o mínimo legal, porquanto aumentada em 1 ano e 6 meses sem a devida fundamentação.

Em contra-razões, o representante do Ministério Público requer seja mantida a sentença de primeiro grau.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Valdir Vieira, manifestou-se no sentido do conhecimento e não provimento do apelo.

II — Voto

Em que pese a argumentação defensiva, compulsando-se os autos

verifica-se que há elementos suficientes para a prolação de decreto condenatório.

A materialidade exsurge do Termo de Exibição e Apreensão de fls. 10 e 11, o qual relaciona 48 pedras da substância entorpecente conhecida como *crack*. Há, também, o Laudo Pericial de fls. 99 a 102, o qual constatou: "Trata-se o material analisado de mistura de substâncias químicas, onde se detectou a presença da substância química conhecida como cocaína na sua forma básica conhecida como *crack*" (fl. 100).

A autoria é posta em dúvida nas razões recursais, ao argumento de que o recorrente não tinha conhecimento da presença de drogas em sua residência, sendo que estas pertenciam ao menor F. J. do N., irmão de sua esposa, que estava morando com o casal à época da prisão.

Contudo, ainda que as declarações do próprio menor, do co-réu e do recorrente sejam no mesmo sentido, isso não se mostra suficiente para afastar a responsabilização penal.

A acusação contida na denúncia comporta condutas diversas, como se observa da narrativa nela inserida, em especial:

"A droga foi comprada em Balneário Camboriú pelo denunciado André que, juntamente com o irmão (F.), a transportou até esta cidade, onde Sandro (proprietário da casa), unido e combinado aos desígnios dos cunhados, de qualquer forma, aceitou em guardar e manter a posse conjunta das porções de *crack*, para venda e ou fornecimento a terceiros (viciados), mantendo-a em depósito, sem que todos estivessem autorizados para tanto" (fl. 3).

Tem-se, assim, não estar a acusação restrita à prática efetiva de mercancia de estupefacientes, mas também à perspectiva de se consentir que terceiros venham a se utilizar de local sobre o qual tem a posse e/ou propriedade para a realização de tal comércio.

Isso é fundamental ficar ressaltado no caso ora em estudo, a fim de que se possa proceder à análise da prova coligida, dela extraindo conclusões a respeito da possibilidade ou não de manutenção da condenação.

Há, como já afirmado, consonância entre os dois indivíduos penalmente imputáveis presos e o adolescente infrator, no que respeita à indicação de quem fosse o proprietário do *crack*.

Inegável, por outro lado, ter a apreensão da droga ocorrido no momento em que se procedia ao cumprimento de mandado de busca e apreensão na casa do apelante, não se tendo questionado a existência dela no local.

Houve, ademais, a apreensão de uma grande diversidade de objetos na casa do apelante, sendo eles um rádio toca-fitas, um auto-rádio CD, uma frente de auto-rádio CD, caixas acústicas e alto-falantes, módulo de potência, televisor, três máquinas fotográficas, dois controles remotos, dois

jogos de chaves, uma furadeira, uma parafusadeira, uma sacola térmica e sete relógios de marcas diversas, além do paliteiro onde estava acondicionada a droga (fls. 10 e 11).

Na fase policial, o apelante, tentando justificar a presença de tais objetos em sua residência, afirmou:

"Que o depoente tem a pequena televisão do paraguay (*sic*), uma furadeira cor verde e uma máquina de cortar grama; Que o restante apreendido seus cunhados trocaram por droga; Que nega qualquer envolvimento com furto ou droga" (fl. 7).

Sobre o mesmo assunto no interrogatório, acabou sendo mais lacônico, dizendo que dos "objetos apreendidos às fls. 10 e 11, apenas o televisor é de sua propriedade, sendo que os demais objetos estavam no quarto onde pernoitavam André e F." (fl. 64).

Existe, ainda, a confirmação do apelante quanto à presença constante de pessoas em sua residência, por ele justificada com a afirmação de estar relacionada com o fato de jogar futebol todos os dias.

O comércio também foi admitido pelo adolescente F. J. do N., que disse ser ele feito através da janela (fl. 90).

Dos depoimentos dos policiais extraiu-se a confirmação da apreensão da droga e dos demais objetos no interior da residência, e de que a droga havia sido arremessada para a rua por uma janela, restando apreendida.

A diligência, como se pode observar da cópia do mandado de busca e apreensão que consta à fl. 13, direcionado a diversas pessoas, dentre as quais o apelante, tinha por desiderato a apreensão de objetos eletrônicos de origem criminosa e drogas.

Assentados tais aspectos, indispensável ver então se o crime é a prática direta da narcotraficância, também narrada na exordial acusatória, ou a modalidade preconizada no inciso II do § 2º do art. 12 da Lei n. 6.368/76.

No que concerne à incriminação feita pelos policiais Willians Eurico da Rocha e Edilceo Carlos Wagner, especificamente no que tange ao fato de ter sido o apelante quem arremessou a droga para fora de casa, tenho que não pode ser admitida.

As afirmações nesse sentido somente foram prestadas em Juízo, tendo eles silenciado quanto à visualização da pessoa que fez o arremesso na fase policial. Além disso, a também policial militar Jaqueline Chagas, na lavratura do auto de prisão em flagrante, reportou-se à presença de uma mulher no quarto onde se situava a janela pela qual a droga foi jogada. Em Juízo, esclareceu:

"[...] sendo que logo em seguida o policial Wilians retorno (*sic*) dos fundos com um recipiente tipo de guardar tempero, no interior do qual havia 48 pedrinhas de *crack*; entraram e viram que a janela por onde fora a droga arremessada já encontrava-se aberta; Wilians não falou naquele momento quem teria arremessado a dro-

ga; [...] os policiais Wilians e Ediceo não falaram para a declarante, depois, se teriam visto quem propriamente arremessara a droga para fora; [...]" (fl. 88).

Não é possível, diante de tal quadro, afirmar-se com segurança tenha sido ele quem buscou desfazer-se do tóxico.

Contudo, como já mencionado, tal circunstância não tem a serventia de determinar o reconhecimento de sua inocência pela pretensa fragilidade probatória.

A denúncia deu conta de sua atuação consistir na anuência, no consentimento, na concordância de utilização de sua casa para o comércio.

Ora, os elementos probatórios antes noticiados permitem várias afirmações.

A presença de objetos os mais diversos na casa está obviamente relacionada à prática de atividades criminosas, ante a diversidade e preço, em confronto com a própria situação funcional e econômico-financeira do apelante, que se disse servente, vivendo de biscates (fl. 64). Ademais, há nos autos boletim de ocorrência dando notícia de furto (fl. 32), com nota fiscal do objeto subtraído (fl. 33), com a expedição de termo de reconhecimento e entrega em favor do proprietário (fl. 34), o que obviamente confirma a conclusão.

Absolutamente inviável admitir-se o desconhecimento da presença de tais objetos no local, como de sua procedência irregular.

Da mesma forma ocorre quanto à presença da droga e da atividade mercantil com ela realizada. Trata-se de casa de pequenas dimensões, o apelante permanecia muito tempo em casa, pois segundo ele muitas pessoas para ali acorriam, ante o fato de jogar futebol todos os dias, não tendo atividade profissional definida nem constante.

Tinha, portanto, condições de efetuar o controle sobre o que ali ocorria, inclusive sobre as atividades confessadas pelo adolescente infrator. Este, que assumiu a posse da droga e a atividade de comércio, é seu cunhado, como também o é o co-réu absolvido.

O deslocamento da polícia até sua residência foi motivado por notícias pretéritas que ensejaram a expedição de mandado de busca e apreensão.

Todo o conjunto de elementos é conclusivo. Se não se pode afirmar que o apelante participava diretamente do comércio, sem sombra de dúvida é possível dizer que anuía voluntariamente para a prática, consentia que ela se realizasse em sua residência.

A respeito, colhe-se da jurisprudência:

"Maconha apreendida em poder de indivíduo e, em grande quantidade, na casa em que o mesmo se hospedava. Anuência do dono da casa na guarda da erva, que implica em participação no crime. Caracterização de co-autoria (TJSP – AC – Rel. Acácio Rebouças – RJTJSP 15/445)" (Fran-

co, Alberto Silva *et alii*. Leis Penais e sua Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 709).

Inafastável a solução condenatória, portanto.

Mantida a condenação pelos argumentos expendidos, necessária a avaliação do segundo ponto do recurso, atinente à dosimetria da pena levada a efeito pela autoridade sentenciante.

Pequeno reparo merece a decisão recorrida. A pena-base foi fixada em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses, isto é, deu-se o aumento de 1 ano e 6 meses, com a seguinte explicitação:

"Em atendimento às circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, verifico que a culpabilidade é elevadíssima, ante a alta reprovabilidade social da conduta de narcotraficância desenvolvida pelo acusado. As certidões de fls. 118 e 119 não apontam maus antecedentes contra o *defendant*, nada constando quanto à conduta social e à personalidade do réu. Os motivos e as circunstâncias do delito são comuns à espécie. As conseqüências do crime são as peculiares ao próprio tipo. Não há como auferir o comportamento da vítima, a qual é a própria saúde pública" (fl. 129).

Assim, observa-se que o aumento deu-se apenas em face da culpabilidade do acusado.

Ora, a individualização da pena é estabelecida conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, estando nela incluída a análise da culpabilidade.

Esta é o elemento balizador da determinação ou medição da pena, em que se exige o exame da maior ou menor censurabilidade da conduta do agente, a maior ou menor reprovabilidade de seu comportamento, diante da realidade concreta na qual se efetivou, como da maior ou menor exigibilidade de conduta diversa. Interessa averiguar o dolo ou a culpa, graduando-se de acordo com a prática criminosa, de forma mais ou menos importante. Superficialmente falando, considerar-se-á para o dolo a prática havida de improviso ou decorrente de um ímpeto, a deliberação ou premeditação, enfim, aspectos que concorreram para a prática do ilícito penal e a forma pela qual o agente para ela se preparou. Quanto à culpa, verificar-se-á o grau com que se houve o responsável nas condutas de negligência, imprudência ou imperícia.

Para que seja considerada, deverá o juiz extrair das provas produzidas durante o contraditório informações suficientes para poder concluir, sendo por vezes bastante tão-só a prática delituosa, mas com a obrigação da justificação correspondente.

Verificados tais aspectos, tem-se que a justificativa apontada se mostra suficiente para considerar elevado o grau de culpabilidade. A narcotraficância é crime considerado legalmente como equiparado a hediondo, o que deixa clara sua gravidade. É, dentre as atividades crimino-

sas, uma das que maiores preocupações traz à sociedade em geral, como constitui aquela em que maiores têm sido as dificuldades de combate. Os autos contemplam situação na qual se deu a apreensão de expressiva quantidade — 48 papelotes — de *crack*, tipo de estupefaciente que produz danos consideráveis a seus usuários, além de ser dotado de elevado potencial de dependência. O conhecimento da ilicitude da conduta e a previsão do resultado que poderia advir da prática é inegável.

Resta, pois, evidenciado que a culpabilidade realmente se mostrava extremamente gravosa, de forma a justificar majoração.

Contudo, a forma de raciocínio do Magistrado sentenciante para apurar a quantificação do acréscimo não pode ser referendada.

Disse o MM. Juiz:

"Sendo prevista para o delito do artigo 12, § 2º, inciso II, da Lei n. 6.368/76, pena em abstrato entre 3 (três) anos (36 meses) e 15 (quinze) anos (180 meses) de reclusão e havendo 8 (oito) circunstâncias judiciais inseridas no artigo 59 do CP, ante o princípio da proporcionalidade é cabível a elevação da pena mínima em 1 (um) ano e 6 (seis) meses pela presença de cada circunstância judicial anotada em desfavor do acusado.

"Isto porque: 180 meses (pena máxima) – 36 meses (pena mínima) = 144 (grau médio): 8 (circunstâncias judiciais) + 18 meses (quantia de majoração da pena mínima autorizada para cada circunstância judicial do art. 59 anotada em desfavor do réu)" (fl. 129).

O que se observa é que o digno Magistrado buscou encontrar um critério objetivo, o qual permitiria a localização de valores quantitativos de pena que pudessem estar relacionados à própria quantidade de vetores a serem estudados.

Não é essa, apesar de sua aparente logicidade, a melhor orientação.

A questão já foi alvo de manifestações doutrinárias, tendo Nélson Hungria e Roberto Lyra entendido "que a fixação da pena deveria partir de um termo médio, que seria calculado entre o máximo e o mínimo cominados abstratamente pelo legislador", consoante anotou Gilberto Ferreira (Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 64).

Mas este último autor, apesar de admitir que o método indicado é racional, por partir de um pressuposto lógico, não o considera o mais justo, afirmando:

"Com tal demonstração fica claro que o método do termo médio, embora racional, prejudica o réu. E como a lei em momento algum disse qual seria o método a ser adotado, penso que o juiz não pode fazer uma interpretação extensiva escolhendo um método que venha prejudicar o réu, embora até mais lógico e racional.

"Ademais, a adoção do termo médio leva a idéia da pena tarifada, há muito abandonada pelo legislador" (ob. cit., p. 65).

Dessa forma, tendo em vista que somente a culpabilidade foi valorada negativamente, não obstante sua consideração no sentido de que foi extremamente gravosa, reduz-se o aumento fixado na sentença de 1 (um) ano e 6 (seis) meses para 8 (oito) meses, atingindo a pena-base o total de 3 (três) anos e 8 (oito) meses, sendo tornada definitiva nesse patamar, ante a ausência de causas modificativas nas fases seguintes da dosimetria.

A pena pecuniária, seguindo a mesma orientação, é reduzida de 88 (oitenta e oito) dias-multa para 61 (sessenta e um) dias-multa, mantido o valor individual mínimo.

Apesar de a quantificação obtida não suplantar 4 (quatro) anos, não ser o acusado reincidente específico, além de não se tratar de crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa (requisitos contidos no art. 44, incisos I, II e III, e § 3º, do CP), tenho que o benefício da aplicação de penas substitutivas (restritivas de direito e multa) não se aplica aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes.

Poder-se-ia chegar a tal conclusão, sob o argumento de que a norma geral de Direito Penal é aplicável a todas as situações, desde que inexista disposição em contrário. Assim, a princípio não se veria nenhum óbice na redação da Lei n. 6.368/76.

Todavia, não poderia existir o obstáculo, visto que a Lei de Tóxicos é de duas décadas antes dos novos benefícios. Mesmo assim, deve ser feita uma leitura sistematizada dos normativos penais, considerando-se que referida legislação é especial, e sobre ela incide outra lei especial: a Lei dos Crimes Hediondos.

Nesta (Lei n. 8.072/90), observa-se o tratamento gravoso dispensado a crimes considerados hediondos ou a eles equiparados – o que é o caso do tráfico de entorpecentes —, vedando-se até a concessão de liberdade provisória, anistia, graça ou indulto, além de determinar o cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

Seria, por conseguinte, um contra-senso considerar viável a substituição por formas mais brandas de pena, que visam tão-somente a recuperação do delinqüente, quando a norma especial, que se direciona especificamente ao delito, determina o tratamento especialmente grave.

A respeito, já tive a oportunidade me manifestar:

"[...] A circunstância dos critérios definidos pelo art. 44 do Código Penal não definirem de forma clara a inviabilidade de aplicação dos preceitos a crimes considerados como hediondos ou a eles equiparados, ocasionou uma dúvida que tem atormentado os doutrinadores, assim como provocado discussões no meio judicial. É possível aplicar-se tais institutos ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes?

"Há quem diga que sim, fundando o argumento na inexistência de

vedação expressa, visto se tratar de crime onde não se cogita da utilização de violência ou grave ameaça, impedindo-se a vedação por analogia *in malam partem*, posicionamento que conta com o respaldo de recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do eminente Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, que aduz em abono à perspectiva de implementação do instituto a situações tais, o argumento de que conferem os modernos roteiros de Direito Penal, amplo poder discricionário ao Juiz. O magistrado, assim, assume significativa função, exigindo-se-lhe realizar a justiça material. O crime hediondo não é óbice à substituição. A lei, exaustivamente, relaciona as hipóteses impeditivas. Existe, no entanto, quem se posicione contrariamente, embasada a argumentação na existência de vedação pela aplicação das regras rigorosas definidas pela Lei dos Crimes Hediondos, e pela circunstância de não ser o benefício direcionado a crimes como a narcotraficância. Em verdade, faz-se necessário o estudo de diversos aspectos, conjuntamente, a fim de se definir a questão.

"Ante o princípio da especialidade, verifica-se que sobre o art. 12 da Lei n. 6.368/76 incidem as regras preconizadas pela própria Lei de Tóxicos, as normas gerais de Direito Penal, no que não forem incompatíveis, assim como o que dispõe a Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Este último diploma legislativo define o referido crime, como equiparado ao hediondo (art. 2º, *caput*). Tem ele, portanto, o mesmo tratamento severo, no qual se incluem a impossibilidade de extinção da punibilidade por anistia, graça ou indulto (art. 2º, inciso I), a vedação de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 2º, inciso II), a exigência de cumprimento da pena, integralmente em regime fechado (art. 2º, § 1º), além de determinar que a possibilidade de recurso em liberdade, deverá ser expressamente fundamentada pelo julgador (art. 2º, § 2º). É, portanto, crime de especial gravidade, isso por representar na sociedade moderna um dos maiores problemas tanto a nível de normalidade da vida, como de segurança pública e, por último, como questão de saúde.

"A considerar, ainda, a *mens legis* da Lei das Penas Alternativas.

"Sabe-se que a realidade jurídico-penal brasileira contempla quatro tipos de infrações penais: infrações de menor potencial ofensivo, cujo tratamento é o menos gravoso, permitindo a resolução dos casos por conciliação ou transação, além da aplicação de procedimento sumaríssimo em sua apuração; infrações de média gravidade, que, por força dos próprios termos da Lei n. 9.714/98, são aquelas que permitem o resgate das penas por formas de punição diferenciadas do aprisionamento; crimes graves, aqueles que não autorizam as formas substitutivas, apesar de comportarem a progressão de regimes prisionais; e, por fim, os crimes hediondos ou a eles equiparados, cuja disciplina é extremamente severa.

"Buscou-se emprestar, também ao infrator que incorreu na censura penal pela prática de crime de média gravidade, como já ocorria com as infrações de menor potencial ofensivo, um tratamento mais adequado, mais apto a proporcionar sua recuperação e afastamento das incidências criminosas. Teve o desiderato de permitir a ele o resgate de reprimenda, sem a estigmatização decorrente do encarceramento.

"Contudo, o tráfico ilícito de entorpecentes, flagelo dos tempos modernos, não se inclui entre os crimes de média gravidade. É por essência e definição legal um crime da maior gravidade, devendo-se empregar, na repressão à conduta, o rigor suficiente à punição. Esta afirmação não tem caráter pessoal, mas representa o pensamento global a respeito do tema, em face de ocasionar a falência de alguns países, dominados pelos barões do tráfico, ocasionando, como infelizmente se observa na cidade do Rio de Janeiro, a existência de um poder paralelo, que vem a se sobrepor aos órgãos públicos. Nesta linha de raciocínio, evidentemente seria um paradoxo erigi-lo à condição de beneficiário das penas alternativas.

[...]

"A interpretação extensiva, apesar dos respeitáveis argumentos que a sustentam, conflita com a intenção legislativa, desvirtuando-a, como entra em choque com a necessidade de se empregar contra tão funesta atividade um tratamento rigoroso, como forma de minimizá-lo, já que eliminá-lo não é possível [...]" (Penas alternativas: aspectos destacados da Lei n. 9.714/98. Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez, agosto/1999, vol. 262, p. 54 a 56).

Apesar da existência de entendimentos jurisprudenciais que consideram viável, em tese, a aplicação das normas e critérios definidos pela Lei 9.714/98 também aos que foram condenados por narcotraficância, embasados em argumentos respeitáveis, vem-se sedimentando a idéia de que tal não é possível.

Conveniente, portanto, a transcrição dos seguintes julgados:

"Penal e processual – Tráfico de entorpecentes – Prova – Depoimento de policiais – Validade – Delito configurado – Pena – Substituição por restritivas de direitos – Inviabilidade no caso – Pena pecuniária – Valor do dia-multa – Adequação – Sentença condenatória mantida – Recurso desprovido.

"Em regra, no tráfico de drogas é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, visto que a providência não se demonstra suficiente à prevenção e à repressão de delitos de tal gravidade.

"O benefício, salvo casos excepcionalíssimos, poderia incentivar a verdadeira onda de crimes dessa natureza, que a resposta penal visa prevenir e reprimir" (Apelação Criminal n. 1999.004613-3, comarca da Capital, rel. Des. Amaral e Silva, Primeira Câmara Criminal do TJSC, julgado em 27 de abril de 1999).

Colhe-se do corpo do acórdão:

"Seguindo a moderna tendência de opção pelas alternativas à privação de liberdade, a Lei n. 9.714/98 reservou o encarceramento às hipóteses mais graves, o que atende aos princípios da boa política criminal.

"Consta da nova redação do art. 44 e seus incisos, do Código Penal:

'Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

'I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

'II – o réu não for reincidente em crime doloso;

'III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente'.

"Simples exegese literal ensejaria ter-se como obrigatória a substituição em todos os casos em que a pena cominada não ultrapassasse quatro anos.

"Não nos parece ser essa a melhor interpretação.

"A exegese sistemática, harmonizando as novas disposições com sistema jurídico penal e a interpretação histórica dos motivos que levaram a introdução das alternativas, convencem da necessidade de cautela quando se cogita do tráfico de drogas.

"Victor Eduardo Rios Gonçalves argumenta, em interessante artigo intitulado 'O Âmbito de Incidência da Lei n. 9.714/98 (Penas Alternativas)':

'Apesar de a pena mínima cominada para esses ilícitos ser de três anos, parece-nos absolutamente inviável a aplicação dos benefícios da nova lei aos traficantes. Com efeito, existe lei especial tratando do tema, qual seja, a Lei n. 8.072/90 que, em seu art. 2º, § 1º, estabelece o cumprimento integral da pena em regime fechado para os crimes hediondos, tráfico de entorpecentes e terrorismo. As novas regras são genéricas e, portanto, não podem se sobrepor à lei especial que é expressa a respeito do assunto. Como substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, se existe lei dispondo o cumprimento integral em regime fechado? Ademais, chega a ser extremamente estranho que o juiz imponha uma pena substitutiva ao traficante e, caso este descumpra a pena imposta, seja revogado o benefício e tenha ele de cumprir a pena privativa de liberdade no sistema integralmente fechado.

'Este, entretanto, não é o único argumento. Com efeito, o art. 44, III, do CP (com a nova redação) somente permite a aplicação das penas substitutivas quando, dentre outros requisitos, a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente. Ora,

admitir a aplicação da pena substitutiva ao traficante significa ignorar que ele comete o delito apenas em busca de lucros financeiros, sem qualquer pudor em relação a toda gama de malefícios que traz à sociedade. O traficante, de grande ou de pequeno porte (já que os esforços se unem para que o tóxico chegue ao destinatário final), é um dos responsáveis diretos pela onda de crimes que avassala o País: chacinas cometidas quase que diariamente na luta por pontos de venda do entorpecente, a corrupção tomando proporções inimagináveis, jovens praticando toda sorte de crimes patrimoniais para obtenção de recursos visando a aquisição da droga, crianças atuando como intermediários do tóxico, etc. Além disso, não podemos esquecer os malefícios que a droga traz para a saúde e para a própria vida do usuário, seja ele viciado ou não.

'Por todos esses motivos, parece-nos que a substituição por pena restritiva de direitos não é medida suficiente para a repressão e prevenção do crime, de tal sorte que o traficante não se amolda no mencionado art. 44, III, do CP' (*in* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais — IBCCrim n. 75 — fevereiro/1999 — p. V).

"Saliento, ainda, que o constituinte equiparou o tráfico de entorpecentes aos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), dando tratamento mais rigoroso do que aos demais delitos, circunstância que tornaria o crime incompatível com as alternativas, reservadas aos delitos de menor gravidade.

"Na Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 689, de 18-12-96, de autoria do Ministro Nelson Jobim:

'Mas, se infelizmente não temos, ainda, condições de suprimir por inteiro a pena privativa de liberdade, caminhamos a passos cada vez mais largos para o entendimento de que *a prisão deve ser reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social. Para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social*. Sua conduta criminosa não ficará impune, cumprindo, assim, os desígnios da prevenção especial e da prevenção geral. Mas a execução da pena não o estigmatizará de forma tão brutal como a prisão, antes permitirá, de forma bem mais rápida e efetiva, sua integração social. Nessa linha de pensamento é que se propõe, no projeto, a ampliação das alternativas à pena de prisão' (grifei) (*apud* Martins, Jorge Henrique Schaefer. Penas Alternativas, Curitiba: 1999, p. 18 e 19).

"Em que pese a possibilidade de alterar o ponto de vista, principalmente com fundamento no artigo 12 do Estatuto Repressivo, pois as alterações ocorreram na parte geral do Código e a Lei dos Crimes Hediondos é uma Lei Especial, fixando um regime de cumprimento de penas incompatível com as substituições, tenho que,

em casos peculiares, com base no artigo 59 do Código, seja possível conceder o benefício".

Ou ainda:

"Apelação criminal – Tráfico de entorpecentes – Substituição da pena de reclusão por restritiva de direitos – Lei n. 9.714/98 – Impossibilidade – Orientação doutrinária e precedentes jurisprudenciais – Recurso desprovido.

"O elevado grau de danosidade do crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins é incompatível com a política criminal descarcerizadora adotada pela Lei n. 9.714/98.

'À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela 'Lei das Penas Alternativas' (Lei n. 9.714/98) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei n. 8.072/90 – de cunho especial – impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90). Inteligência da Súmula 171 – STJ' (RHC n. 8.620 – Paraná, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. julg. 8-6-99. DJU de 16-8-99)" (Ap. Crim. 1999.014047-4, Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Alberto Costa, Segunda Câmara Criminal do TJSC, julgado em 5 de outubro de 1999).

Também na mesma linha de orientação:

"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, comarca da Capital, rel. Des. Genésio Nolli, Primeira Câmara Criminal do TJSC).

Em outros tribunais do País, o tema também provoca a incursão sobre o estudo da perspectiva. No vizinho Estado do Rio Grande do Sul, não tem sido outro o entendimento, como se observa do acórdão prolatado no Agravo n. 699.228.763, comarca de Osório, rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, Segunda Câmara Criminal do TJRS, e no acórdão prolatado no Agravo n. 699.181.335, com a seguinte ementa:

"Processo penal – Agravo em execução – Delito hediondo – Tráfico – Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito (Lei n. 9.714/98) – Inaplicabilidade – Lei geral não derroga lei especial.

"Trata-se, o instituto da substituição da pena e a Lei dos Crimes Hediondos, de normas com intenções diferenciadas. A primeira, aplicável aos pequenos delitos, visa a oportunizar ao apenado uma chance de adequar-se ao meio social sem que, para isso, tenha de ser segregado, enquanto a segunda (Lei dos Crimes Hediondos) visa a tratar com maior severidade os apenados por crimes dolosos. Não é possível a aplicação

de um instituto no âmbito do outro" (Agravo n. 699.181.335, comarca de Canguçu, rel. Des. Saulo Brum Leal, Terceira Câmara Criminal do TJRS, publicado na Revista Jurídica 263, Porto Alegre, Notadez, setembro/99, p. 145 a 147).

Não diverge da exegese o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, consoante se depreende dos arestos prolatados no HC n. 2.460/1999, rel. Des. Antonio Izaias da Costa Abreu, julgado em 7 de janeiro de 1999; HC n. 1999.059.00513, rel. Des. Luiz Carlos Peçanha, julgado em 13 de abril de 1999; HC n. 1999.059.00603, rel. Des. Gama Malcher, julgado em 13 de abril de 1999; e Apelação Criminal n. 1999.050.01771, rel. Des. Menna Barreto, julgado em 22 de junho de 1999.

Mesmo no Superior Tribunal de Justiça, do qual se obteve inicialmente um posicionamento favorável à tese, os julgados seguintes foram no sentido de não se conceder as substituições, como se observa no Recurso de *Habeas Corpus* n. 8.406/RJ, rel. o Min. Felix Fischer, Quinta Turma, publicado no Diário da Justiça da União de 27 de setembro de 1999, como no seguinte julgado:

"Recurso em *habeas corpus*. Penal e processo penal. Paciente que respondeu ao processo sob custódia. Condenação no art. 12 da Lei n. 6.368/76. Direito de apelar em liberdade. Vedação legal. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Art. 44 do CP. Lei n. 9.714/98. Crime equiparado a hediondo. Impossibilidade.

"Tratando-se de paciente preso em flagrante e que permaneceu recolhido durante o curso do processo, não tem direito de apelar em liberdade, porquanto um dos efeitos da sentença condenatória é ser o preso conservado na prisão. Precedentes.

"Firme jurisprudência desta Corte no sentido de que o tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo, razão pela qual é insuscetível de determinados benefícios, dentre os quais o de recorrer em liberdade, a teor do art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.072/90.

"À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela 'Lei das Penas Alternativas' (Lei n. 9.714/98) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei n. 8.072/90 – de cunho especial – impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90). Inteligência da Súmula 171 – STJ.

"Recurso desprovido" (RHC n. 8.620/PR, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, publicado no Diário da Justiça da União em 16 de agosto de 1999).

Para finalizar, extraio excerto do acórdão cuja ementa antes foi transcrita (Ap. Crim. n. 1999.014047-4, de Santo Amaro da Imperatriz, relator o eminente Desembargador Alberto Costa, em julgado da Segunda Câma-

ra Criminal do egrégio TJSC, ao citar Norberto Bobbio):

"'Mas não é só. Para o aparente confronto entre as normas (lei especial e regra geral) o ordenamento jurídico oferece soluções. Com este propósito, pode ser colacionada a oportuna lição de Norberto Bobbio (cf. 'Teoria do Ordenamento Jurídico', Brasília, 1996, 7ª ed., p. 108), quando trata da revogação do direito, no sentido de que 'esse conflito tem lugar quando uma norma anterior-especial é incompatível com a norma posterior-geral. Tem-se conflito porque, aplicando o critério da especialidade, dá-se preponderância à primeira norma; aplicando o critério cronológico, dá-se prevalência à segunda. Também aqui foi transmitida uma regra geral, que soa assim: *Lex posterior generalis non derogat priori speciali.* Com base nessa regra, o conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente'".

Fica, pois, patente o incabimento da benesse, pelo que deixo de aplicá-la em favor do apelante, mesmo considerando que no presente recurso não se deu o reconhecimento negativo de alguma das circunstâncias judiciais.

Em face de tais argumentos, voto pelo provimento parcial do recurso, tão-só para diminuir a pena para 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado (como salientado na sentença), e pagamento de 61 (sessenta e um) dias-multa, mantido o valor individual mínimo, assim como as demais cominações.

III – Decisão

Ante o exposto, deu-se parcial provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 16 de setembro de 2003.

Sérgio Paladino,
Presidente, com voto;
Jorge Schaefer Martins,
Relator.

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2004.001628-0, DA CAPITAL

Requerente: Departamento de Transportes e Terminais – Deter
Advogada: Dra. Nadjanara Raquel da Cunha Leal Schaefer
Requerido: Transpantanal Transporte de Passageiros Ltda.
Advogados: Drs. Dirceu Antonio Campos e outros
Ação na origem: Mandado de Segurança n. 023.03.366968-9

Vistos para despacho

O Departamento de Transportes e Terminais – Deter, devidamente qualificado nos autos do Mandado de Segurança n. 023.03.366968-9 impetrado por Transpantanal Transporte de Passageiros Ltda., requereu, com supedâneo no art. 4º da Lei n. 4.348/64, a suspensão da liminar deferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara da Fazenda da Capital, que autorizou a impetrante a executar o almejado fretamento, independente de licença.

Aduziu que, em 7 de março de 2003, a requerida formulou perante si pedido objetivando a concessão de licença a fim de executar serviço de fretamento para transporte de funcionários da empresa Marisol S.A. no trajeto de Jaraguá do Sul a Schoeder, o qual foi indeferido em face da não comprovação pela impetrante de expressa desistência de concessionária preferente para executar o referido serviço.

Impetrado o *writ*, foi concedida a liminar, autorizando a execução do serviço, independente de licença.

No entanto, sustentou que a referida liminar invadiu a competência privativa do poder discricionário de administrar, reservado ao Executivo e a seus órgãos descentralizados, ao

permitir a realização do transporte intermunicipal sem a prévia autorização do serviço pelo Deter.

Asseverou, ainda, ausência dos requisitos necessários à concessão de liminar e de fundamentação jurídica, alegando afronta à ordem pública por abrir "precendente para que qualquer pessoa interessada em executar o transporte intermunicipal de passageiros, faça-o ilegalmente sem o consentimento do poder concedente" (fl. 8). Aduziu, também, prejuízos às empresas legalmente habilitadas para execução de tal serviço.

Requereu, por fim, a suspensão da liminar concedida no mandado de segurança por ferir a ordem, a economia e afrontar a competência da Administração Pública.

É o relatório.

O pedido de sustação da eficácia de decisão proferida contra o Poder Público, previsto, no caso de mandado de segurança, no art. 4º da Lei Federal n. 4.348/64, mostra-se viável tão-somente se restar demonstrado manifesto interesse público ante a ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, sendo vedado o exame de questões processuais e de mérito, pois, quanto a estas, há recurso próprio para sua apreciação.

Nesse sentido leciona Marcelo Abelha Rodrigues, afirmando que "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 de suspensão são para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, independentemente de 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).

Portanto, afastada a análise meritória do mandado de segurança, faz-se necessário o exame da ocorrência dos pressupostos necessários ao deferimento do pedido de sustação dos efeitos da liminar em apreço.

No presente caso, o requerente justificou seu pedido de suspensão, alegando grave lesão à ordem e à economia e afronta à competência da Administração Pública.

Introitamente, cumpre destacar que o argumento de afronta à competência da administração pública não constitui matéria passível de análise na estreita via do pedido de suspensão de liminar, devendo ser debatido em via própria.

Isso posto, verifica-se que, compulsando os autos, inexiste um

arcabouço probatório referente às supostas lesões, de maneira que se mostra inviável a suspensão da segurança, pois ausentes os requisitos para tanto.

Isso porque a assertiva de existência da possibilidade de outras empresas de transportes começarem a prestar serviços de fretamento intermunicipais, sem a devida licença e autorização do órgão competente, não tem o condão de conferir a almejada carga suspensiva, uma vez que se trata de mera conjectura.

Ademais, se porventura outra empresa passar a executar o transporte sem autorização, haverá a configuração de relação jurídica estranha aos presentes autos, que deverá ser discutida em ação própria.

Assim, vislumbra-se a ausência de lesão à ordem, uma vez que não há indicação de elementos factuais de provas nos autos que a comprovem.

Cabe ressaltar, ainda, que o requerente não explicitou/ provou o motivo pelo qual a ordem econômica estaria sendo lesada com a manutenção da liminar que autorizou a realização da prestação do serviço pela requerida, enfatizando, apenas, a expressão "à segurança" sem, no entanto, fundamentar a violação aos valores protegidos pelo art. 4º da Lei n. 4.348/64. Ainda, no que se refere à alegação de lesão à ordem econômica, não há provas nos autos de que o órgão estadual corre o risco de perder recursos monetários com a prestação do serviço pela empresa impetrante.

Portanto, não demonstrados os requisitos indispensáveis à suspensão da segurança, indefiro o pedido.

Publique-se e intime-se.

Cientifique-se o Juiz da origem.

Florianópolis, 5 de fevereiro de 2004.

Des. Anselmo Cerello,
1º Vice-Presidente.

APELAÇÃO CÍVEL NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

APELAÇÃO CÍVEL NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL N. 01800.013548-5, DE CHAPECÓ

Apelante: Dirceu Benetti ME

Advogado: Dr. Cesair Bartolamei

Apelado: Estado de Santa Catarina

Vistos para despacho

Dirceu Benetti ME, firma individual, interpôs recurso de apelação cível contra a decisão do MM. Juiz da Vara da Fazenda Pública da comarca de Chapecó em Embargos Opostos à Execução n. 018.00.013548-5.

No petitório recursal foi requerida a assistência judiciária gratuita, a qual restou indeferida em decisão de fls. 146 e 147.

Inconformado com o indeferimento do benefício postulado, Dirceu Benetti ME formulou pedido de reconsideração.

É o necessário relatório.

O benefício da assistência judiciária tem por escopo a consubstanciação do princípio do livre acesso à Justiça, de modo a propiciar àqueles que dela necessitam a real possibilidade de apreciação, pelo Poder Judiciário, de lesão ou ameaça a direito, independentemente da condição de pessoa física ou jurídica.

Ocorre que, em se tratando de pessoa jurídica de direito privado, a concessão do referido benefício somente dar-se-á mediante a robusta comprovação da insuficiência de recursos para a atuação em juízo, tendo-se em conta que a presunção, *in casu*, milita em favor de sua boa condição financeira.

Nesse sentido:

"Agravo de instrumento — Ação de reparação de danos — Concessão de assistência judiciária a pessoa jurídica — Possibilidade — Alteração *ex officio* do valor da causa — Afronta a dispositivo legal — Agravo provido.

'A pessoa jurídica pode ser destinatária de assistência judiciária, nos termos da Lei n. 1.060/50, se configurada hipótese de não possuir condições de pagar os encargos do processo; no caso, inequívoca a situação de hipossuficiência, descabendo distinguir onde o texto legal não o fez. Recurso conhecido e provido' (REsp n. 324055/RJ (2001/0060515-5), 5ª T., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca,

julg. 4-10-2001, publ. no DJ de 4-2-2002, p. 485)" (*in* Agravo de Instrumento n. 2001.005041-2, de Criciúma, de minha relatoria).

Por outro lado, tratando-se de firma individual, como tal, não pode ser qualificada como pessoa jurídica, mas como pessoa física no exercício do comércio, senão vejamos o entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça:

"Agravo de instrumento – Revogação do benefício da justiça gratuita – Não distinção entre o patrimônio da firma individual e o da pessoa física – Presunção de pobreza não destruída – Fundados indícios de hipossuficiência econômica – Decisão reformada – Recurso provido.

"A firma individual não pode ser qualificada como pessoa jurídica, senão como pessoa física no exercício do comércio. Destarte, não se aplica a ela o entendimento de que deve haver prova da hipossuficiência econômica.

"Presunção de pobreza não destruída no caso concreto, diante da inexistência de elementos probatórios" (AI n. 2000.020427-7, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Cercato Padilha).

Desse modo, não possuindo a firma individual e a pessoa natural personalidades distintas, aplica-se o mesmo entendimento quanto ao respectivo patrimônio, razão pela qual deve ser deferido o benefício em face da demonstração de insuficiência econômica do proprietário da microempresa.

Diante do exposto, acolho o pedido de reconsideração para conceder ao apelante o benefício da assistência judiciária gratuita.

Intime-se.

Florianópolis, 12 de março de 2004.

Des. Anselmo Cerello,
1º Vice-Presidente.

SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL N. 2001.018152-5/0001.00, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Recorrente: BB Financeira S.A.

Advogados: Dr. Douglas Davi Hort e outro

Recorrido: Marco Aurélio da Costa e outro

Advogada: Dra. Idalete Regina Bueno Franco

Despacho

1. BB Financeira S.A. interpõe recurso especial, com fulcro no artigo 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, contra o acórdão proferido pela Terceira Câmara de Direito Comercial que, por votação unânime, proveu parcialmente a apelação interposta nos autos da ação monitória deflagrada contra Marco Aurélio da Costa e outro.

Alega o recorrente, em suma, que o decisório objurgado violou os artigos 4º, VI e IX, e 9º da Lei n. 4.595/64 bem como contrariou a Resolução n. 1.129 do Conselho Monetário Nacional.

Outrossim, aponta divergência jurisprudencial entre julgados.

2. Não se admite o recurso.

2.1. O recorrente ampara o recurso especial na alínea *a* do art. 105, III, da Constituição da República, hipótese em que os tribunais de origem têm procedido, em certa medida, a um prévio exame do mérito, negando seguimento ao reclamo manifestamente improcedente.

A redação da norma constitucional, em verdade, leva a certa confusão entre preliminar e mérito. Afinal, dizer-se que uma decisão judicial negou vigência a um dispositivo de lei

envolve, necessariamente, um exame de mérito.

O exame de admissibilidade pelo tribunal de origem, pois, é um exame da razoabilidade da tese invocada, de forma a impedir a ascensão do reclamo se manifestamente infundada a alegada ofensa a dispositivo legal.

2.2. Tangente aos artigos 4º, VI e IX, e 9º da Lei n. 4.595/64, constata-se a ausência de prequestionamento, requisito de admissibilidade do recurso especial.

O instituto possui profundas raízes na tradição jurídica nacional, sendo pacífica a jurisprudência quanto à sua imprescindibilidade, ainda que não expressa no texto da Constituição da República.

Nesse diapasão, a ascensão do apelo extremo ao STJ somente é possível se previamente apreciada pelo tribunal de origem a matéria ventilada no recurso.

2.3. Quanto à suposta afronta à Resolução n. 1.129 do Conselho Monetário Nacional, ressalta-se que o recurso especial não se presta à apreciação de questões outras que não ofensa a lei ou tratado federal.

Da jurisprudência mais recente do STJ, colhe-se a seguinte decisão:

"Não se compreendem no conceito de lei federal, portanto não permitem a abertura da instância especial, os atos normativos com hierarquia inferior à do Decreto, tais como resoluções, portarias, circulares e outros" (REsp n. 471613/GO, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 24-11-03).

2.4. No tocante à aventada divergência jurisprudencial, o reclamo não merece seguimento.

A hipótese prevista no artigo 105, III, alínea *c*, da Constituição da República diz respeito àqueles casos em que outro tribunal houver dado à *lei federal* interpretação diversa da que haja atribuído o decisório atacado.

Nesse passo, a divergência deve envolver a violação de dispositivo federal, o que impossibilita a admissão de recursos fundados em dissídio jurisprudencial acerca de questões fáticas ou mesmo do acerto e da justiça da decisão hostilizada.

Dentro dessa concepção, o recurso especial com amparo em dissídio de jurisprudência somente é admissível naqueles casos em que o acórdão recorrido "der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal" (artigo 105, III, alínea *c*).

No caso em exame, não foi apontado o artigo de lei federal cuja interpretação divirja daquela implementada pelo acórdão em tela.

3. Ante o exposto, não se admite o recurso.

Intime-se.

Florianópolis, 1º de abril de 2005.

Pedro Manoel Abreu,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL N. 2002.014519-5/0001.00, DE SÃO JOSÉ

Recorrente: Daimerchrysler Administradora de Consórcios S/C Ltda.
Advogado: Dr. Hélio Luiz Vitorino Barcelos
Recorrido: Escritório Despachante João da Cunha Ltda.
Advogado: Dr. Júlio Guilherme Müller

Despacho

1. Daimerchrysler Administradora de Consórcios S/C Ltda., com fulcro no art. 105, III, *a* e *b*, da CF, interpôs recurso especial contra decisão da Terceira Câmara de Direito Comercial que, apreciando apelação cível, deu provimento para descaracterizar o contrato de *leasing* para o de compra e venda em razão da antecipação da cobrança do valor residual garantido (VRG) e determinou a utilização do INPC em substituição ao dólar como indexador.

Alegou que o acórdão objurgado contrariou o disposto no art. 119 do Código Civil de 1916 e a Lei de Introdução ao Código Civil, dando ainda interpretação diversa às Leis ns. 4.595/64 e 6.099/74. Sustentou, ainda, que o *decisum* diverge do entendimento jurisprudencial do STJ.

Requereu, assim, a admissão do presente recurso.

O recorrido contra-arrazoou, pugnando pela mantença do acórdão objurgado.

2. Não se admite o recurso especial.

2.1. O recorrente ampara o recurso especial na alínea *a* do art. 105, III, da Constituição da República, hipótese em que os tribunais de origem têm procedido, em certa medida, a um prévio exame do mérito, negando seguimento ao reclamo manifestamente improcedente.

Evidenciada a insubsistência da alegação de ofensa à lei federal, o recurso não é conhecido, consoante iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. O entendimento ampara-se na Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal, aplicada analogicamente, segundo a qual é "inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

A redação da norma constitucional, em verdade, leva a esta confusão entre preliminar e mérito. Afinal, dizer-se que uma decisão judicial negou vigência a um dispositivo de lei envolve, necessariamente, um exame de mérito.

Nesse tocante, colhe-se valiosa passagem da doutrina de Manoel Caetano Ferreira Filho:

"Merecidas críticas têm recebido a redação da alínea *a*, do inc. III, tanto do art. 102 quanto do art. 105, que são, com as adaptações necessárias, semelhantes. É que ali está escrito ser cabível o recurso especial quando a decisão recorrida 'contrariar' dispositivo constitucional. Ora, não se pode prever o cabimento de um recurso mediante critério que depende de análise valorativa, como é o caso. Para saber se houve, ou não, *contrariedade*, é imprescindível que se faça um *juízo de valor*, e não de mera *constatação*, como convém ao juízo de admissibilidade dos recursos" (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 343).

Daí concluir o ilustre jurista que "no caso de recurso interposto com base na alínea *a* (do art. 102, III, ou do art. 105, III), o juízo de admissibilidade abordará necessariamente o exame do mérito" (*op. cit.*, p. 351).

O exame de admissibilidade pelo tribunal de origem, pois, é um exame da razoabilidade da tese invocada, de forma a impedir a ascensão do reclamo se manifestamente infundada a alegada ofensa a dispositivo legal.

Nessa senda decidiu-se:

"Impõe-se o não conhecimento da insurgência especial quanto à violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o recorrente, nas razões do recurso especial, não demonstrou no que consistiu a alegada negativa de vigência à lei, ou, ainda, qual sua correta interpretação, como lhe cumpria fazer, a teor do disposto no artigo 541 do Código de Processo Civil. Incidência do Enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal" (AGA n. 509.466/RJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 28-10-2003).

"Impossibilidade de se conhecer do recurso pela alínea *a*, em face da deficiência na sua fundamentação, no ponto que o recorrente indica os dispositivos legais que considerou malferidos sem expor as razões pelas quais entende deva ser a decisão reformada (Súmula 284/STF)" (REsp n. 570.621/MA, rel. Min. Felix Fischer, j. 11-11-2003).

No caso vertente, quanto à aventada contrariedade ao art. 119 do Código Civil de 1916, não conseguiu o recorrente demonstrar em que consistiu a alegada ofensa.

Ademais, quanto à análise da descaracterização do contrato de *leasing* para o de compra e venda por força da cobrança antecipada do VRG, o recorrente não indicou os dispositivos de lei federal que seriam contrariados com a decisão em foco.

2.2. A hipótese prevista no artigo 105, III, alínea *c*, da Constituição da República diz respeito àqueles casos em que outro tribunal houver dado à lei federal interpretação diversa da que haja atribuído o decisório atacado.

Nessa senda, a divergência deve envolver a violação de dispositivo federal, o que impossibilita a admissão de recursos fundados em

dissídio jurisprudencial, envolvendo questões fáticas, ou mesmo o acerto e a justiça da decisão hostilizada.

José Miguel Garcia Medina atenta para essa circunstância, salientando que "ao interpor recurso especial, com fundamento na alínea *c*, o recorrente deverá demonstrar que a decisão recorrida é a que deu interpretação contrária à lei federal, em contraposição a outra(s) decisão(ões), que deverá(ão) ser colacionada(s) a fim de se demonstrar a divergência jurisprudencial" (O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 135).

In casu, não se alcançou demonstrar qual o dispositivo de lei federal violado ou cuja vigência tenha sido negada com a descaracterização do contrato de arrendamento mercantil para compra e venda em prestações, limitando-se o recorrente a colacionar decisões divergentes, também despidas da necessária demonstração do preceito federal supostamente negligenciado.

3. Diante do exposto, nega-se seguimento ao recurso especial.

Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 9 de fevereiro de 2004.

Pedro Manoel Abreu,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.010070-9/0002.00, DE LAGES

Recorrente: Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social — Refer
Advogados: Drs. Fernando Schiafino Souto e outros
Recorrido: José Valdir de Sousa Silva
Advogadas: Dras. Sandra Maria Júlio Gonçalves e outra

Despacho

Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social — Refer interpõe recurso especial, com fulcro no art. 105, inc. III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, em razão do acórdão de fls. 114 a 120 que negou provimento à apelação cível interposta pela ora recorrente e, ainda, contra o acórdão de fls. 133 a 136 que rejeitou os embargos declaratórios opostos contra a referida decisão.

Sustenta a insurgente, em síntese, que as decisões atacadas devem ser consideradas nulas, posto que violaram o art. 535, inc. II, do Código de Processo Civil, na medida em que não enfrentaram questão fundamental para o deslinde do feito.

Alega, também, contrariedade e negativa de vigência aos arts. 42, incs. V e VI, da Lei n. 4.325/77, 31, § 2º, do Decreto n. 81.240/78 e 10 da Lei n. 9.364/96, haja vista a determinação no sentido de que a atualização da reserva de poupança do recorrido seja feita por índices outros que não aqueles previstos nas normas internas regulamentares da entidade de previdência privada.

Aduz, ainda, que os acórdãos hostilizados divergiram do entendimento adotado por outros tribunais nacionais sobre a matéria.

Contra-razões às fls. 164 a 167.

É o relato do essencial.

Quanto à mencionada violação ao art. 535, inc. II, do CPC, o recurso não pode ser admitido, uma vez que não houve qualquer omissão desta Corte acerca de matéria sobre a qual deveria ter emitido algum juízo de valor, sendo que os dispositivos levantados foram devidamente prequestionados.

No que diz respeito ao sustentado dissídio pretoriano, o recurso tem sua admissibilidade vedada, já que a recorrente não apontou os repositórios oficiais, autorizados ou credenciados em que os julgados paradigmas foram publicados, nem acostou suas cópias integrais, conforme determina o art. 255, § 1º, alíneas *a* e *b*, do RISTJ.

Isso porque não supre o requisito exigido pela alínea *b* do § 1º do art. 255 do RISTJ a mera citação do Diário de Justiça em que a decisão dita paradigma restou publicada, pois este, "conquanto órgão oficial de intimação das partes, não consubstancia repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, para fins de comprovação de divergência, porque nele não se encontram publicados na íntegra os acórdãos que venham a ser indicados como paradigmas" (AEREsp n. 46.071/SP, Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 27-4-98, p. 64).

Ademais, em relação à alegada contrariedade e negativa de vigência aos arts. 42, incs. V e VI, da Lei n. 4.325/77, 31, § 2º, do Decreto n. 81.240/78 e 10 da Lei n. 9.364/96, o recurso também não pode ser admitido, pois se encontra pacificado na jurisprudência do STJ o entendimento no sentido de que os valores resgatados pelos participantes de plano de benefícios de previdência privada devem ser corrigidos de acordo com índices que traduzam a efetiva desvalorização da moeda nacional, ainda que o estatuto da entidade estabeleça critério de reajuste diverso, estando as decisões atacadas em consonância com essa posição.

Saliento, por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo, monocraticamente, a referida matéria, a saber:

"Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social – Refer contra decisão que negou seguimento a recurso especial, com base em precedentes desta Corte. Cuidam os autos de restituição de contribuições por associado de previdência

privada após a rescisão do contrato com o empregador, corrigidos monetariamente, com a inclusão de expurgos inflacionários.

"A matéria já foi decidida pela egrégia 2ª Seção deste Tribunal, pacificando-se o entendimento de que a restituição das importâncias, com as quais o empregado contribuiu para a entidade de previdência complementar, deve ser feita com correção monetária por fatores de atualização que recomponham a efetiva desvalorização da moeda nacional.

"Assim, estando a matéria pacificada nesta Corte, no sentido do acórdão recorrido, nego provimento ao agravo de instrumento" (AG n. 545.731/MG, Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 7-11-03) (grifei).

No mesmo sentido: AG n. 515.899/RS, Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 5-11-03; REsp n. 505.197/RS, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 10-11-03; AG n. 534.905/GO, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 23-10-03; AG n. 507.337/DF, Min. Fernando Gonçalves, DJU de 31-10-03; AG n. 500.401/RS, Min. Ari Pargendler, DJU de 24-10-03.

Diante do exposto, inadmito o reclamo especial.

Intimem-se.

Florianópolis, 21 de novembro de 2003.

Silveira Lenzi,
2º Vice-Presidente.

TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.010075-2/0001.00, DE LAGES

Recorrente: Banco Itaú S.A.

Advogados: Drs. Reinaldo de Almeida Fernandes e outros

Recorrida: Sabor e Alimento Refeições Ltda.

Advogados: Drs. Fabiane Bastiani Toss e outro

Decisão

1. A Sabor e Alimento Refeições Ltda. aforou "ação de revisão de contrato c/c repetição de indébito, compensação de dívida e tutela antecipada" contra o Banco Itaú S.A.

Revel o réu, o Juiz Osmar Mohr proferiu sentença. Julgou procedente "o pedido inicial para revisar os contratos firmados entre as partes" (fl. 42). Posteriormente ao trânsito em julgado da sentença, o Juiz da 1ª Vara Cível da comarca de Lages encaminhou ao Juiz da 2ª Vara Cível, mediante ofício, a peça contestatória e os documentos a ela acostados, informando que foram juntados "*erroneamente aos autos*" de outra ação (fl. 44).

À vista dessa informação, o mesmo juiz que a prolatou anulou a sentença, "invocando os princípios da instrumentalidade e da economia processual, evitando o ajuizamento e a tramitação de um recurso de cujo resultado já se sabe de antemão" (fl. 8).

Para a Terceira Câmara Civil, "razão socorre à agravante, visto que a sentença anulada pelo despacho agravado fez coisa julgada material em 6-11-2001, não podendo mais ser anulada pelo Juiz prolator, pois com o trânsito em julgado seu conteúdo tornou-se imutável e indiscutível, nos termos do art. 467 do CPC" (fl. 106).

O vencido interpôs recurso especial, com fundamento na alínea ***c*** do inc. III do art. 105 da Constituição Federal, sustentando, em síntese, que a decisão impugnada diverge de julgados do Superior Tribunal de Justiça.

A recorrida deixou transcorrer *in albis* o prazo para respondê-lo (fl. 124).

2. Examino os pressupostos de admissibilidade do recurso.

2.1. É ele tempestivo e foi preparado.

2.2. O recorrente sustenta que "o caso em tela configura nulidade *pleno iure* da sentença, de forma que a decisão pode, e deve, ser anulada de ofício pelo Juízo prolator, uma vez que nessa condição não se sujeita à Coisa Julgada". Para respaldar a sua tese, trouxe ele julgados do Superior Tribunal de Justiça cujas ementas passo a reproduzir:

"A nulidade *pleno iure* deve ser apreciada pelo órgão julgador mesmo de ofício, não se sujeitando à coisa julgada [...]" (REsp n. 100.998, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

"Contestação tempestivamente apresentada, mas que, em virtude de equívoco no endereçamento, somente deu entrada no cartório da vara em que corre o feito após a fluência do prazo legal.

"Sacrificar a garantia do contraditório, permitindo que se produzam os graves efeitos da revelia, sem que tenha havido inatividade processual e não se vislumbrando a possibilidade de ma-fé, por tratar-se da mesma comarca, não se conforma à visão moderna do processo" (REsp n. 56.240, Min. Costa Leite).

"Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, 'a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade'" (REsp n. 226.436, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

"Segundo doutrina de ponta, com respaldo da jurisprudência afinada com a efetividade do processo e seus escopos de realizar a boa Justiça, a severidade da lei, como na hipótese concernente à revelia e seus efeitos, deve ser atenuada pelo julgador como intérprete da lei, sempre que possível e recomendável, para ensejar a aplicação das garantias constitucionais do acesso pleno à tutela jurisdicional" (REsp n. 119.885, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

As ementas transcritas não comprovam "as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados" (RISTJ, art. 255, § 2º). Nenhum dos acórdãos citados trata da anulação do processo, posteriormente ao trânsito em julgado da sentença, pelo próprio prolator, de ofício.

3. À vista do exposto, não admito o recurso especial.

P.I.

Florianópolis, 17 de dezembro de 2003.

Newton Trisotto,
3º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL N. 1998.006279-9, DE JAGUARUNA

Recorrente: Banco do Brasil S.A.
Recorrido: Ailton Duarte Espíndola ME

Despacho

Banco do Brasil S.A. interpôs recurso especial com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, contra o acórdão de fls. 217 a 233 que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto por Ailton Duarte Espíndola ME e outros, para "reconhecer a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e declarar a impossibilidade de indexação do débito pela taxa referencial (utilizar-se-á o INPC), da aplicação de juros acima de 12% ao ano e de comissão de permanência. O anatocismo só é permitido em periodicidade semestral. Afasta-se, ainda, a condenação do recorrente às penas por litigância de má-fé. Em face da sucumbência recíproca, os honorários são arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da dívida, aplicando-se o preceito do art. 21 do Código de Processo Civil" (fl. 233).

Sustenta que a decisão colegiada negou vigência ao artigo 5º do Decreto-Lei n. 413/69 ao declarar que as cédulas de crédito somente comportam capitalização semestral enquanto que o dispositivo mencionado admite a forma mensal. Além disso, alega que a decisão recorrida está em confronto com a interpretação jurisprudencial dada pelo Superior Tribunal de Justiça e por outros tribunais quanto à periodicidade da capitalização de juros, à cobrança da comissão de permanência e à aplicação da Taxa Referencial – TR.

Contra-razões apresentadas às fls. 305 a 309.

É o relatório.

Com relação à alínea *a* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, não é admitido o recurso, uma vez que não houve prequestionamento da matéria. Compulsando os autos,

verifica-se que, apesar de intimada, a instituição financeira, ora recorrente, deixou de contra-arrazoar o apelo, perdendo a oportunidade de apresentar suas teses, não tendo o acórdão recorrido apreciado a questão jurídica agora alegada – aplicação do disposto no artigo 5º do Decreto-Lei n. 413/69.

Segundo a Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal, também aplicável aos recursos especiais, "é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Nesse sentido, manifesta-se o Superior Tribunal de Justiça:

"Processual civil. Recurso especial. Ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão recorrido. Falta de prequestionamento. deficiência na fundamentação recursal. Súmulas 282, 283 e 284 do STF. 1. A interposição do recurso especial impõe que o dispositivo de Lei Federal tido por violado tenha sido ventilado no acórdão recorrido, como meio de se aferir a admissão da impugnação, sob pena de carecer o recurso da imposição jurisprudencial do prequestionamento, requisito essencial à admissão do mesmo, o que atrai a incidência do Enunciado n. 282 da Súmula do STF" (REsp n. 504350/RO, rel. Min. Luiz Fux, DJU de 9-12-2003).

O recurso especial deve ser admitido, entretanto, quanto ao artigo 105, inciso III, alínea *c*, quando demonstra interpretação divergente dada por outros tribunais e pelo Superior Tribunal de Justiça em relação à periodicidade da capitalização dos juros em cédula de crédito, à cobrança da comissão de permanência e à aplicação da TR.

Nesses aspectos, foram cumpridos todos os requisitos exigidos pelo artigo 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, foram juntadas cópias autenticadas dos acórdãos apontados como discordantes da interpretação de lei federal adotada pela decisão recorrida, e foram transcritos trechos dos acórdãos paradigmas, mencionando as circunstâncias que assemelham os casos confrontados, explicitando em que consistiria a alegada divergência jurisprudencial.

Por tais fundamentos, admito o recurso somente pela alínea *c* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, por todos os fundamentos, determinando sua remessa ao Superior Tribunal de Justiça.

Florianópolis, 16 de dezembro de 2003.

Des. Maurílio Moreira Leite,
3º Vice-Presidente.

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇAS

JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE XANXERÊ
PROCESSO N. 080.00.004238-2

JUIZ DE DIREITO: DR. GUSTAVO SANTOS MOTTOLA

Vistos etc.

Nesta Comarca, o Ministério Público ofereceu denúncia contra Sandro Alberto Rebelatto, brasileiro, solteiro, com 19 anos, filho de Fioravante Rebelatto e de Neiva Lucia Rebelato, residente na Rua Barra Grande, s/n., bairro Oselame, em Faxinal dos Guedes/SC, acusando-o da prática do delito tipificado no art. 302, inciso I, da Lei n. 9.503/97.

Narra a inicial acusatória *(in verbis)*:

"No dia 6 de novembro de 2000, por volta das 3 horas, o denunciado trafegava pela BR 282, no sentido Faxinal dos Guedes/Xanxerê, com a motocicleta Honda/CB 450 DX, placa LYR 9467, sem habilitação, tendo como passageiro Adriano de Martini. Em sentido contrário, José de Andrade conduzia o veículo GM/Monza, placa LYH 8103.

"Na altura do Km 495, próximo ao município de Faxinal dos Guedes, o denunciado, em velocidade não compatível com o local, deu início à ultrapassagem de um outro veículo que seguia em sua mão de direção.

"Diante do ataque inopinado praticado pelo denunciado e pelo excesso de velocidade, o veículo conduzido por José de Andrade não pôde esboçar qualquer defesa, haja vista que também não tinha razões para esperá-lo, eis que o local da ultrapassagem era uma curva acentuada.

"Adriano de Martini, com apenas dezenove anos de idade, em ra-

zão do violento e brutal acidente, veio a falecer no local, conforme demonstra a certidão de óbito de fl. 9, sendo vítima de inúmeras lesões, tendo como causa de sua morte traumatismo cranioencefálico (auto de exame cadavérico de fl. 7".

A denúncia foi recebida em 23 de maio de 2001 (fl. 4).

Citado (fl. 71), o réu foi interrogado (fls. 72 e 73), ocasião em que negou ter agido com culpa no acidente.

A defensora constituída apresentou alegações preliminares, com rol de testemunhas (fl. 75).

Durante a instrução foram inquiridas sete testemunhas (fls. 103 e 104, 90 e 91, 86 e 87, 88 e 89, 83, 84 e 85).

Em sede de alegações finais, o Ministério Público requereu a procedência da denúncia (fls. 109 a 114).

A defesa, por seu turno, alegou que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do motorista do veículo Monza. Também sustentou que o réu, com apenas 18 anos, perdeu um grande amigo e teve a perna amputada, fazendo jus, portanto, ao perdão judicial. Ao final, postulou pela improcedência da denúncia (fls. 116 a 122).

Os registros criminais encontram-se certificados às fls. 54 e 55.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

2. Passo a fundamentar a decisão.

2.1. Materialidade e autoria

A materialidade do delito está comprovada pelo laudo de exame cadavérico de fl. 11.

A autoria não é negada pelo *defendant*, que, em seu interrogatório, disse que, após ultrapassar um ônibus e retornar para sua mão de direção, deparou-se com o veículo Monza dirigido por José Luiz de Andrade, que estava com o farol muito forte, ofuscando o acusado e impedindo-o de fazer a curva. Afirmou que a vítima era seu amigo e que o interrogando acabou perdendo a perna (fl. 72). Na polícia, havia referido que o choque havia ocorrido "bem na linha divisória" e que estava trafegando a uma velocidade média de 120Km/h (fl. 36).

José Luiz de Andrade, motorista do Monza, relatou que "a certa altura do caminho, em uma curva, próximo à localidade de São Sebastião, o depoente estava transitando em sua mão de direção, quando avistou um ônibus vindo em sentido contrário; que, de repente, também surgiu uma motocicleta em sentido contrário, a qual estava ultrapassando o mencionado ônibus, na contramão de direção dela, transitando na pista do depoente; que tentou de todas as maneiras puxar seu veículo para a direita, mas não conseguiu evitar a colisão, sendo que o ponto de impacto foi do centro para o acostamento da pista do declarante" (fl. 90).

Ivanor Huf, motorista do ônibus ultrapassado pelo réu, contou que "foi ultrapassado pela motocicleta do réu

em altíssima velocidade; [...] que, diante da velocidade da motocicleta, e, tendo em conta que existia uma leve curva à direita da pista, o réu não teve condições de evitar para a sua mão de direção e colidiu com o veículo Monza que vinha em sentido contrário; que esclarece que o Monza ainda tentou 'tirar' para o acostamento da direita, mas foi impossível pois foi tomado de surpresa pela aparição da motocicleta; [...] que existia um razoável pedaço de pista para que o condutor da motocicleta pudesse retornar para sua mão de direção após ter ultrapassado o ônibus do depoente, mas, diante da velocidade e da curva para a direta, o réu não teve condições de efetuar a manobra de retorno e provocou a colisão; que a velocidade era imensa [...] que ainda teve tempo de diminuir a velocidade de seu ônibus e controlá-lo antes mesmo do Monza cruzar a sua frente, fato que demonstra a extensão de pista que o condutor da moto poderia ter concluído a ultrapassagem sem provocar a colisão" (fls. 103 e 104).

Lucivan Arruda (fls. 86 e 87) e Emerson Ribeiro (fls. 88 e 89) afirmaram que o réu estava na contramão, não deixando a José Luiz qualquer possibilidade de evitar o acidente, em que pese tenha ele tentado.

Ressalto, ainda, que o croqui de fl. 7 registra que o ponto de impacto deu-se do meio da pista para o acostamento, ou seja, o acusado estava completamente na contramão.

Assim, a prova testemunhal não deixa dúvidas de que o *defendant* transitava em alta velocidade e na contramão de direção, dando causa ao acidente.

2.2. Tipificação

Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor é conduta prevista no art. 302 da Lei n. 9.503/97.

Conforme ocorrência de fl. 9, o réu não possuía habilitação para dirigir a motocicleta, e a afirmação não foi em nenhum momento negada. Está presente, portanto, a causa de aumento de pena do inciso I do artigo 302.

Nada indica, por outro lado, que o réu não tivesse a plena capacidade de entender o caráter criminoso de sua conduta e de agir conforme esse entendimento, nem foram alegadas ou estão presentes causas redutoras de imputabilidade.

Assim, a sua condenação nas penas do art. 302, *caput*, da Lei n. 9.053/97 é o corolário lógico-legal.

2.3. Do perdão judicial

Contudo, dispõe o art. 121, § 5º, do Código Penal:

"§ 5º — Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária".

Inicialmente, ressalto que, em que pese previsto na parte especial do Código Penal, o instituto é também aplicável ao homicídio culposo no trânsito, hoje regulado pela Lei n. 9.503/97.

Sobre o perdão judicial, discorre Julio Fabbrini Mirabete:

"Perdão judicial é um instituto por meio do qual o juiz, embora reconhecendo a coexistência dos elementos objetivos e subjetivos que constituem o delito, deixa de aplicar a pena desde que presentes determinadas circunstâncias previstas na lei e que tornam desnecessária a imposição da sanção. Trata-se de uma faculdade do magistrado, que pode concedê-lo ou não, segundo seu critério, e não de direito do réu. Pode ser concedido, por exemplo, nos crimes de homicídio culposo (art. 121, § 5º), lesões corporais culposas (art. 129, § 8º), receptação culposa (art. 180, § 3º) etc.

"Divergem os autores quanto à natureza jurídica do perdão judicial, e essa discussão reflete-se conseqüentemente na definição da natureza jurídica da sentença em que é ele concedido. Essa conceituação é necessária a fim de se determinarem quais os efeitos da decisão concessiva do perdão. Para uns o perdão é mera causa de não-aplicação da pena privativa de liberdade. Outros a consideram como causa de extinção do crime, escusa absolutória ou causa de extinção da punibilidade. Dessas posições decorrem as várias orientações a respeito da natureza da sentença em que é concedido o perdão judicial. Para a primeira corrente, predominantemente na doutrina e na jurisprudência, e por nós aceita, a sentença que concede o perdão judicial é condenatória, subsistindo todos os seus efeitos secundários (lançamento do nome do réu no rol dos culpados e pagamento das custas) (RTJ 97/576, 101/1132; RT 630/399, 0620/310, 0573/376 e 399, 560/381, 561/341 e 367, 564/342, 558/341, 554/379, 552/336, 544/442, 543/357, 537/305, 504/360, 486/310 e 381, 457/438, 448/390, 447/488, 443/499, 381/205; JTACrSP 68/95, 67/276 e 363, 66/333, 65/418 e 452, 64/280, 61/95, 60/234, 276 e 342, 57/284, 56/177, 55/254, 311 e 340, 54/307, 53/101, 563 e 381). A segunda corrente é aquela em que se afirma ser a sentença condenatória, embora libere o sentenciado de todos os efeitos (RT 540/310, 509/392, 452/394, 429/452; JTACrimSP 64/321, 62/284). Para uma terceira corrente, a sentença que concede o perdão é absolutória (RT 406/237, 318/309; JTACrimSP 8/262 (v. vencido) e 25/255 (v. vencido). Em uma quarta posição, a sentença não é condenatória nem absolutória, mas de exclusão facultativa de punibilidade (RT 508/413, 411/374). Por fim, numa quinta corrente, entende-se que se trata de sentença declaratória de extinção da punibilidade (RT 572/395, 569/362, 556/347, 547/336 e 345, 426/438; JTACrimSP 65/329, 64/258, 62/280, 61/295, 58/358)" (p. 57).

No caso, ao que tudo indica, a vítima era amiga do acusado, já que estavam voltando de uma festa. Não há nos autos nada que indique o grau de amizade, razão pela qual tenho que a relação, como demonstrada nos autos, não seria, por si só, causa a justificar a concessão do benefício.

Entretanto, conforme autos de exame de corpo de delito de fls. 14 e

60, o réu teve uma das pernas amputadas em decorrência do acidente. Ora, o acusado conta hoje com 22 anos de idade, e a lesão (considerada gravíssima) não apenas vai tornar mais difícil diversas atividades cotidianas, mas também, dependendo da força de vontade e dos recursos financeiros do acusado, não lhe vai permitir desfrutar, *v.g.*, de uma partida de futebol.

Assim, dada a gravidade da lesão, tenho que as conseqüências físicas sofridas pelo acusado justificam a concessão do perdão judicial.

3. Em face do exposto, *concedo*, com fulcro no art. 121, § 5º, do Código Penal, o perdão judicial a Sandro Alberto Rebellato e, conseqüentemente, *decreto extinta a sua punibilidade*, com fulcro no art. 107, IX, do Código Penal.

Custas *ex vi legis*.

Publique-se,

Registre-se,

Intime-se.

Xanxerê, 10 de fevereiro de 2004.

Gustavo Santos Mottola,
Juiz Substituto.

JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE CONCÓRDIA
PROCESSO N. 019.02.002161-3

JUIZ DE DIREITO: DR. MAURÍCIO CAVALLAZZI PÓVOAS

Vistos, etc.

Carlos Eduardo Dalla Costa Machado, Luiz Fernando Dalla Costa Machado, Adão Carlos Machado e Ilena Dalla Costa Machado, já qualificados nos autos, ajuizaram a presente ação de indenização contra Valdecir Antônio Marchioro, igualmente qualificado, alegando, em resumo, que:

"a) no dia 20 de outubro de 2001 a autora Ilena passeava tranqüilamente pela Rua 29 de julho, nesta Cidade, com seus filhos Carlos Eduardo e Luiz Fernando;

"b) na direção dos autores caminhava o requerido, utilizando a calçada de pedestres, com seu cachorro, um animal de grande porte da raça Pastor Alemão;

"c) na medida que houve a aproximação – estando a cerca de um metro de distância — Carlos Eduardo perguntou ao réu se o cachorro era um 'policial';

"d) feita a pergunta pelo menor Carlos Eduardo, o requerido respondeu: 'É policial e morde'. Neste exato momento, como que atendendo uma ordem, o cachorro investiu ferozmente contra a criança, atacando-a;

"e) a situação foi de pânico na medida em que Carlos Eduardo tinha

apenas quatro anos e caminhava com sua mãe, a qual segurava o pequeno Luiz Fernando, à época com 1 ano de idade, em seu colo.

"f) a autora Ilena ficou apavorada, não sabendo se largava o pequeno que estava no colo ou se socorria seu outro filho que era atacado pelo cão;

"g) o ataque do cão visava o pescoço do menor Carlos Eduardo que, no entanto, por instinto, defendeu-se, tendo o braço mordido;

"h) o animal, que não usava focinheira, estava fora de controle e não atendia ao comando de seu dono, ora réu;

"i) um terceiro que passava pelo local transportou a mãe e os dois filhos ao Pronto Socorro do Hospital São Francisco, já que todos estavam em estado de choque e choravam muito;

"j) o ataque do cão gerou seqüelas físicas, psíquicas, além de traumas, dores e aflições aos autores;

"k) o requerido deve ressarcir aos autores os danos materiais e morais sofridos.

A inicial foi devidamente instruída.

Citado, apresentou o requerido resposta em forma de contestação, aduzindo, em síntese, que:

"a) exceto o menor Carlos Eduardo, todos os outros autores são partes ilegítimas para figurarem no pólo ativo da lide;

"b) a exordial é sensacionalista e omite pontos relevantes dos fatos;

"c) o cachorro do réu, chamado Scot, é manso e jamais aconteceu qualquer incidente envolvendo o referido animal;

"d) o fato ocorrido com o menor Carlos Eduardo foi em decorrência da imprudência da mãe, que não teve o zelo materno de manter uma criança de quatro anos segura pela mão ao andar pelas ruas da cidade e que também não advertiu o infante para que não se aproximasse do animal;

"e) cachorros da raça Pastor Alemão são dóceis e 'amigos das crianças';

"f) o cão atacou o menor com as patas, e não com a boca, pois, neste último caso, teriam marcas de mordida em cima e embaixo do braço;

"g) o requerido tomou todos os cuidados precisos para evitar o acidente, apenas não colocou a focinheira no cão porque este possuía uma sutura na orelha direita que impedia a colocação do referido objeto;

"h) não restaram seqüelas físicas e psicológicas no menor;

"i) não há prova de que os remédios descritos na exordial foram adquiridos por causa do acidente;

"j) não há, ainda, provas de que os tratamentos psicológicos decorreram do incidente;

"k) as condições financeiras do réu devem ser levadas em conta no caso de eventual condenação por dano moral;

"I) houve, no máximo, culpa concorrente entre o réu e a mãe dos menores.

A tempo e modo aforou o requerido reconvenção, pedindo a condenação dos autores em danos morais, já que veicularam notícias na imprensa humilhando-o e transformando-o num marginal. Além disso, ajuizaram protesto contra alienação de bens em novembro e aforaram a ação principal somente em abril do ano seguinte, o que causou constrangimentos ao reconvinte.

Houve contestação à reconvenção, pedindo os reconvindos a condenação do réu reconvinte em litigância de má-fé.

A proemial de ilegitimidade ativa, por confundir-se com o mérito, foi afastada à fl. 186, em despacho irrecorrido.

O feito foi devidamente instruído, sobrevindo alegações finais das partes e do Ministério Público, este opinando pela procedência parcial do feito.

É a síntese do necessário.

Decido

Cuida a espécie de ação de indenização manejada por Carlos Eduardo Dalla Costa Machado, Luiz Fernando Dalla Costa Machado, Adão Carlos Machado e Ilena Dalla Costa Machado contra Valdecir Antônio Marchioro.

Da ação de indenização

Da culpa pelo evento danoso

A ação manejada pelos autores tem sua base legal nos arts. 159 e 1.527 do Código Civil de 1916, que era o vigente à época dos fatos.

Preceitua o art. 159:

"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Por seu turno, reza o art. 1.527 que:

"O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar:

"I – que o guardava e vigiava com o cuidado preciso;

"II – que o animal foi provocado por outro;

"III – que houve imprudência do ofendido;

"IV – que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior".

Washington de Barros Monteiro, ao comentar o artigo *supra*, leciona:

"Como já vimos, adotou o Código a teoria clássica da culpa; o ofendido só tem direito à reparação, se comprovar que o evento lesivo se deve a ato culposo do agente. *Percebe-se, todavia, que a teoria objetiva logrou infiltrar-se em alguns de seus dispositivos. É o caso do art. 1.527, que consagra a responsabilidade civil do dono, ou detentor do animal pelos danos por estes causados.*

"Pouco importa que o animal seja doméstico ou selvagem; a obri-

gação de quem possui animal é a de guardá-lo de modo que não possa ofender a outrem. *Se um dano se verifica, presume-se que a vigilância foi descurada, devendo, pois, ser ressarcido. Existe, em tal hipótese, presunção de culpa contra o dono ou guardião do irracional"* (*in* Curso de Direito Civil, 5º vol., Ed. Saraiva, 28ª ed., 1995, p. 406).

Idêntica é a lição de Maria Helena Diniz, que lembra que a responsabilidade do guardião ou detentor de animais "tem por base a presunção de culpa, estabelecida no fato de que lhe incumbe guardar e fiscalizar o animal, logo, indiretamente, pode decorrer do comportamento do próprio detentor ou proprietário, hipótese em que se aplicarão os princípios concernentes à culpa *in vigilando*" (*in* Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º vol., Responsabilidade Civil, Ed. Saraiva, 9ª ed., 1995, p. 371).

Arnoldo Wald, de forma clara e precisa, doutrina que:

"No tocante à responsabilidade pelos animais, a própria lei esclarece quais as situações que excluem a responsabilidade do respectivo dono, estabelecendo, na hipótese, uma inversão do ônus da prova, pois o proprietário é que deverá comprovar a ausência de sua culpa. Essas medidas referentes à prova têm grande importância prática, pois facilitam a reparação do dano e garantem, assim, em linhas gerais, o direito à segurança de todos os membros da sociedade" (*in* Curso de Direito Civil Brasileiro, Obrigações e Contratos, 11ª ed., 1994, Ed. RT, p. 475 e 476).

Caio Mário da Silva Pereira, comentando o art. 1.527 do CC, traz várias citações doutrinárias, compactuando o autor com a tese da culpa presumida, concluindo ele que "trabalhada pela jurisprudência e pela penetração da teoria objetiva, vêm os autores modernos a assentar que a hipótese, a rigor, resume a responsabilidade do dono ou detentor do animal, bastando ao ofendido 'provar apenas que sofreu o dano, que esse dano foi devido a um animal, e que este pertence ao réu'" (*in* Responsabilidade Civil, 6ª ed., Ed. Forense, 1995, p. 108).

Pois bem. Colacionados os ensinamentos *supra*, chega-se à inarredável conclusão que, tratando-se de culpa presumida do detentor do animal, caberia ao réu, no presente caso, provar a existência de alguma das hipóteses estampadas nos incisos I a IV do art. 1.527 do CC. Isso porque, como é incontroverso, houve o dano e este, sem dúvida, foi causado pelo cão pertencente ao requerido.

Ocorre que não logrou o réu fazer a necessária prova, senão vejamos.

Os fatos, como narrados na exordial, ocorreram da seguinte forma: vinha a autora na Rua 29 de Julho com seu filho Luiz Fernando ao colo e, caminhando com eles, pela calçada, o menor Carlos Eduardo. No mesmo passeio público vinha o réu com seu cão, de grande porte, raça Pastor Alemão, preso a uma guia e sem focinheira. Quando o menor Carlos Eduardo e o cão se cruzaram na cal-

çada o animal o atacou, mordendo-lhe o braço e causando as lesões descritas na peça de ingresso.

Para se contrapor a essa realidade o réu traz alegações que, se não fossem trágicas, seriam cômicas.

Primeiro diz que o cão, chamado Scot, era manso e jamais havia tido qualquer acidente com ele. Disse, também, que o cachorro brincava com seus filhos menores e que cães da raça Pastor Alemão são dóceis e "amigos das crianças". Ora, o Scot era manso até o dia dos fatos. Não há negar – e o próprio réu não o faz – que o dócil Scot atacou o menor Carlos Eduardo que, pela idade que tinha na época, não poderia representar, em circunstâncias normais, qualquer ameaça ao animal ou a seu dono. Portanto, sem explicação o ataque do cão que, assim, não era tão manso quanto quer o réu. O fato de o cão brincar com os filhos do réu não é argumento a ser considerado, até porque qualquer leigo sabe que o convívio doméstico torna o animal fiel àqueles com quem passa seus dias.

Diz ainda o requerido, insistentemente, que o fato ocorrido com o menor Carlos Eduardo foi em decorrência da imprudência da sua mãe, que não teve o zelo materno de manter uma criança de quatro anos segura pela mão ao andar pelas ruas da cidade e que também não advertiu o infante para que não se aproximasse do animal.

Realmente é risível o argumento.

A uma porque quem teria de andar acorrentado e com focinheira pelas ruas da cidade não era o menor Carlos Eduardo, mas sim o cachorro de propriedade do réu. Assim, não haveria, de forma alguma, obrigação de a autora manter o seu filho seguro pelas mãos, pois as calçadas são feitas justamente para que nelas se desloquem os cidadãos com segurança. Nota-se que os fatos aconteceram num sábado à tarde, em que o movimento nas ruas é pequeno e a segurança dos transeuntes deveria ser ainda maior.

O argumento do réu, tentando imputar falta de zelo à mãe de Carlos Eduardo, é ofensivo e irresponsável, já que coloca em cheque, sem qualquer fundamento e de forma leviana, aquilo que as mães, até por instinto natural, têm como característica mais marcante, que é o zelo por sua prole.

Não há imputar, portanto, qualquer grau de responsabilidade à autora, que agiu, pelo que consta dos autos, do início ao fim dos fatos, de forma irrepreensível, como mãe dedicada e preocupada com o bem-estar do seus filhos. Inconcebível, pelos mesmos motivos, cogitar-se em culpa recíproca.

Outra alegação do réu é que o cachorro, na verdade, não mordeu o menor, "apenas" o atacou com as patas, causando as lesões descritas na exordial. Mais uma vez mostra-se sem qualquer base fática ou probatória a assertiva do requerido.

O atestado de fl. 49, emitido no dia dos fatos, é claro:

"Carlos Eduardo Dalla Costa Machado.

"Atesto que o mesmo foi atendido na emergência vítima de mordedura de cão com ferimentos (2) penetrantes no antebraço esquerdo".

Bem se vê, pois, que dúvida alguma resta, pelo teor do atestado acima transcrito, que o cão efetivamente mordeu o infante, e não apenas o atacou com as patas. Não precisaria nem mesmo ser médico legista para saber que as duas perfurações no braço de Carlos Eduardo referem-se aos dois dentes caninos superiores, que são mais salientes e são os primeiros a penetrar em caso de mordedura. Ademais, cachorros, obviamente, têm mais de duas unhas e, portanto, eventual ataque com as patas dificilmente causaria apenas duas perfurações.

De mais a mais, ainda que se acatasse a infame tese do "ataque à unha", decantada pelo réu, tal praticamente em nada modificaria a situação dos autos, pois o que importa é que o menor efetivamente foi alvo da fúria do animal.

Como já frisei alhures, tratando-se de culpa presumida, caberia aos autores comprovar que o menor fora atacado pelo cão, que o ataque provocou danos e que o cão pertencia ao réu. Todas essas provas estão nos autos à saciedade.

De outra banda, ao réu, para isentar-se da culpa, caberia demonstrar, *quantun satis*, que: *guardava e vigiava o animal com o cuidado preciso; o animal foi provocado por outro; houve imprudência do ofendido; o fato resultou de caso fortuito, ou força maior* (art. 1.527, incisos I a IV, do CC).

Não logrou o réu, no entanto, provar qualquer das excludentes acima.

Primeiro porque o animal não foi guardado e vigiado com o cuidado preciso, tanto assim que o requerido com ele transitava sem o mínimo cuidado, levando-o, pelo passeio público, sem a focinheira, exigência, aliás, prevista na Lei Estadual n. 11.096/99, que, em seu artigo 1º estatui que "os animais de raça canina, reconhecidamente como cães de guarda, somente poderão transitar em vias públicas devidamente revestidos com focinheiras". E não se diga, como quer o réu, que o seu cachorro não poderia colocar a focinheira porque possuía uma sutura na orelha direita que impedia o uso do equipamento. Ora, se de fato não podia o requerido colocar a focinheira no animal não deveria com ele sair de casa. Se o fez, correu o risco, devendo responder pelo seu imprudente ato.

Segundo porque o cão não foi provocado pelo menor. Atacou-o sem qualquer razão justificável.

Terceiro porque não obraram os autores com imprudência, a não ser que seja imprudente passear pelas calçadas da cidade num final de tarde de sábado...

Por fim, o fato não resultou de caso fortuito ou força maior.

A culpa, portanto, é única e exclusivamente do requerido.

Já se decidiu:

"Não comprovadas as excludentes previstas no art. 1.527 do CC, permanece a responsabilidade do proprietário dos animais pelos danos pelos mesmos causados" (RJTJESP 26/150).

E ainda:

"Cabe ao dono do animal o ônus da prova das excludentes da responsabilidade prevista no art. 1.527 do CC. E a falta de prova torna-o responsável pelo ressarcimento dos danos e lucros cessantes advindos de colisão havida com veículo" (RT 518/228).

No mesmo norte:

"O dono do animal é responsável pelos danos que este ocasionar se não provar as elidentes do art. 1.527, I e IV, do CC. Ao ofendido incumbe provar o dano e a propriedade do irracional, enquanto que ao dono se atribui a carga dos motivos legais elidentes da responsabilidade" (RT 603/227).

Resta, portanto, apreciar somente a extensão dos danos porventura sofridos por cada um dos autores, o que farei pontualmente.

Dos danos causados ao menor Carlos Eduardo Dalla Costa

Os danos sofridos por Carlos Eduardo foram, no dizer da inicial, materiais e morais. Os materiais, no entanto, não restaram comprovados.

Os medicamentos representados pelos documentos de fls. 46 e 47 não foram receitados pelos médicos que atenderam a Carlos Eduardo. Não há nos autos prova nenhuma nesse sentido.

De igual forma, não obstante ter efetivamente Carlos Eduardo sido atendido por psicóloga, o fato é que em nenhum momento do parecer de fl. 53, ou em qualquer outro documento constante dos autos, há indicação de que referido atendimento tenha sido gerado por traumas decorrentes do ataque do animal.

Nota-se, por importante, que o atendimento pela profissional subscritora do parecer de fl. 53 somente ocorreu em fevereiro de 2002, ou seja, aproximadamente quatro meses após os fatos narrados na preambular.

Se é verdade que o ônus da prova no tocante à ausência de culpa é do réu, em face da presunção já falada acima, com relação aos danos a prova de sua ocorrência incumbe aos autores.

Como lembra Theodoro Júnior, "Não há um dever de provar, nem à parte assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente" (Humberto Theodoro

Júnior, *in* Curso de Processo Civil, vol. II, 9ª ed., Rio, Forense, 1994, p. 257).

No caso, a prova do dano material não está presente a contento, eis por que, neste particular, o pedido improcede.

Já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *mutatis mutandis*:

"Se a responsabilidade objetiva dispensa ao lesado a prova da culpa do ente estatal, o mesmo não ocorre em relação aos componentes da indenização – danos materiais e lucros cessantes – os quais devem restar cabalmente demonstrados" (Ap. Cív. n. 2001.001295-8, de Xaxim, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros).

Diversa é a situação no tocante aos danos morais.

Inegavelmente que o ataque de um animal do porte de um pastor alemão causa abalo em qualquer pessoa. Tal abalo, no entanto, é ainda maior quando se trata de uma criança de 4 anos. O dano moral, neste caso, não necessitaria de prova. Antes, poderia ser perfeitamente presumido pela situação fática existente nos autos. Mas, ainda que desnecessária, há farta prova no sentido do abalo sofrido pelo menor.

Rodenei Zampronio, ouvido à fl. 249, disse que:

"[...] não presenciou o ataque, mas chegou instante depois; [...] a mãe e os dois menores, quando o depoente chegou, estavam desesperados, 'o desespero era evidente'; [...] depois dos fatos o depoente foi visitar o autor, inclusive levou balões para ele; o menor e toda a família estavam abalados; levou os balões à casa do menor, bem como à menina do depoente que tem 11 anos de idade; a filha do depoente levou um cachorro pincher, sendo que quando o menino viu saiu correndo; durante o tempo em que ficou ali, um ou outro chorava [...]".

Nota-se, pelo convincente depoimento acima, que o menor e seus pais, como não poderia deixar de ser, ficaram seriamente abalados com o acontecimento, valendo destacar que o infante, inclusive, pareceu em pânico ao ver um pequeno cachorro nas mãos da filha do depoente. Nota-se, por aí, o grau do dano moral sofrido por Carlos Eduardo.

O Policial Militar José Carlos de Borba, ouvido à fl. 250, também narrou história que bem mostra o estado em que ficou Carlos Eduardo em decorrência do ataque sofrido pelo animal. Disse ele que:

"não presenciou os fatos; há orientação, por portaria municipal, para que as pessoas transitem com cães apenas com focinheira; isto é obrigatório; o depoente, como policial, atendeu a uma denúncia de que haveria cachorro sem focinheira, sendo que o depoente chamou referida pessoa; na presença estava Adão Machado e o filho Eduardo; o depoente percebeu que o menino apavorou-se; o depoente não sabia o que tinha acontecido; o menino pedia socorro para o pai; o depoente estava no Posto San-

ta Clara e chamou a pessoa que estava no outro lado da rua para orientá-lo para usar focinheira no cachorro; o depoente pediu para Adão do porquê o menino estava assustado; Adão contou os fatos; o depoente viu as cicatrizes no menino, que eram de mordida de cachorro [...]".

O abalo moral do menor Carlos Eduardo, vê-se, está devidamente comprovado, restando apurar-se o *quantum*.

Cumpre gizar, de plano, que, "na reparação do dano moral o juiz deverá apelar para o que lhe parecer eqüitativo ou justo, mas ele agirá sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões da parte, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. Portanto, ao fixar o *quantum* da indenização, o juiz não procederá a seu bel-prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação. Arbítrio prudente e moderado, assevera Artur Oscar de Oliveira Deda, não é mesmo que arbitrariedade. Além, disso, sua decisão será examinada pelas instâncias superiores e esse arbítrio está autorizado por lei (CC, arts. 1.549 e 1.533), sendo até mesmo concedido ao juiz, em muitos casos, inclusive nos de danos patrimoniais. Assim sendo, não há que se falar em excessivo poder concedido ao juiz" (Bussada, Wilson. Danos e Interpretações pelos Tribunais).

Não havendo parâmetro legal para fixar-se a indenização por dano moral, deve ser levado em conta a situação financeira de quem recebe, de quem paga e a extensão do dano.

O autor, advindo de classe média, é menor de idade. O réu, por seu turno, é pessoa simples e, ao que parece, tem padrão de vida modesto. De outro vértice, os danos morais foram de relativa monta, já que, além do ferimento físico sofrido pelo infante, este ainda passou a ter desmedido temor de cães.

Dentro desses critérios, fixo a indenização em importância equivalente a 30 salários mínimos, ou seja, R$ 7.200,00, valor que entendo suficiente para reparar o mal moral praticado contra Carlos Eduardo, e, ao mesmo tempo, desestimular o réu a praticar novamente atos de tamanha irresponsabilidade, qual seja, andar pelos passeios públicos da cidade com um cão de guarda sem focinheira, colocando em risco a integridade física de todos os cidadãos.

Dos danos causados aos autores Ilena Dalla Costa Machado e Adão Carlos Machado

No que tange aos autores Ilena e Adão, os danos foram exclusivamente morais. A primeira afirma que, em decorrência dos fatos, necessitou de auxílio psicológico. No entanto, assim como ocorreu no caso de Carlos Eduardo, acima explanado, não há no laudo de fls. 54 e 55 uma única indicação que mostre a ocorrência de nexo causal entre os atendimentos da autora com psicóloga e o ataque sofrido pelo seu filho.

Com relação ao abalo moral a história é outra...

Só quem tem filho – e este magistrado tem – pode mensurar o sofrimento e a sensação de impotência que tomou conta da autora quando viu seu pequeno filho, de apenas quatro anos, atacado injustamente por um cachorro. Tal sensação certamente foi ainda maior quando se lembra que Ilena tinha, ao colo, outro filho, este com apenas um ano. Ficou ela, com certeza, "entre a cruz e a espada". Se soltasse o menor para socorrer o maior, corria o risco de ter seu filho de um ano também atacado pelo cão, com conseqüências certamente mais nefastas. Não há imaginar angústia maior.

Aliás, as testemunhas dos autores foram uníssonas em demonstrar o quanto Ilena ficou abalada (veja-se, nesse sentido, os depoimentos de Rodenei Zampronio – fl. 249 e de Erich Dick – fl. 251).

Valioso transcrever o depoimento de Dilso José da Silva (fl. 252), que mostra a dimensão do abalo sofrido pela autora. Narrou ele que:

"não presenciou os fatos; o depoente ficou sabendo dos fatos pela imprensa e pela Ilena; depois do fato, o depoente e Ilena estavam em Florianópolis para fazer o concurso para a Magistratura; estavam andando até o local do concurso, quando se depararam em uma residência com dois cachorros; os dois cachorros estavam soltos, entre uma residência e outra; Ilena percebeu os cachorros, embora estivessem com uma pessoa; Ilena avisou ao depoente; Ilena estava com o impulso de fugir, sendo que o depoente pediu para que ela se acalmasse; Ilena ficou muito aflita, não atendeu o depoente e fugiu; o depoente alcançou Ilena uns 20 passos adiante, sendo que Ilena estava apavorada; este fato ocorreu no ano de 2003 [...]; conversou com Ilena logo após o fato com o menor, sendo que Ilena chorava muito e estava preocupada com as crianças; [...]; o depoente acredita que houve abalo de toda a família autora [...]".

Nota-se, pois, que referente à autora, inarredável é a condenação do réu em danos morais.

O mesmo ocorre com relação a Adão Carlos Machado, pai de Carlos Eduardo.

Emerge dos autos que Adão, que é músico, não se encontrava na cidade no dia do acontecimento. Esclarecedor é o depoimento de Erich Dick, o qual, com precisão, narrou que:

"o depoente trabalhava como músico com o Adão Machado; o depoente estava trabalhando com ele no dia dos fatos; conhece a família dos autores há muito tempo; quando o menor nasceu já conhecia a família dos autores; que no dia dos fatos o depoente estava com Adão em São Mateus do Sul, onde tocaram num baile de *Chopp*; por volta das 18 horas ligaram para Adão informando que o menino tinha sido atacado por um cachorro; foi um desespero 'que abalou até a banda'; Adão tocou o baile, sendo que ligaram para avisar que não

era para ele se desesperar que o menino já havia sido atendido pelo médico, mas Adão 'nem conseguia cantar'; Adão foi avisado por volta das 18 horas; Adão é cantor; houve reclamações quanto ao desempenho da banda; o presidente da comunidade foi informado do fato, mas 'toda a banda não conseguiu trabalhar direito'; Adão cogitou retornar a Concórdia, mas não 'tinha como' [...]" (fl. 251).

A narrativa acima demonstra, com clareza solar, o estado de espírito do pai do menor ao saber, longe de casa, que seu filho havia sido atacado pelo cachorro.

Todas as assertivas acima lançadas acerca da aflição da mãe também servem para o pai. Com certeza não foi menor a sensação de impotência de Adão ao ter conhecimento de que seu pequeno filho fora atacado por um cão. O abalo moral, em casos tais – já disse isso acima – é presumido, pois qualquer progenitor, por mais insensível que seja, sofre em dobro com o sofrimento de seus filhos. Não foi diferente com os autores.

Certa a existência do dano moral, impende verificar a sua extensão, quantificando-o em pecúnia.

Assim como fiz quando analisei os danos morais experimentados pelo menor Carlos Eduardo, novamente levarei em conta a situação financeira de quem recebe, de quem paga e a extensão do dano.

Os autores Ilena e Adão são de classe média. O réu, como já frisei, é pessoa simples e, ao que parece, tem padrão de vida modesto. De outro vértice, os danos morais foram de relativa monta, já que tiveram os pais a indescritível sensação de dor moral ao ver seu filho atacado por um cão bravio, fato que poderia ter conseqüências físicas muito mais graves e até levar a óbito o pequeno Carlos Eduardo.

Dentro desses critérios, fixo a indenização em importância equivalente a 20 salários mínimos para cada um dos pais, ou seja, R$ 4.800,00 *para cada um*, valor que entendo suficiente para reparar o mal moral sofrido por Ilena e Adão, e, ao mesmo tempo, desestimular o réu a praticar novamente o inaceitável ato.

Dos danos sofridos pelo menor Luiz Fernando Dalla Costa Machado

Analisando-se com cuidado os autos, não vejo como possa o menor Luiz Fernando ter sofrido danos morais com os acontecimentos narrados na peça vestibular.

Luiz Fernando, apesar de estar com sua mãe no local e no dia em que seu irmão foi atacado, possuía, na época, apenas 1 ano e 4 meses de idade. Se é verdade que ficou assustado com o acontecimento – e não se poderia esperar outra coisa – não menos certo é que não tinha discernimento suficiente para sofrer abalo moral que justifique a imposição de indenização por parte do réu.

Em síntese: deverá o réu pagar aos autores Carlos Eduardo, Ilena e

Adão os valores acima estipulados como danos morais, importância que deverá ser corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora desde a data da publicação da presente sentença.

Sobre o pedido de aplicação dos juros compostos, feito pelos autores, tal não pode ser acolhido.

Estabelece o art. 1.544 do Código Civil de 1916:

"Além dos juros ordinários, contados proporcionalmente ao valor do dano, e desde o tempo do crime, a satisfação compreende os juros compostos".

Segundo a Súmula 186 do STJ, "Nas indenizações por ato ilícito, os juros compostos somente são devidos por aquele que praticou o crime".

Como não há falar em crime no caso em apreço, já que não houve sentença com trânsito em julgado reconhecendo-o, são inaplicáveis os juros compostos.

Afasta-se, portanto, a aplicação dos mencionados juros.

Da reconvenção

A tempo e modo o réu reconviu, dizendo, em espartilhado resumo, que os autores veicularam notícias na imprensa humilhando-o e transformando-o num marginal. Além disso, ajuizaram protesto contra alienação de bens em novembro e aforaram a ação principal somente em abril do ano seguinte, o que causou constrangimentos ao reconvinte.

A reconvenção não tem qualquer fundamento e nada mais é do que um factóide criado pelo reconvinte visando-a tumultuar o feito e "contra-atacar" os autores.

As matérias jornalísticas acostadas às fls. 144 e 145 não têm uma só linha ofensiva ao reconvinte. Nenhuma palavra depreciatória foi dita pelos autores. Nada mais descrevem as matérias do que os fatos como eles efetivamente ocorreram.

Os testigos ouvidos, de outro vértice, foram unânimes em afirmar que não viram, em nenhum momento, os autores ofender o reconvinte. Veja-se:

Rodenei Zampronio: "[...] não escutou a mãe do menor ofender o requerido ou falar algo contra ele [...]" (fl. 249).

Erich Dick: "[...] nunca presenciou os pais dos menores dirigindo palavras ofensivas ao requerido [...]" (fl. 251).

Dilso José da Silva: "[...] quando escutou a matéria na imprensa, não lembra de ter ouvido ofensas ao requerido [...] nunca viu Ilena ofender o requerido [...]" (fl. 252).

Sueli Monteiro: "[...] a depoente ouviu em rádio e leu em jornal sobre os fatos; somente ouviu e leu o contar da história, mas nunca agressões contra o requerido e sua família [...]" (fl. 254).

Marco Antônio Vezaro: "[...] o depoente teve conhecimento dos fa-

tos através de rádio, jornal e pelo requerido; quando escutou no rádio ou jornal escutou a história, sendo citado o nome do requerido; não ouviu agressões contra o requerido [...]" (fl. 255).

A outra argumentação do reconvinte para justificar a imposição de indenização aos reconvindos seria o ajuizamento de ação de protesto contra alienação de bens alguns meses antes do aforamento da presente ação.

Ora, exerceram os reconvindos regularmente seu direito de ação, sem qualquer tipo de abuso, tanto que o aludido protesto foi devidamente deferido, sendo de rigor, pois, a improcedência da reconvenção.

Como já disse, provocou o autor incidente manifestamente infundado, opôs resistência injustificada ao andamento do processo e deduziu pretensão contra fato incontroverso, litigando de má-fé.

Não se pode aceitar que o Judiciário, já assoberbado de processos, seja usado com o fim de criar fatos sem qualquer fundamento, atrasando, por isso, a entrega da prestação jurisdicional naqueles casos em que realmente existe uma pretensão resistida.

Assim, não prestigiando tal atitude, de todo reprovável, deve ser aplicado o art. 17, I, IV e VI, do CPC, que não se trata de artigo meramente decorativo, mas, antes, de dispositivo que, repito, deva ser aplicado, visando a coibir abusos no uso da máquina judiciária, que, em casos como o presente, é utilizada como meio protelatório.

Assim, aplico a pena de litigância de má-fé ao embargante no percentual de 2% do valor da condenação.

Diante do exposto:

a) *Julgo procedente em parte* o pedido contido na presente ação de indenização manejada por Carlos Eduardo Dalla Costa Machado, Luiz Fernando Dalla Costa Machado, Adão Carlos Machado e Ilena Dalla Costa Machado contra Valdecir Antônio Marchioro, todos já qualificados nos autos, para, em conseqüência, condenar o requerido:

1 — ao pagamento, em favor de Carlos Eduardo Dalla Costa Machado, da quantia de R$ 7.200,00, pelos danos morais a este causado;

2 — ao pagamento, em favor de Adão Carlos Machado, da quantia de R$ 4.800,00, pelos danos morais experimentados por este;

3 — ao pagamento, em favor de Ilena Dalla Costa Machado, da quantia de R$ 4.800,00, pelos danos morais causados a ela.

As importâncias acima deverão ser corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora desde a data da publicação desta sentença.

Sem custas ou honorários por serem ambas as partes beneficiárias da assistência judiciária gratuita.

b) *julgo improcedente* a reconvenção manejada por Valdecir Antônio Marchioro contra Carlos Eduardo Dalla Costa Machado, Luiz Fernando Dalla Costa Machado, Adão Carlos Machado e Ilena Dalla Costa Machado, todos já qualificados.

Condeno o reconvinte ao pagamento da pena por litigância de má-fé, em favor dos reconvindos, no percentual de 2% sobre o valor da condenação na ação principal, valor esse que deverá ser corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora desde a data da publicação desta sentença.

Sem custas ou honorários por ser o reconvinte beneficiário da assistência judiciária gratuita.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Concórdia, 3 de março de 2004.

Maurício Cavallazzi Póvoas,
Juiz de Direito.

JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE PRESIDENTE GETÚLIO
PROCESSO N. 027.99.001885-3

JUIZ DE DIREITO: DR. ROBERTO LEPPER

Vistos, etc.

O ilustre representante do Ministério Público Federal, Dr. João Marques Brandão Néto, ofereceu *denúncia* contra Valtair Zermiani, brasileiro, casado, operador de máquinas, residente e domiciliado em Presidente Getúlio – SC, na Rua Kurth Hering, s/n., localidade de Ribeirão Sabiá, dando-o como incurso nas sanções do artigo 29 da Lei n. 9.605/98 c/c artigo 10 da Lei n. 9.437/97, porque, no dia 7 de agosto de 1999, em Presidente Getúlio, o réu foi autuado pela Polícia Ambiental por ter matado um jacu e três rolas. Na mesma oportunidade foram encontrados em poder dele uma espingarda marca *Rossi*, calibre 32, sem registro, bem como cartuchos e chumbos, cujo material foi apreendido pela referida autoridade.

A denúncia foi recebida em 1º-6-2000 (fls. 3 e 4).

Os antecedentes criminais do réu foram certificados às fls. 8 e 11.

O interrogatório do réu consta dos autos às fls. 12 a 17.

Alegações preliminares, apresentadas por defensor constituído, às fls. 21 e 22.

Oposta exceção de incompetência, foi esta rejeitada pela decisão de fls. 39 e 40.

Durante a instrução, foram colhidos os depoimentos de duas testemunhas arroladas na denúncia (fls. 48 e 49) e de outras três indicadas pela defesa (fls. 79 e 80 e 92).

Por ocasião da inspeção anual ordinária foi reconhecida, de ofício, a incompetência absoluta da Justiça Federal para apreciar crime contra a fauna e flora, declinando-se à Justiça Estadual a competência para julgar esta ação penal (fl. 109).

Em alegações finais, o proficiente representante do Ministério Público, Dr. Rodrigo Kurth Quadro, requereu a condenação do acusado nos moldes da denúncia (fls. 110 a 115). Já o defensor do réu, por sua vez, requereu absolvição do agente, sustentando falta de provas da autoria delituosa ou, alternativamente, rogando pela aplicação do princípio da insignificância (fls. 120 a 123).

É o relatório.

Decido

Trata-se de ação penal pública incondicionada pela prática dos crimes de porte ilegal de arma (Lei n. 9.437/97, artigo 10) e abate de animais da fauna silvestre (Lei n. 9.605/98, artigo 29), cuja autoria é atribuída ao réu Valtair Zermiani.

A materialidade do crime de porte ilegal de arma está comprovada nos autos pelo termo de apreensão (fl. 13 dos autos em apenso) e pelo laudo pericial, atestando a eficácia da arma apreendida em poder do denunciado (fl. 16 – autos em apenso). Além disso, o ofício de fl. 101 informa que a arma encontrada em poder do agente não possui registro no banco de dados do Ciasc, tampouco no Sinarm.

Já a materialidade do delito ambiental emerge demonstrada pelo laudo técnico (fl. 12 – autos em apenso), que informa que as aves abatidas (um jacuaçu e três rolas juriti), todas encontradas em poder do réu e que são espécies que integram a fauna silvestre, foram executadas com o emprego de arma de fogo. Ademais, as aves mortas estão retratadas no documento de fl. 19 (autos em apenso).

A corroborar a materialidade de ambos os delitos estão os depoimentos das testemunhas arroladas na denúncia (fls. 48 e 49), que, sem contradições, declararam que o réu foi mesmo surpreendido em poder da arma e das aves alvejadas. Não bastasse isso, o próprio acusado, por ocasião do interrogatório, declarou que estava caçando aves "a pedido" de uma terceira pessoa (fls. 15 a 17). Com o agente também foram apreendidos petrechos próprios de caça (fl. 13 – autos em apenso), como cartuchos plásticos e metálicos, tanto deflagrados quanto intactos, para uso em espingardas de calibre 32 (coincidentemente do mesmo calibre da arma apreendida em poder do réu), chumbo e pólvora, materiais próprios para a recarga artesanal de cartuchos de armas de alma lisa, facão, lanterna, uma bolsa de napa e até um estilingue.

O denunciado informou ainda que a arma que utilizava era "velha,

que havia ganho do avô". Talvez por isso tenha levado consigo um estilingue, por prevenção. É que, na hipótese de falha da vetusta arma, o caçador ainda poderia valer-se daquele jurássico artefato. O que importava era não perder a caça...

Ao contrário do que prega a defesa, a autoria é certa, pois o próprio réu admitiu estar fazendo uso da arma para caçar, cuja confissão, repito, veio corroborada pelas declarações testemunhais, que informam as condições em que o réu foi surpreendido em sua empreitada criminosa.

Já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

"Porte ilegal de arma de fogo – Apreensão na residência do acusado – Objeto sem registro e desprovido de autorização legal – Exame pericial comprovando a eficácia do instrumento ofensivo – Crime formal caracterizado – Autoria perfeitamente demonstrada – Absolvição impossível" (TJSC – Ap. Crim. n. 2000.022743-9, de Fraiburgo, rel. Des. Jorge Mussi, julgada em 13-2-2001).

A defesa também abraça a tese do crime de "bagatela", com a aplicação do princípio da insignificância jurídica em relação ao delito ambiental. O argumento, contudo, não merece albergamento. É que não se pode determinar, em pecúnia, os animais pertencentes à fauna brasileira pois, se assim fosse, o órgão responsável deveria expedir uma "tabela de preços" com os valores atribuídos às inúmeras espécies de animais. Pergunto, então: quanto valeria uma arara-azul, uma onça-pintada ou um mico-leão-dourado, todos em extinção. Qual seria o valor estimado de uma jacutinga ou um mesmo de peixe-boi, ambos animais que estão escasseando na natureza. Seria razoável estabelecer uma sub-classe da fauna para os numerosos gambás, anuns e preás? Penso que não! A alegação de que o abate dos animais deu-se para consumo da família do réu também não restou provada e, do ponto de vista jurídico, não interessa ao deslinde da ação penal, pois não consiste em causa minorante ou mesmo de especial diminuição de pena, nem torna o agente, só por isso, inimputável. Aliás, o próprio réu, ao ser interrogado, deixou muito claro que recebeu "uma encomenda" para caçar um "jacuzinho".

Sobre o tema em foco, colhe-se da jurisprudência:

"Penal. Direito ambiental. Princípio da insignificância. Não incidência. Lei n. 9.605/98. Prescrição. 1 — *Não é insignificante o crime contra o meio ambiente, pois ele produz efeitos a longo prazo e que são, muitas vezes, irreversíveis*. 2 — A Lei n. 9.605/98 reduziu a pena anteriormente prevista para os crimes de caça de animais silvestres, o que ocasionou, no caso concreto, a prescrição da pretensão punitiva, devido ao lapso temporal transcorrido entre o recebimento da denúncia e esta decisão" (grifei) (TRF da 4ª Região – Ap. Crim. n. 97.04.72902-2/RS, rel. Juiz A. A. Ramos de Oliveira, julgada em 23-6-1998, decisão unânime).

Ou então:

"Direito penal ambiental. Caça. Lei n. 5.197/67, art. 27, § 1º e § 10, Let. J. Princípio da insignificância. O Juiz para reconhecer o princípio da insignificância deve analisar e justificar suas conclusões, não bastando, para assim concluir, afirmar que é pequena a quantidade de exemplares da fauna abatidos, *pois sabidamente, fazem eles parte da cadeia alimentar e do equilíbrio ecológico em sentido amplo"* (grifei) (TRF da 4ª Região – Ap. Crim. n. 1995.04.60910-4/PR, rel. Juiz Vladimir Freitas, julgada em 27-5-1997, decisão unânime).

Sobre esse princípio, Damásio Evangelista de Jesus, com a costumeira erudição, bem salienta:

"Princípio da insignificância. Ligado aos chamados 'crimes de bagatela' ('ou delitos de lesão mínima'), recomenda que o direito penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância material). Esse princípio tem sido adotado pela nossa jurisprudência nos casos de furto de objeto material insignificante (subtração de um pano de chão, sapatos usados de pouco valor, uma passagem de ônibus etc.); lesão insignificante ao Fisco; maus-tratos de importância mínima; descaminho e dano de pequena monta; lesão corporal de extrema singeleza etc." (Código Penal Anotado, 9ª ed., rev., SP: Saraiva, 1999, p. 2).

Maurício Antônio Ribeiro Lopes expõe ainda:

"O princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo partindo do velho adágio latino *minima no curat praetor*, como manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal. Por ele, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetam muito infimamente a um bem jurídico-penal. A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade em caso de danos de pouca importância. [...] Ainda aqui, porém, convém advertir para a sua grande imprecisão, o que pode atingir gravemente a segurança jurídica. [...] Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve se aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida" (Princípios Políticos do Direito Penal, 2ª ed., SP: RT, 1999, p. 89).

Objetivamente, se o fato é típico e antijurídico, "o princípio da insignificância não pode ser utilizado para neutralizar, praticamente *in genere*, uma norma incriminadora" (STJ – *Habeas Corpus* n. 2002/0001555-1, rel. Min. Felix Fischer, julgado em 19-3-2002).

Por fim, a perseverante defesa do réu alega ainda que não foi facultada ao réu a proposta de transação

penal. Acontece que a pena privativa de liberdade prevista para reprovação do crime ambiental invocado na denúncia oscila entre seis meses (pena mínima) de detenção e um ano (pena máxima), e a do crime de porte ilegal de arma é de, no mínimo, um ano de detenção, podendo chegar à máxima, que é de dois anos de detenção. Somando-se as penas máximas cominadas, conforme preceitua a lei, chega-se a três anos, o que inviabiliza a possibilidade de ter-lhe sido facultada a aplicação imediata de pena, por tratar-se justamente de crimes apurados via ação penal pública incondicionada.

Vista de forma individualizada, a tese defensiva até faria sentido...

"Processual penal. *Habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Lei n. 8.137/90 (art. 1º, I). Denúncia. Recebimento. Infração de menor potencial ofensivo. Conceito. Lei n. 9.099/95 (art. 61). Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001). Art. 2º, parágrafo único. Novo conceito. Sistema bipartido. Sistema unitário. Suspensão condicional do processo. Lei n. 9.099/95 (artigo 89). Exegese. Aplicação. 1. *A Lei n. 9.099/95 considera como infração de menor potencial ofensivo os crimes que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano. 2. Foi editada a Lei n. 10.259/2001 que preceitua competir aos Juizados Especiais Federais o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo 'a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos'*. 3. À vista dessa alteração, indaga-se se o limite de 2 (dois) anos também se aplica aos Juizados Especiais Estaduais. 4. O sistema bipartido sustenta que os conceitos em referência são dois, autônomos e independentes, enquanto o sistema unitário, amplamente predominante na doutrina, sufraga o entendimento de que deve prevalecer um único conceito para todos os juizados: estaduais e federais. 5. Essa alteração conceitual, que se restringe à competência, em nada modificou o artigo 89 da Lei n. 9.099/95. Persiste o direito subjetivo público à suspensão condicional do processo, atendidos os requisitos próprios, somente na hipótese em que a pena mínima cominada ao crime for igual ou inferior a um ano. 6. *Ocorrendo essa hipótese, se a pena máxima não for superior a 2 (dois) anos, caberá aplicá-la, ou o Juizado Especial Federal ou o Juizado Especial Estadual; se superior a 2 (dois) anos, à Justiça Comum Federal ou Estadual*. 7. Não tem direito subjetivo à suspensão condicional do processo quem responder pela prática de crime cuja pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. 8. Ordem denegada" (grifei) (TRF da 1ª Região – HC n. 01000386014/GO, rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, julgado em 11-3-2003, unânime).

... mas, havendo concurso material de crimes, cai por terra a invocação:

"Conflito negativo de jurisdição — Juízo Criminal Estadual e Juizado Especial Criminal — Lei n. 10.259/01 (art. 2º, parágrafo único) — Calúnia (três vezes) — Soma das penas abs-

tratamente previstas que ultrapassam o limite de dois anos — Inocorrência de infração de menor potencial ofensivo — Conflito procedente. 1. Com o advento da Lei n. 10.259/01, a qual instituiu os Juizados Especiais na Justiça Federal, acha-se inserido no nosso ordenamento jurídico um novo conceito de infração de menor potencial ofensivo, ante o disposto no art. 2º, parágrafo único, da nova lei. *2. Havendo concurso de infrações penais, que isoladamente sejam consideradas de menor potencial ofensivo, deixam de sê-lo, levando-se em consideração a soma das penas máximas abstratamente cominadas"* (grifei) (TAPR – Conflito de Jurisdição n. 0205174-9, de Curitiba, rel. Rubens Oliveira Fontoura, julgado em 6-11-2002).

E ainda:

"Penal. Processo penal. Competência. Juizado Comum e Juizado Especial. Conflito de competência. Concurso de crimes. Compete ao Juizado Comum e não ao Juizado Especial processar e julgar crimes que, isoladamente considerados, classificam-se como infrações penais de menor potencial ofensivo, mas que, ligados pelos laços do concurso material, formal ou pela continuidade delitiva, como no caso, pela soma ou exasperação das penas cominadas, seu limite ultrapassa dois anos, desfigurando aquela categoria jurídica. Conflito de competência julgado improcedente" (TJRS – Conflito de Competência n. 70005215991, de Bento Gonçalves, rel. Des. Vladimir Giacomuzzi, julgado em 14-11-2002).

Demonstrada exaustivamente a autoria e a materialidade do ilícito, resta-me, portanto, dosar a pena a ser resgatada pelo agente:

O réu é pessoa mentalmente sã e tinha perfeitas condições de compreender o caráter ilícito da sua conduta. A personalidade do agente, homem rústico, é mal formada, justamente em decorrência do baixo nível social em que sempre viveu. Sua conduta social é boa. O denunciado não apresenta antecedentes conhecidos. As circunstâncias denunciam que o acusado não tem a mínima consciência ambiental, como contribui decisivamente para destruir o meio ambiente. Além disso, o agente deixa muito claro que não tem qualquer preocupação com as conseqüências das suas ações. A morte dos animais representa, sem dúvida, a quebra de um ciclo necessário à manutenção da fauna, incluindo aí o óbvio descompasso na cadeia alimentar, que tem importantíssimo papel no controle biológico das espécies, tanto sob o enfoque numérico quanto genético. O estrago, contudo, jamais poderá ser dimensionado em sua inteireza. Como reprovação do crime de porte ilegal de arma fixo a pena privativa de liberdade básica em 1 (um) ano de detenção, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo da época do fato, devidamente corrigido. Como sanção ao crime tipificado no artigo 29 da Lei n. 9.605/98, estabeleço em 6 (seis) meses de detenção a pena privativa de liberdade básica a ser resgatada, além

de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo da época do fato, igualmente corrigidos.

Utilizadas como força probante as declarações do réu para lastrear o decreto condenatório, é de ser reduzida a pena aplicada. Assim, reconheço em favor do réu Valtair Zermiani a minorante da confissão espontânea (CP, artigo 65, III, *d*) – "confessando o agente o crime que lhe é imputado perante as autoridades policial e judiciária, a incidência da respectiva atenuante é obrigatória, exceto se a reprimenda estiver em seu patamar mínimo" (TJSC – Ap. Crim. n. 1998.008721-0, de Orleans, rel. Des. Paulo Gallotti, j. em 1º-9-1998), cuja pena privativa de liberdade, contudo, permanece imutável, posto que já dosada, na primeira fase, em grau mínimo, sendo defeso ao *vox legis* descer aquém deste piso nesta fase da dosimetria penal (nesse sentido: Apelação Criminal n. 2002.008099-9, de Palmitos, Segunda Câmara Criminal, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, julgada em 20-8-2002; Apelação Criminal n. 2001.024565-5, da Capital, Primeira Câmara Criminal, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, julgada em 13-8-2002; e Apelação Criminal n. 2002.010045-0, da Capital, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, julgada em 18-6-2002).

"As circunstâncias legais (agravantes e atenuantes) não incidem na dosimetria da pena pecuniária" (TJSC – Ap. Crim. n. 1996.000818-7, de Videira, rel. Des. Nilton Macedo Machado, publ. no DJSC n. 9.547, de 21-8-96, p. 10).

Não existem causas de especial aumento ou diminuição de pena a serem valoradas.

Por atender satisfatoriamente aos requisitos do artigo 77 e incisos do Código Penal, suspendo, em benefício do agente, a pena privativa de liberdade aplicada pelo prazo de dois anos, mediante a rigorosa observância, por parte do apenado, das seguintes condições legais: 1) proibição de o apenado ausentar-se da comarca onde reside sem prévia autorização do juiz, pelo prazo da suspensão da pena; 2) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (CP, art. 78, parágrafo 2º, alíneas *b* e *c*).

Diante do exposto, *julgo procedente* a denúncia para condenar o réu Valtair Zermiani ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, no regime aberto, que é suspensa, pelo prazo de dois anos, mediante a rigorosa observância, pelo condenado, das condições impostas no corpo desta sentença, além do pagamento das penas pecuniárias-tipo no total de 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na época do fato criminoso, atualizado monetariamente desde este marco inicial, o que faço com amparo legal no artigo 29 da Lei n. 9.605/98 e no artigo 10 da Lei n. 9.437/97 c/c artigos 33, parágrafo 2º, alínea *c*, e parágrafo 3º, 49, 50, 59, 65, inciso

III, alínea *d*, e 68, todos do Código Penal. Condeno o réu, ainda, a pagar as despesas processuais (CPP, art. 804).

Transitada em julgado, lance-se o nome do réu Valtair Zermiani no rol dos culpados (art. 5º, LVII, da CF) e comunique-se a egrégia Corregedoria-Geral da Justiça (Prov. n. 3/88 da CGJ/SC) para fins de estatística criminal. Considerando o disposto no inciso III do art. 15 da Constituição Federal, cientifique-se, também, a Justiça Eleitoral.

Passada em julgado, voltem os autos conclusos para designação de audiência admonitória.

Custas na forma da lei.

Publique-se.

Registre-se.

Intime-se.

Presidente Getúlio, 30 de outubro de 2003.

Roberto Lepper,
Juiz de Direito, em exercício.

JUIZADO ESPECIAL DE CAUSAS CÍVEIS DA COMARCA DE TUBARÃO
PROCESSO N. 075.02.006207-3

JUIZ DE DIREITO: DR. LUIZ FERNANDO BOLLER

Vistos, etc.

Leandro Zanatta, brasileiro, solteiro, médico veterinário, inscrito no CPF/MF sob o n. 732.442.369-87, residente e domiciliado na Rua Senador Nereu Ramos n. 1.862, Centro, no município e comarca de Braço do Norte/SC, por intermédio de seu advogado procurador (fl. 5), alinhando argumentos que entendeu ponderáveis (fls. 2 a 4) e juntando documentos com os quais pretende ver deferida sua pretensão (fls. 6 a 7), ajuizou a presente ação de Cobrança/Ordinário, contra Maria da Glória Maximiano Tavares, brasileira, divorciada, cabeleireira, portadora da Identidade expedida pela SSP/SC sob o n. 5/R 2.734.718, inscrita no CPF/MF sob o n. 674.259.509-44, residente e domiciliada na Rua Altamiro Guimarães n. 632, apto 302, Centro, neste município e comarca de Tubarão, aduzindo, em síntese, que, em 30-9-2000, teria com a ré pactuado tratamento estético capilar no valor de R$ 2.300,00 (dois mil e trezentos reais), a ser pago em 10 (dez) parcelas iguais, mensais e consecutivas de R$ 230,00 (duzentos e trinta reais), submetendo-se, pelos 15 (quinze) meses seguintes ao ajuste, a sessões destinadas a remediar sua calvície, deslocando-se 2 (duas) vezes por semana de Braço do Norte para Tubarão, sendo que, apesar do empenho e credulidade, a queda de cabelos teria continuado em ritmo acelerado, razão pela qual clama pela condenação da ré a efetuar a restituição do valor de

R$ 2.300,00 (dois mil e trezentos reais), despendido para a contratação do aludido tratamento estético, bem como, ainda, a indenizar-lhe, a título de perdas e danos, o valor de R$ 1.621,20 (mil, seiscentos e vinte e um reais e vinte centavos), despendido com a aquisição de combustível para o deslocamento, duas vezes por semana, durante quinze meses, a este Município, a fim de se submeter ao tratamento contratado, ambos os valores monetariamente corrigidos, e acrescidos de juros de mora.

Na *audiência de conciliação* (fl. 15), presentes as partes, resultou inexitosa a proposta conciliatória, tendo Maria da Glória Maximiano Tavares, por intermédio de seu bastante procurador (fl. 20), apresentado *contestação* escrita (fls. 16 a 19), na qual sustenta ter sido procurada pelo autor, que pretendia, apenas, remediar a grande queda de cabelos apresentada, bem como a oleosidade e seborréia, não tendo a demandada, em momento algum, anunciado o "nascimento de cabelos", ou, ainda, o "fim da calvície", causando-lhe estranheza que um médico veterinário como o requerente imaginasse a existência de uma "fórmula mágica" destinada ao nascimento de cabelos, sendo, ainda, que o instrumento contratual firmado em momento algum garantia o fim da calvície, ou, ainda, "tratamento milagroso", mas, sim, tratamento estético capilar destinado a remediar a seborréia e a oleosidade. Concluiu destacando que, durante 8 (oito) meses, atendeu o autor em salão de beleza localizado no município de Braço do Norte, restando claro o locupletamento pretendido, razão pela qual pugnou pela total improcedência do pedido contido na exordial (fls. 16 a 19).

Na *réplica* (fls. 22 a 25), o autor espancou integralmente as assertivas formuladas na contestação de fls. 16 a 19, destacando *in verbis* que não esperava "após 15 meses de tratamento, recuperar toda a cabeleira, com nascimento em abundância de novos fios de cabelo, mas o mínimo que se esperava, dado ao preço alto pago pelo 'tratamento' era que seus cabelos ao menos parassem de cair, o que não aconteceu, pois continuam caindo e sua calvície aumentando". Concluiu clamando pela inversão do ônus da prova, nos termos do disposto no art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, pugnando pela total procedência da ação, ao final arrolando testemunhas.

Na *audiência de instrução e julgamento* (fls. 34 a 44), após renovada proposta de composição amigável, resultou esta inexitosa, tendo sido colhidos os depoimentos pessoais, tanto do próprio autor (fl. 36), bem como da ré (fl. 37), tendo, ainda, sido inquiridas as testemunhas Luis César Guerreiro da Silva e Ednára Nunes da Silva (fls. 38 e 41), estas arroladas pelo autor, bem como o Juiz de Direito Eron Pinter Pizzolati (fl. 44), estes apresentado pela ré. Foram, no mesmo ato, ouvidas na qualidade de informantes do Juízo, Patrícia dos Santos Gonçalves (fl. 39), Gisele da Silva Cardoso (fl. 42) e Nilton Corrêa de Souza (fl. 43).

Em *alegações finais* na forma oral, Leandro Zanatta, por seu patrono, ratificou os termos constantes na inicial de fls. 2 a 4, bem como aqueles constantes na réplica de fls. 22 a 25, clamando pela procedência da ação, com a condenação da ré ao pagamento do valor de R$ 4.312,20 (quatro mil, trezentos e doze reais e vinte centavos). A ré, a seu turno, por intermédio de seu advogado procurador, limitou-se a ratificar os precisos termos da contestação de fls. 16 a 19, clamando pela improcedência da ação.

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).

Passo, de imediato, à decisão.

Cuida-se de ação de Cobrança/Ordinário, na qual Leandro Zanatta pugna pela condenação de Maria da Glória Maximiano Tavares a efetuar a restituição do valor de R$ 2.300,00 (dois mil e trezentos reais), despendido para a contratação de tratamento estético capilar, bem como, ainda, a indenizar-lhe, a título de perdas e danos, o valor de R$ 1.621,20 (mil, seiscentos e vinte e um reais e vinte centavos), despendido com a aquisição de combustível para o deslocamento, 2 (duas) vezes por semana, durante 15 (quinze) meses, a este Município, a fim de se submeter ao tratamento contratado, ambos os valores corrigidos monetariamente, e acrescidos de juros de mora.

Não havendo preliminares argüidas, passo, de imediato, à análise da *quaestio de meritis*.

Segundo o art. 5º da Lei n. 9.099/95, "O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica".

Como juiz do processo, conhecedor do meio ambiente, próximo dos fatos, dispondo de elementos mais seguros à formação de uma convicção em torno da decisão pela procedência ou improcedência do pedido, vige o princípio da confiança no juiz do processo. O dispêndio do valor de R$ 2.300,00 (dois mil e trezentos reais) para a "Locação de Serviço de Tratamento Estético Capilar" não foi objeto de contraposição, devendo ser aplicada a disposição contida no art. 302, *caput,* do Código de Processo Civil, o qual dispõe que "cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados [...]".

Assim, é de ser presumido o efetivo dispêndio de tal quantia para a contratação dos serviços prestados pela demandada.

Passo, pois, à análise da espécie de tratamento oferecido por Maria da Glória Maximiano Tavares.

Sustenta o autor que teria buscado os serviços prestados pela ré, a

fim de que lhe nascessem novos fios de cabelo, livrando-se da incômoda calvície (fls. 2 a 4), ao passo que a requerida defende ter sido procurada para prestar serviço de "tratamento estético capilar", visto que Leandro Zanatta "apresentava grande queda de cabelo, oleosidade e seborréia" (fl. 17).

Em detida análise dos autos, constato que o instrumento contratual de fl. 6 em momento algum garante ao contratante tratamento para a recomposição capilar, ou mesmo manutenção da quantidade de fios existentes, apenas impondo à contratada a prestação de serviços "estéticos capilares".

De destacar que o "Contrato de Locação de Serviço de Tratamento Estético Capilar", em sua cláusula 3ª, expressamente garante que "a contratada se responsabilizará por todo e qualquer prejuízo que possa ser acarretado à contratante pelo não-cumprimento de dispositivos legais relativos ao serviço acima mencionado, desde que não lhe possa ser atribuído por motivos estranhos à sua vontade, tais como força maior comprovada, bem como a devolução dos valores pagos, caso os serviços não venham a produzir efeitos de melhora no tratamento elaborado" (fl. 6).

Sabe-se que, "em regra", as obrigações contratuais assumidas possuem força vinculante e obrigatória, devendo ser devidamente adimplidas pelos contraentes, visto que o contrato é obrigatório entre os estipulantes, como se lei fosse, consoante o princípio do *pacta sunt servanda*.

À respeito, ensina o magnânimo Washington de Barros Monteiro, que "aquilo que as partes, de comum acordo, estipularam e aceitaram, deverá ser fielmente cumprido" (*in* Curso de Direito Civil. 6ª ed., Saraiva, p. 10).

Ocorre que a demandada centrou sua defesa no fato de ter havido efetiva melhora na seborréia e excessiva oleosidade do couro cabeludo de Leandro Zanatta, o que teria sido delimitado como objeto do contrato.

O autor, no entanto, sentiu-se lesado, por não ter sido beneficiado com o fortalecimento dos cabelos e fim da calvície. No entanto, em seu depoimento pessoal, *in verbis,* destacou que "já tinha feito várias coisas para voltar a ter cabelo e nunca teve sucesso" (fl. 36). Já na réplica, salientou que não esperava "após 15 meses de tratamento, recuperar toda a cabeleira, com nascimento em abundância de novos fios de cabelo, mas o mínimo que se esperava, dado ao preço alto pago pelo 'tratamento' era que seus cabelos ao menos parassem de cair, o que não aconteceu, pois continuam caindo e sua calvície aumentando" (fl. 23).

O depoimento prestado pelo testigo César Guerreiro da Silva não fornece elementos importantes para o esclarecimento da controvérsia. Apenas merece destaque a observação de que a testemunha não notou nenhuma diferença entre a aparência do autor em momento anterior e posterior ao tratamento, o que evidencia que não houve queda de cabelos durante

o tratamento, que perdurou por mais de 1 (um) ano (fl. 38).

Indignas de crédito são as *informações* prestadas por Patrícia dos Santos Gonçalves, visto que esta revelou ter sido sócia da ré em momento pretérito, restando evidenciado, por ocasião da audiência, que ela tornou-se concorrente da demandada, podendo haver interesse no resultado da demanda (fls. 39 e 40).

Já Ednára Nunes da Silva revelou não ter testemunhado qualquer compromisso de Maria da Glória Maximiano Tavares, no sentido de garantir a Leandro Zanatta o "*crescimento"* de novos fios de cabelo (fl. 41).

Idem o que informou Gisele da Silva Cardoso, destacando que não teria sido prometido ao autor o fim de sua calvície (fl. 42).

Já Nilton Corrêa de Souza, em seu depoimento, asseverou que obteve importantes resultados no saneamento da seborréia e oleosidade do couro cabeludo, jamais tendo obtido da ré promessas de fim da calvície (fl. 43).

Importantes elementos para o esclarecimento da controvérsia, colhem-se do depoimento prestado pelo magistrado Eron Pinter Pizzolati — Juiz de Direito Diretor do Foro da comarca de Braço do Norte, onde, aliás, reside o autor — que afiançou ter buscado o tratamento oferecido pela demandada por indicação de um aluno da universidade em que leciona, visto que padecia de queda de cabelos, extrema oleosidade e seborréia, inclusive com a formação de feridas no couro cabeludo, sendo que, de Maria da Glória Maximiano Tavares, teria ouvido que o tratamento oferecido "poderia tirar a oleosidade e também a escamação, e, que em alguns casos, poderia haver o 'renascimento' dos cabelos". Referido testigo asseverou que em nenhum momento a ré teria prometido o nascimento de novos fios de cabelo, sendo que, após iniciado o tratamento, efetivamente obteve a cessação da oleosidade e escamação do couro cabeludo, percebendo um engrossamento dos fios de cabelo existentes, com a cessação da queda, o que era percebido durante os banhos (fl. 44).

Sobre o valor probante da prova testemunhal, destaca a doutrina que "dentro do livre convencimento motivado (art. 131), a prova testemunhal não é mais nem menos importante do que os outros meios probatórios [...] Nas hipóteses comuns, o valor probante da testemunha será aferido livremente por meio do cotejo com as alegações das partes e com os documentos, perícias e mais elementos do processo" (Theodoro Júnior, Humberto. Curso de processo civil. vol. 1, 26ª ed., Forense, 1999, p. 466).

A relação contratual vergastada está insofismavelmente sujeita à legislação consumeirista, visto que o art. 2º da Lei n. 8.078/90 conceitua que "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou *serviço* como destinatário final", ao

passo que, segundo o art. 3º, "fornecedor é toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços", sendo, ainda, que "§ 1º — Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º — Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".

Ocorre que, da análise da prova produzida, conclui-se que em havendo tratamento de seborréia e oleosidade poderia haver, sim, resultado de cessação da queda de cabelos, ou mesmo um fortalecimento dos fios, o que daria a impressão de diminuição da calvície.

De outra banda, não restou evidenciado que o objetivo central do serviço contratado tenha sido a cessação da calvície de Leandro Zanatta, que acabou por se beneficiar de tratamento para minimizar a seborréia e oleosidade. Tanto assim que seu colega de serviço, César Guerreiro da Silva, afiançou não ter notado nenhuma diferença entre a aparência do autor em momento anterior e posterior ao tratamento, o que evidencia que não houve queda de cabelos ou mesmo nascimento de novos fios (fl. 38).

O Código Civil de 1916 — legislação vigente à época do pactuado — em seu art. 86, estabelece que "são anuláveis os atos jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial". Conceituando, estabelece o art. 87 que "considera-se erro substancial o que interessa à natureza do ato, o objeto principal da declaração, ou alguma das qualidades a ele essenciais". Já o art. 92 do mesmo *Codex* estabelece que "os atos jurídicos são anuláveis por dolo, quando este for a sua causa", sendo que, a seu turno, o art. 94 preceitua que "nos atos bilaterais o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela se não teria celebrado o contrato".

No entanto, tenho para mim, que, *in casu*, é de ser inaplicado ao caso sob julgamento o disposto no art. 147 do Código Civil de 1916, visto que o instrumento contratual firmado entre os litigantes, amealhado à prova encartada aos autos, não demonstra, absolutamente, que Maria da Glória Maximiano Tavares tenha seduzido Leandro Zanatta com promessa de fim da calvície.

Tampouco restou evidenciado que, durante o tratamento, Leandro Zanatta tenha sido cativado por promessas maravilhosas. Tanto mais considerando-se que ele possui formação em ciências médicas, sendo graduado em veterinária, conhecendo, por ofício, o funcionamento biológico dos seres vivos, não sendo crível que,

diante das técnicas e produtos empregados, desconhecesse ou mesmo ignorasse o provável resultado.

Crível, no entanto, é que ele tenha-se submetido ao longo tratamento com a esperança de que, com a interrupção da excessiva oleosidade e seborréia, obtivesse a cessação da queda de cabelos, ocasionada por um melhor funcionamento de seu sistema capilar, e, mesmo, uma redução da aparência da calvície, devido ao fortalecimento dos fios já existentes.

De outra banda, não restou demonstrado, absolutamente, que, durante e mesmo após o tratamento, tenha havido uma piora de seu quadro de acomia.

O art. 20 do Código de Defesa do Consumidor preceitua que "o fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: [...]; II — a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos [...]". Conceituando a impropriedade dos serviços, estabelece o § 2º, do referido artigo de Lei, que "são impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam às normas regulamentares de prestabilidade".

Consoante já referido, o tratamento prestava-se a reduzir seborréia e oleosidade, podendo — em casos como o de Eron Pinter Pizzolati e de seu aluno — minimizar a aparência da calvície, pela restauração da normalidade sadia das funções orgânicas do couro cabeludo.

Diante de tais exposições, especialmente considerando a formação técnico-profissional do autor, entendo inaplicável ao caso sob julgamento a regra contida no inciso VIII do art. 6º da Lei n. 8.078/90, devendo ser invocada a disposição contida no art. 333 do Código de Processo Civil, segundo o qual "o ônus da prova incumbe: I — ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito".

Doutrinando acerca do assunto, destaca o emérito Humberto Theodoro Júnior que "não há um dever de provar, nem à parte assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente" (Theodoro Júnior, Humberto, Curso de direito processual civil, 12ª ed., Forense, 1994, p. 411).

Da mesma forma, observa o festejado Moacyr Amaral Santos que "como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz

(*allegatio et non probatio quasi non allegatio*), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato. E dada a controvérsia entre o autor e os réus, com referência ao fato e às suas circunstâncias, impondo-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre o problema de saber a quem incumbe dar a sua prova. A quem incumbe o ônus da prova? Esse é o tema que se resume na expressão — ônus da prova" (Santos, Moacyr Amaral. Primeiras linhas do direito processual civil. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 343 e 344). Fornecendo a resposta, registra o mestre à p. 345 que "incumbe o ônus da prova a quem diz, ou afirma, ou age. Ora, que vem a juízo, em primeiro lugar, é o autor; quem inicia a lide é o autor; quem afirma o fato é o autor. Donde tudo parecia mostrar, como corolário imediato daquele preceito, que ao autor cumpria o ônus da prova: *actori incumbit onus probandi*". Ao depois, adita que "o critério para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação — ensina Carnelutti — é o do interesse da própria afirmação. Cabe provar — escreve ele — a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas" (p. 347).

Por igual, anotam os brilhantes Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que "art. 333, I: Regra geral. Segundo a regra instituída por Paulo, compilada por Justiniano, a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega a existência de um fato (Dig. XXII, 3, 2). O autor precisa demonstrar em juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejador do seu direito" (Nery Júnior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. RT, 1994, p. 516).

A respeito, tem reiteradamente decidido nosso egrégio Tribunal de Justiça que, "sustentando-se o direito em fatos, aquele que invoca arca com o ônus de prová-los. Faltando consistência objetiva ao pedido do autor, inarredável é a improcedência da prestação jurisdicional" (Ap. Cív. n. 44.087, de Campo Erê, rel. Des. Francisco Oliveira Filho), e que "o autor precisa demonstrar em juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejador do seu direito, sob pena de, não o fazendo, ver inacolhida a sua pretensão" (Ap. Cív. n. 1996.000425-4, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

Negado por Maria da Glória Maximiano Tavares fato alegado por Leandro Zanatta, a este incumbe a prova de sua existência, de maneira a permitir a formação da certeza jurídica indispensável a um juízo favorável à pretensão deduzida, sob pena de improcedência do pedido.

Na sistemática processual do ônus da prova, equivalem-se a ausência de prova e a prova incompleta. "Não há um dever de provar, nem à parte assiste o direito de exigir prova do adversário. Há um simples ônus,

de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isso porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente. No dizer de Kisch, o ônus da prova vem a ser, portanto, a necessidade de provar para vencer a causa, de sorte que nela se pode ver uma imposição e uma sanção de ordem processual" (Processo de conhecimento, vol. 2, p. 257).

Uma vez contestada a ação, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito (art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil).

Na proemial, destaca Leandro Zanatta que teria sido cativado pela promessa de fim da calvície (fls. 2 a 5), porém, na réplica assumiu que não esperava "após 15 meses de tratamento, recuperar toda a cabeleira, com nascimento em abundância de novos fios de cabelo, mas o mínimo que se esperava, dado ao preço alto pago pelo 'tratamento' era que seus cabelos ao menos parassem de cair, o que não aconteceu, pois continuam caindo e sua calvície aumentando" (fl. 23). Dessome-se, portanto, que decidiu submeter-se ao tratamento oferecido pela demandada, a fim de, por vias indiretas, obter melhoras em seu sistema capilar, o que em casos como o do Juiz de Direito doutor Eron Pinter Pizzolati efetivamente ocorreu.

Consoante já referido, sustentando-se o direito em fatos, aquele que invoca arca com o ônus da prová-los. Faltando consistência objetiva ao pedido do autor, inarredável é a improcedência da prestação jurisdicional. *In casu*, o autor relatou ter obtido da ré a promessa de fim da calvície. Porém noticiou ter tido consciência de que seria uma extravagância obtemperar-se ao tratamento com esta única finalidade. Assim sendo, mormente considerando que a finalidade precípua do aludido tratamento era a restauração da saúde do couro cabeludo, com o controle da oleosidade excessiva e o fim da seborréia, o inacolhimento do pleito contido na exordial é medida que se impõe.

De destacar que não restou evidenciada, absolutamente, qualquer conduta lesiva praticada pela ré, ao passo que o autor, por não ser leigo, certamente estava consciente dos riscos de insucesso indireto do tratamento, beneficiando-se, de outra banda, do sucesso direto, com a restauração da saúde do couro cabeludo.

Posto isso — considerando, ainda, o mais que dos autos consta, especialmente os princípios gerais de Direito aplicáveis à espécie — com arrimo em o disposto no art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil, bem como nos arts. 2º, 3º, 5º e 6º, todos da Lei n. 9.099/95, julgo improcedente a presente ação ajuizada contra Maria da Glória Maximiano Tavares, visto que Leandro Zanatta *allegatio et non probatio* fato constitutivo de seu Direito, cabendo ao Escrivão Judicial da

Vara do Juizado Especial Cível formalizar o elenco de diligências pertinentes, com a fiel observância das cautelas de praxe.

Em face do disposto no art. 55, *caput*, da Lei n. 9.099/95, entendo ser incabível a condenação nas custas processuais e honorários advocatícios.

Publique-se,

Registre-se,

Intimem-se.

Tubarão, 27 de agosto de 2003.

Luiz Fernando Boller,
Juiz de Direito.

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 DA CAPITAL (CENTRAL)
Av. Governador Gustavo Richard, 434 — Centro
CEP: 88020-901 — Florianópolis
Telefone: (48) 251-6500

FÓRUM DISTRITAL DO NORTE DA ILHA
Campus da UFSC
Av. Desembargador Vitor Lima, 183 – Fundos – Serrinha
CEP: 88040-400 — Florianópolis
Telefone: (48) 331-3300

FÓRUM DISTRITAL DO CONTINENTE
Rua São José, 300 — Estreito
CEP: 88075-310 — Florianópolis
Telefone: (48) 271-1900

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 — Catanduvas
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 — Milanesi
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 — Curitibanos
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 — Forquilhinha
Telefone: (48) 463-8300

FÓRUM DA COMARCA DE FRAIBURGO
Av. Curitibanos, 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 – Centro
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 — Itapema 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 — Saguaçu
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 — Centro
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 — Mondaí
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 — Centro
CEP: 88540-000 — Otacílio Costa
Telefone: (49) 275-8000

FÓRUM DA COMARCA DE PALHOÇA
Rua Cel. Bernardino Machado, 95 — Centro
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

1998.011917-0 — Porto Belo 595

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2003.007211-0 — São José 906
2003.012258-3 — São José 784
2003.014584-2 — Ascurra 894
2003.016217-8 — Capital 911
2003.029706-5 — Araranguá 793

AGRAVOS EM AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2003.013674-6 — Blumenau 603
2003.015722-0 — Criciúma 608

AGRAVOS REGIMENTAIS EM AGRAVOS DE INSTRUMENTO

409.894 — Santa Catarina (STJ) 586
2003.015124-9 — Capital 618

APELAÇÃO CÍVEL NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

018.00.013548-5 — Chapecó 998

APELAÇÕES CÍVEIS

1997.006011-4 — Turvo 646
1998.013613-0 — Brusque 656
1998.017703-0 — Blumenau 868
1999.005940-5 — São Carlos 757
2000.009637-7 — Timbó 857
2000.010535-0 — Taió 739

2001.003487-5 — São José 748
2001.017200-3 — Concórdia 827
2001.024232-0 — Capital 659
2001.024421-7 — Joinville 688
2001.020164-0 — Capital 694
2002.001580-6 — Palmitos 886
2002.010264-0 — Indaial 768
2002.016379-7 — Blumenau 631
2002.018547-2 — Criciúma 684
2003.005958-0 — Ibirama 732
2003.009390-7 — Capital 638
2003.018304-3 — Capital 838

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

2002.004808-9 — Capital 864
2004.004979-0 — Itajaí 915

APELAÇÕES CRIMINAIS

2001.023737-7 — Tubarão 941
2003.001122-6 — Descanso 928
2003.015231-8 — Chapecó 976
2003.016115-5 — Xanxerê 971
2003.023677-5 — Porto União 962

EMBARGOS INFRINGENTES

2002.004699-0 — Criciúma 721
2002.028029-7 — Joaçaba 621
2003.017119-3 — Lages 923
2003.017216-5 — Capital 711

HABEAS CORPUS

2003.022088-7 — Porto Belo 959
2003.023014-9 — São José 953
2003.027289-5 — São José 946

MANDADOS DE SEGURANÇA

2003.020428-8 — Capital 818
2003.026812-0 — São José 708
2003.027323-9 — Capital 802

MEDIDA CAUTELAR EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO

420.560-2 — Santa Catarina (STF) 563

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

2004.001628-0 — Capital 995

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

2001.000851-9 — Joinville 601

RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

2002.010075-2 — Lages 1.013

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL

2003.010070-9 — Lages 1.007

RECURSOS ESPECIAIS

384.624 — Santa Catarina (STJ) 583

1998.006279-9 — Jaguaruna 1.015

2001.018152-5 — Balneário Camboriú 1.003

2002.014519-5 — São José 1.005

SENTENÇAS

019.02.002161-3 — Concórdia 1.023

027.99.001885-3 — Presidente Getúlio 1.036

075.02.006207-3 — Tubarão 1.043

080.00.004238-2 — Xanxerê 1.019

ÍNDICE POR ASSUNTO

A

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

— Cláusulas de contrato de financiamento por alienação fiduciária – Preliminares de competência para julgamento do feito e ilegitimidade ativa do Ministério Público. Rejeição. Nulidade das cláusulas de eleição de foro, cobrança de honorários extrajudiciais e comissão de permanência. Recurso parcialmente provido. 838

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

— Responsabilidade civil – Negligência médica. Cateterismo realizado em clínica no interior de hospital. Infecção hospitalar. Amputação de braço e antebraço. Sentença que atribui a culpa somente à clínica e ao hospital. Indenização por danos materiais e morais. Omissão culposa do médico. Caracterização de danos morais. Recursos providos parcialmente, para condenar também o médico às verbas indenizatórias. 659

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO

— Transporte de passageiros – Empresa concessionária de linhas intermunicipais. Direito de preferência extinto por lei estadual. Licença estatal para o serviço de fretamento. Ausência de prova. Apelo improvido. Prejuízo não demonstrado. Sentença reformada. Apelo provido. 646

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

— Vereador – Discurso em plenário. Art. 29, VIII, da CF. Exclusão da responsabilidade civil. Sentença reformada. Recurso provido. 656

AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL

— Sentença que alega preclusão – Fundamentação equivocada. Recurso parcialmente provido. 739

AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA C/C DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA

— Suspeição do perito e afronta ao contraditório. Inocorrência – Agravo retido rejeitado. Usança deturpada da personalidade jurídica. Aplicação da doutrina do *disregard of legal entity*. Recurso desprovido. 757

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

— Alegação de ilegitimidade passiva da Câmara de Vereadores – Natureza objetiva do processo. Prefacial afastada. Lei que concede licença-prêmio aos servidores municipais. Competência privativa do Governador. Violação dos artigos 50, § 2º, IV, e 32 da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade evidenciada. 595

AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL

— Constitucional e administrativo – Responsabilidade objetiva do município. Perseguição política. Recurso do autor prejudicado e do município parcialmente provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 827

AÇÃO ORDINÁRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C RENOVATÓRIA DE LOCAÇÃO

— Ação de despejo – Julgamento conjunto das demandas. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Nulidade da sentença por carência de fundamentação. Livre convencimento do juiz. Análise do pleito de nulidade das cláusulas contratuais e renovação da locação. Impossibilidade. Alegação de adesividade do contrato. Acolhimento. Reintegração do locatário ao imóvel. Recurso parcialmente provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO.** 694

AÇÃO ORDINÁRIA DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS C/C PERDAS E DANOS

— Permuta de bens imóveis com obrigações acessórias não cumpridas – Reconvenção. Busca de ressarcimento de valores despendidos. Recurso parcialmente provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 638

AÇÃO REIVINDICATÓRIA

— Revelia – Julgamento antecipado. Excesso de área. Irrelevância. Cerceamento de defesa inocorrente. Recurso desprovido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 857

AGRAVO DE INSTRUMENTO

— *Vide* Recurso.

AGRAVO INOMINADO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

— *Vide* Recurso.

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

— *Vide* Recurso.

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

— Art. 87 818

B

BUSCA E APREENSÃO

— Alienação fiduciária em garantia – Débitos preexistentes. Mora não caracterizada. Carência de ação. Recurso desprovido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 768

C

CÓDIGO CIVIL

— Art. 20 (1916) 748
— Art. 85 (1916) 694
— Art. 86 (1916) 1.043
— Art. 87 (1916) 1.043
— Art. 92 (1916) 1.043
— Art. 94 (1916) 1.043
— Art. 115 ..... 739 e 838
— Art. 159 (1916) ..... 621, 646, 659 e 1.023
— Art. 186 621
— Art. 421 129
— Art. 474 129
— Art. 475 129
— Art. 485 (1916) 93
— Art. 497 93
— Art. 507 (1916) 129
— Art. 508 (1916) 129
— Art. 550 (1916) 93
— Art. 551 (1916) 93
— Art. 552 (1916) 93
— Art. 765 768
— Art. 884 129
— Art. 927, parágrafo único 793
— Art. 939 768
— Art. 1.052 748

— Art. 1.196 93
— Art. 1.208 93
— Art. 1.228, § 1º 129
— Art. 1.228, §§ 4º e 5º 93
— Art. 1.238 ..... 93 e 129
— Art. 1.240 93
— Art. 1.242 129
— Art. 1.255, parágrafo único 129
— Art. 1.527 (1916) 1.023
— Art. 1.258 129
— Art. 1.259 129
— Art. 1.359 129
— Art. 1.360 129
— Art. 1.488 784
— Art. 1.521, III (1916) 659
— Art. 1.531 739
— Art. 1.544 (1916) 1.023
— Art. 1.544 684
— Art. 1.545 (1916) ..... 654 e 688
— Arts. 2.028 a 2.030 93
— Art. 2.035 784

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 2º 1.043
— Art. 3º, §§ 1º e 2º 1.043
— Art. 3º, § 2º 838
— Art. 6º, VIII ..... 631, 838 e 1.043
— Art. 14, § 4º 659
— Art. 20 ..... 1.043
— Art. 51 838
— Art. 51, III 659
— Art. 51, IV ..... 739 e 768
— Art. 52, XII 838
— Art. 81, parágrafo único, III 838
— Art. 82, I 838

CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 5.624/1979)

— Art. 213 608

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 17, I a VII 732
— Art. 17, II e V 608
— Art. 18 608
— Art. 18, § 2º 732

— Art. 20, § 3º 586
— Art. 20, § 3º, *a* a *c* 868
— Art. 20, § 4º ..... 638, 694, 748 e 868
— Art. 21, parágrafo único 739
— Art. 70, III 838
— Art. 172 608
— Art. 173 608
— Art. 174 608
— Art. 179 608
— Art. 184 608
— Art. 219, *caput* 732
— Art. 219, § 1º 886
— Art. 264 721
— Art. 267, IV ..... 595 e 721
— Art. 267, VI 768
— Art. 267, § 3º ..... 694 e 768
— Art. 269, I 638
— Art. 273 784
— Art. 295, parágrafo único, II 646
— Art. 302, *caput* 1.043
— Art. 319 603
— Art. 322 603
— Art. 330, I 838
— Art. 333 ..... 1.043
— Art. 333, I ..... 621 e 894
— Art. 435 868
— Art. 436 868
— Art. 468 739
— Art. 475, I e § 2º 886
— Art. 520 694
— Art. 522 608
— Art. 524 608
— Art. 525, I e II 608
— Art. 557, § 1º ..... 603, 608 e 618
— Art. 585, I 732
— Art. 585, III 129
— Art. 614, I e II 711
— Art. 614, II 721
— Art. 616 ..... 711 e 721
— Art. 618, I ..... 711 e 721
— Art. 740 711
— Art. 1.102*c*, § 3º 732

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 2º 962
— Art. 41 971

— Art. 84 962
— Art. 84, §§ 1º e 2º 894
— Art. 302, III 953
— Art. 310, parágrafo único ..... 953 e 959
— Art. 312 959
— Art. 366 971
— Art. 383 971
— Art. 386 962
— Art. 386, III ..... 928 e 971
— Art. 386, VI 923
— Art. 575 962
— Art. 593, I 928

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

— Art. 302 ..... 1.019
— Art. 302, parágrafo único, III 185
— Art. 303, parágrafo único 185
— Art. 304 185

CÓDIGO PENAL

— Art. 1º 971
— Art. 2º, parágrafo único 971
— Art. 13, § 2º, *a* 923
— Art. 14, II 971
— Art. 29 971
— Art. 29, § 1º 923
— Art. 44, I, II, III e § 3º 976
— Art. 59 976
— Art. 61, II 941
— Art. 69, *caput* 941
— Art. 71 946
— Art. 107, IX 1.019
— Art. 109 971
— Art. 110, § 1º 971
— Art. 115 971
— Art. 121, *caput* 941
— Art. 121, §§ 1º e 2º 941
— Art. 121, §§ 3º e 4º 185
— Art. 121, § 5º 1.019
— Art. 129, § 1º, II, e § 4º 941
— Art. 129, §§ 6º e 7º 185
— Art. 135 185
— Art. 157, §§ 2º, I e II, e 3º 971
— Art. 168, § 1º, III 946
— Art. 213 928

— Art. 214 923
— Art. 223, *caput* 928
— Art. 224, *a* ..... 923 e 928
— Art. 226, I e II 923
— Art. 226, III 928
— Art. 228 971

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)

— Art. 29 145
— Art. 32 165
— Art. 125, III 886
— Art. 135, III 886
— Art. 174 886

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

— 1989 — Art. 32 595
— Art. 50, § 2º, IV 595
— Art. 83, II 608
— Art. 83, IV, *c* 911
— Art. 83, XI, *b* 894
— Art. 111, VI 656

CONSTITUIÇÕES FEDERAIS

— 1891 — Art. 9º, § 1º 145
— 1934 — Art. 8º, I, *a* 145
— 1937 — Art. 23, I, *a* 145
— 1946 — Art. 19, I 145
— 1967 — Art. 22, III 145
— 1988 — Art. 1º 129
— Art. 5º, *caput* 953
— Art. 5º, III, XLVII, *e*, e XLIX 953
— Art. 5º, IV e VIII 827
— Art. 5º, V e X 827
— Art. 5º, XXXII 631
— Art. 5º, XXXVI 784
— Art. 5º, XXXIX 928
— Art. 5º, LXI 953
— Art. 5º, LXIX 911
— Art. 5º, LXXVII 953
— Art. 6º ..... 708 e 864
— Art. 7º, XXX 802
— Art. 15, IV 81
— Art. 22, XIX 838
— Art. 24, XI 608
— Art. 29, VIII e IX 656

— Art. 37, *caput* 818
— Art. 37, X 911
— Art. 37, § 4º 81
— Art. 37, § 6º 827
— Art. 42, § 1º 802
— Art. 60, § 4º, IV 229
— Art. 93, VI 229
— Art. 93, IX 946
— Art. 96, I, *a* 608
— Art. 102, I, *n* 911
— Art. 105, III, *a* e *c* ..... 583 e 928
— Art. 125, § 1º 894
— Art. 127 838
— Art. 129, III 838
— Art. 142, § 3º, X 802
— Art. 150 583
— Art. 153, VI 145
— Art. 153, § 4º 145
— Art. 156 291
— Art. 156, § 1º, I 165
— Art. 158, II 145
— Art. 167, IV 291
— Art. 182, § 3º 906
— Art. 182, § 4º, II 165
— Art. 183 ..... 93 e 165
— Art. 191 93
— Art. 192, § 3º ..... 739 e 768
— Art. 205 864
— Art. 208, IV, §§ 1º e 2º 864
— Art. 225 129
— Art. 227 864

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

— Tráfico de entorpecente – Consentimento. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação mantida. Recurso parcialmente provido, apenas para mitigar a pena. 976

CRIME CONTRA OS COSTUMES

— Estupro – Vítima menor de 14 anos. Violência presumida reconhecida pelo STJ. Circunstâncias judiciais que não autorizam a aplicação da pena-base tão acima do mínimo previsto para o tipo. Sanção mitigada. Recurso parcialmente provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 928

CRIME DE RESPONSABILIDADE

— Ex-prefeito – Sentença prolatada já na vigência da Lei n. 10.628/02. Nulidade não suscitada pelo Ministério Público. Inteligência da Súmula 160 do STF. Precedentes. Recurso desprovido. 962

D

DANOS MORAIS

— Intervenção cirúrgica – Imperícia e negligência. Material cirúrgico deixado dentro do abdômen da paciente. Responsabilidade civil. Dever de indenizar. Sentença mantida. Recurso desprovido. 688

DENÚNCIA

— Requisitos do art. 41 do CPP não preenchidos – Cerceamento de defesa caracterizado. Nulidade do processo *ab initio* . Recurso provido 971

DESAPROPRIAÇÃO

— Perícia judicial irregular – Nova perícia. Persistência de dúvida sobre o "justo preço". Fixação. Prova documental. Recurso provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 868

DESPACHO DA 1ª VICE-PRESIDÊNCIA

— Apelação cível nos embargos à execução fiscal – Assistência judiciária. Microempresa. Indeferimento. Pedido de reconsideração. Acolhimento. Concessão do benefício. 998

— Fretamento – Transporte intermunicipal de passageiros. Pedido de suspensão da liminar que autoriza o serviço, independentemente da licença. Indeferimento. 995

DESPACHO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA

— Recurso especial – Alegação de violação do art. 119 do Código Civil de 1916 e da Lei de Introdução ao Código Civil; de interpretação diversa das Leis n. 4.595/64 e 6.099/74; e de divergência do entendimento jurisprudencial do STJ. Não demonstração de violação do dispositivo de lei federal. Seguimento negado. 1.005

— Recurso especial – Violação dos artigos 4º, VI e IX, e 9º, da Lei n. 4.595/64, e da Resolução n. 1.129 do Conselho Monetário Nacional. Divergência jurisprudencial. Não comprovação de violação de dispositivo de lei federal. Inadmissibilidade do recurso. 1.005

— Recurso especial em apelação cível – Acórdão que negou provimento à apelação cível e acórdão que rejeitou os embargos declaratórios divergentes do entendimento de outros tribunais. Não comprovação. Inadmissibilidade do recurso. 1.007

DESPACHO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA

— Recurso especial – Decisão que negou vigência ao artigo 5º do Decreto-Lei n. 413/69. Divergência com julgados do STJ. Comprovação. Admissibilidade do recurso. Remessa ao STJ. 1.015

— Recurso especial em agravo de instrumento – Decisão de primeiro grau anulada pelo despacho agravado. Coisa julgada material. Acórdão impugnado divergente de julgados do STJ. Não comprovação. Inadmissibilidade do recurso. 1.013

DOUTRINA

— Aposentadoria Compulsória dos Magistrados aos 70 anos de idade – Rui Stoco, Juiz do segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. 229
— Controvérsias constitucionais acerca do usucapião coletivo – Pablo Stolze Gagliano, Juiz de Direito na Bahia e Professor na Universidade Federal da Bahia. 195
— El proceso de constitucionalización de la integración europea – Ricardo Alonso García, Catedrático de Derecho Administrativo y Comunitario em la Universidad Complutense de Madrid y Presidente del Tribunal Arbitral del MERCOSUR (IX Laudo). 203
— Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social – Rodrigo da Cunha Pereira, Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família IBDFAM, Advogado em Belo Horizonte/MG. 219
— Improbidade administrativa e foro especial: reflexões pontuais – Daniel Santos Rocha Sobral, Juiz Federal Substituto da 5ª Vara do TRF–1ª Região, no Piauí. 81
— Inovações no direito imobiliário – José Isaac Pilati, Professor na Universidade Federal de Santa Catarina. 129
— Investigação criminal e Ministério Público – Clèmerson Merlin Clève, Procurador do Estado, Professor e Advogado em Curitiba – PR. 47
— Multa reparatória – Maurílio Moreira Leite, Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 189
— Notas sobre o procedimento monitório no direito comparado – André R. C. Fontes, Professor na Universidade do Rio de Janeiro – UNIRIO. 15
— O conceito de justiça segundo o pensamento de Immanuel Kant na criação judicial do direito – Antonio Carlos Bottan, Juiz de Direito aposentado e Professor na Univali; Moacyr Motta da Silva, Professor na Univali. 27
— O novo ordenamento jurídico concursal no direito de empresa – Jorge Luiz Lopes do Canto, Juiz da Vara de Falências e Concordatas de Porto Alegre, Professor na Unisinos e na Escola Superior da Magistratura. 107
— Omissão de socorro no Código de Trânsito – Maurílio Moreira Leite, Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 185
— Progressividades do IPTU – Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Juiz de Direito em Santa Catarina. 165
— Usucapião: Conceito, requisitos e espécies – João José Ramos Schaefer, Advogado e Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 93
— Usucapião: Hipóteses de imunidade e de isenção tributária – J. Virgílio Castelo Branco Rocha Filho, Advogado no Estado do Paraná. 145

E

EMBARGOS À AÇÃO MONITÓRIA

— Cheques – Ação de enriquecimento ilícito. Prescrição. Inexistência. Art. 61 da Lei n. 7.357/85. Desnecessidade de declinação da *causa debendi*. Recurso parcialmente provido. 732

EMBARGOS DE TERCEIRO

— Bem penhorado pertencente ao patrimônio do sócio da empresa – Inconfundibilidade de patrimônios. Penhora insubsistente. Recurso provido. 748

EMBARGOS INFRINGENTES

— *Vide* Recurso.

EMENDAS CONSTITUCIONAIS

— N. 1/1969 — Art. 21, III 145
— N. 26/2000 708
— N. 40/2003 739
— N. 139/2002 291
— N. 222-A 291

ESTATUTO DA CIDADE (Lei n. 10.257/2001)

— .... 129 e 165
— Art. 9º 93
— Art. 10 93
— Art. 11 93
— Art. 12 93
— Art. 13 93

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

— Art. 4º 864
— Art. 53, V 864
— Art. 54, IV, § 2º 864
— Art. 148, IV 864
— Art. 212, § 2º 864
— Art. 243 971

ESTATUTO DA POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.218/1983)

— Art. 11 802

ESTATUTO DO MAGISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.844/1986)

— Art. 49 818
— Art. 219 818

ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.745/1985)

— Art. 36 818

EXECUÇÃO FISCAL

— Suspensão. – Arquivamento administrativo. Posterior redirecionamento contra sócio-gerente. Prescrição intercorrente. Sentença de extinção do feito mantida. Recurso desprovido. 886

H

HABEAS CORPUS

— Decisão que decretou a quebra do sigilo bancário dos pacientes – Falta de fundamentação. Inocorrência. Necessidade e razoabilidade da medida. Infrações cuja apuração requer exame da movimentação financeira. Ordem denegada. 946
— Furto tentado – Prisão em flagrante. Paciente primário, sem antecedentes. Constrangimento evidenciado. Ordem concedida. 959
— Prisão em flagrante – Agente perseguido logo após a prática do crime. Ordem denegada. 953

HISTÓRIA JURÍDICA

— Discurso de posse no cargo de Presidente do Instituto dos Advogados em 19 de novembro de 1914 – Rui Barbosa. 349
— Retroatividade das leis – M. A. Coelho da Rocha, *in* Instituições de Direito Civil. tomo I, Clássicos do Direito Brasileiro. 325

HOMICÍDIO QUALIFICADO

— Júri – Quesitação. Excesso culposo. Falta de quesito obrigatório. Nulidade. Júri anulado. 941

I

INDENIZAÇÃO

— Transporte aéreo – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Inversão do ônus da prova. Doença. Impossibilidade de embarque. Recu-

sa em ressarcir ou remarcar a passagem. Danos material e moral comprovados. Dever de indenizar. 631

L

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

LEIS

— N. 1.139/1992 — Art. 13 818
— N. 5.624/1979 — *Vide* Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina.
— N. 5.684/1990 — Art. 9º 646
— N. 6.218/1983 — *Vide* Estatuto da Polícia Militar de Santa Catarina.
— N. 6.844/1986 — *Vide* Estatuto do Magistério Público de Santa Catarina.
— N. 9.411/1994 911
— N. 9.831/1995 — Art. 57 646

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS

— N. 3.708/1919 — Art. 2º 748

DECRETOS-LEIS

— N. 201/1967 — Art. 1º, II 962
— N. 911/1969 768
— N. 1.075/1970 — Art. 3º 906
— N. 3.365/1941 — *Vide* Lei das Desapropriações.
— N. 4.657/1942 — *Vide* Lei de Introdução ao Código Civil.
— N. 7.661/1945 — *Vide* Lei de Falências.

LEIS

— N. 1.533/1951 — *Vide* Lei do Mandado de Segurança.
— N. 4.348/1964 — Art. 4º 995
— N. 4.595/1964 838
— N. 5.172/1966 — *Vide* Código Tributário Nacional.
— N. 6.015/1973 — *Vide* Lei dos Registros Públicos.
— N. 6.368/1976 — *Vide* Lei Antitóxicos.
— N. 6.416/1967 959
— N. 6.766/1979 — Art. 2º, § 4º 129
— Art. 26, § 6º 129
— N. 6.830/1980 — *Vide* Lei de Execução Fiscal.
— N. 7.347/1985 — Art. 12 894

— N. 7.357/1985 — *Vide* Lei do Cheque.
— N. 7.787/1989 — Art. 21 586
— N. 8.009/1990 — Art. 3º, VII 708
— N. 8.069/1990 — *Vide* Estatuto da Criança e do Adolescente.
— N. 8.072/1990 — *Vide* Lei dos Crimes Hediondos.
— N. 8.078/1990 — *Vide* Código de Defesa do Consumidor.
— N. 8.213/1991 563
— N. 8.245/1991 — *Vide* Lei do Inquilinato.
— N. 8.429/1992 81
— Art. 17 894
— Art. 20 894
— N. 8.437/1992 — Art. 2º 894
— N. 8.930/1994 928
— N. 9.032/1995 563
— N. 9.099/1995 — Art. 2º 1.043
— Art. 5º 1.043
— Art. 55, *caput* 1.043
— N. 9.393/1996 — Arts. 1º, 2º 145
— N. 9.394/1996 — Art. 4º, IV 864
— N. 9.437/1997 — Art. 10 ..... 1.036
— N. 9.503/1997 — *Vide* Código de Trânsito Brasileiro.
— N. 9.605/1998 — *Vide* Lei do Meio Ambiente.
— N. 9.714/1998 976
— N. 9.785/1999 129
— N. 10.168/2002 81
— N. 10.257/2001 — *Vide* Estatuto da Cidade.
— N. 10.259/2001 — Art. 14 563
— N. 10.352/2001 886
— N. 10.628/2002 ..... 894 e 962

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

DECRETOS

— N. 1.681/1980 (Blumenau) 868
— N. 2.358/1984 (Blumenau) 868

LEIS

— N. 1.040/98 (Porto Belo) 595
— N. 13.479/2002 (São Paulo) 291

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

— Art. 12, *caput* e § 2º, I, II e III 976
— Art. 37 976

LEI DAS DESAPROPRIAÇÕES (Decreto-Lei n. 3.365/1941)

— Art. 27 868
— Art. 34 906

LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (Lei n. 6.830/1980)

— Art. 8º, § 2º 886
— Art. 39 886
— Art. 40, §§ 1º, 2º e 3º 886

LEI DE FALÊNCIAS (Decreto-Lei n. 7.661/1945)

— 107
— Art. 208, § 2º 757

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Decreto-Lei n. 4.657/1942)

— Art. 2º, § 1º 818
— Art. 6º, § 1º 784
— Art. 7º 684

LEI DO CHEQUE (Lei n. 7.357/1985)

— Art. 1º, VI 732
— Art. 61 732

LEI DO INQUILINATO (Lei n. 8.245/1991)

— Art. 35 694
— Art. 45 694
— Art. 51 694
— Art. 57 694
— Art. 82 708

LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)

— Art. 8º ..... 864 e 911
— Art. 12, parágrafo único 864

LEI DO MEIO AMBIENTE (Lei n. 9.605/1998)

— Art. 29 ..... 1.036

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

— Art. 1º, V 928
— Art. 2º, *caput* 976

— Art. 2º, I 976
— Art. 2º, II ..... 953 e 976
— Art. 2º, § 2º 976
— Art. 9º 928

LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS (Lei n. 6.015/1973)

— Art. 29 129
— Art. 32, § 1º a 5º 684
— Art. 33 684
— Art. 129, § 6º 684
— Art. 167, I 129
— Art. 250, III 129

LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL (Lei Complementar n. 35/1979)

— Art. 66, § 1º 608

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 35/1979 — *Vide* Lei Orgânica da Magistratura Nacional.
— N. 156/1997 (Estadual) 868
— Art. 33 886
— Art. 35, *h* 886
— Art. 35, *i* 915
— N. 161/1997 (Estadual) ..... 868 e 886

M

MANDADO DE SEGURANÇA

— Ato judicial – Execução de contrato de locação. Penhora e praceamento do imóvel residencial dos fiadores. Afronta aos princípios da isonomia, da proteção à moradia e da razoabilidade. Concessão da segurança. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 708
— Concurso público – Polícia Militar. Limite de idade. Inscrição. Direito líquido e certo inexistente. Segurança denegada. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO** 802
— Preliminares de ilegitimidade – Rejeição. Ausência de fato gerador. Recurso desprovido. 915
— Professora readaptada – Supressão da gratificação de regência de classe. Ilegalidade. Direito líquido e certo. Efeitos pretéritos. Ordem concedida. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO** 818
— Vaga em creche – Competência da Vara da Infância e da Juventude. Inexistência de direito líquido e certo. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Reexame necessário prejudicado. 864

MEDIDA CAUTELAR EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO

— Pensão – Igualização ao salário-de-benefício. Leis ns. 8.213/91 e 9.032/95. Data do óbito. Irrelevância. Processos em curso no território nacional. Suspensão. Indeferimento. 563

N

NOTICIÁRIO

— Discurso de posse no cargo de Desembargador – Dr. Nicanor Calírio da Silveira. 389
— Discurso de posse no cargo de Desembargador – Dr. Salim Schead dos Santos. 400
— Discurso de posse no cargo de Desembargadora – Dra. Salete Silva Sommariva. 394
— Quadro de antigüidade da magistratura catarinense. 405
— Relação dos aprovados para a magistratura catarinense – Concurso concluído em 2 julho de 2004. 427

P

PARECERES

— Ato jurídico – compra e venda. Silvio Rodrigues, Jurista e Professor Universitário. 301
— Contribuição para custeio da iluminação pública – Kiyoshi Harada, Advogado e Professor em São Paulo. 291
— Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal diretamente? – José Afonso da Silva, Advogado e Professor titular aposentado da Faculdade de Direito da USP. 271

PROVAS PARA A MAGISTRATURA ESTADUAL

— Provas do concurso para ingresso na magistratura catarinense, realizadas no período 2002/2003. 431
— Provas do concurso para ingresso na magistratura catarinense, realizadas em 2003. 497

R

RECURSO

— Agravo de instrumento – Ação civil pública. Improbidade administrativa. Decisão que determinou o afastamento do prefeito e a indisponibilidade de seus bens. Incompetência do Juízo singular afastada. Legitimidade

do Ministério Público de primeiro grau. Manutenção da decisão. Recurso desprovido. 894
— Agravo de instrumento – Ação de desapropriação. Suspensão da liminar de imissão de posse. Diferença entre os laudos periciais. Indícios de supervalorização do imóvel. Continuação da obra pública. Supremacia do interesse público. Recurso provido. 906
— Agravo de instrumento – Ação de nulidade de duplicata sem aceite cumulada com pedido de indenização por dano moral. Legitimidade passiva *ad causam* de ambos os bancos. Recurso provido, sem prejuízo do exame de mérito quanto à existência concreta de responsabilidade civil. 793
— Agravo de instrumento – Ação ordinária cumulada com pedido de tutela antecipada. Contrato de mútuo com garantia hipotecária. Impossibilidade de análise de matérias não apreciadas no juízo *a quo*. Decisão cassada. Recurso provido. 784
— Agravo inominado em agravo de instrumento – Revelia. Fluência dos prazos independentemente de intimação. Posterior ingresso no processo. Preclusão. Apelo intempestivo. Recurso desprovido. 603
— Agravo no agravo de instrumento – Decisão que negou seguimento a agravo de instrumento, por intempestivo. Alegação de suspensão dos prazos nas férias de julho. Não acolhimento. Decisão mantida. Recurso desprovido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 608
— Agravo regimental – Verba advocatícia. Arbitramento. Matéria não argüida oportunamente. Preclusão. 586
— Agravo regimental contra decisão que nega seguimento a agravo de instrumento – Não cabimento. Erro grosseiro. Não conhecimento do recurso. 618
— Embargos infringentes – Atentado violento ao pudor. Conduta omissiva. Manutenção da absolvição de primeiro grau. Recurso provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO.** 923
— Embargos infringentes – Embargos à execução. Demonstrativo de débito incompleto. Emenda à inicial. Art. 616 do CPC. Impossibilidade após o oferecimento de embargos do devedor. Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Desprovimento. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO.** 721
— Embargos infringentes – Execução. Extinção do feito sem julgamento do mérito, diante da ausência nos autos dos contratos renegociados. Diligência para juntar documentos faltantes. Impossibilidade. Inaplicabilidade do art. 616 do CPC. Recurso desprovido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO.** 711
— Embargos infringentes – Indenização. Atropelamento em via movimentada. Morte da vítima. Dúvida quanto à causa do acidente. Ônus da prova no processo civil. Incumbência de quem alega. Improcedência do pedido. Prevalência do voto vencido e restabelecimento da sentença. Recurso provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO.** 621

— Mandado de segurança – Decisão concessiva da liminar. Agravo de instrumento. Viabilidade. Recurso desprovido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO.** 911

RECURSO ESPECIAL

— Conselho Regional de Corretores de Imóveis de Santa Catarina – Anuidade. Fixação por resolução. Impossibilidade. Recurso não conhecido. 583

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

— Art. 195 618

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL

— Casamento entre brasileira e italiano, na Itália – Inserção do sobrenome do marido no da mulher. Impossibilidade pela legislação italiana. Retificação do ato civil praticado no estrangeiro. Pedido improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido. 684

S

SENTENÇAS

— Ação de cobrança – Tratamento estético capilar. Cumprimento do contratado. Ausência de conduta lesiva da ré. Improcedência da ação. 1.043
— Ação de indenização – Ataque de cachorro a criança. Danos materiais e morais caracterizados. Culpa exclusiva do dono do animal. Dever de indenizar. Ação procedente em parte. Improcedência da reconvenção e condenação por litigância de má-fé. 1.023
— Crime ambiental – Abate de um jacu e três rolas. Porte ilegal de arma de fogo. Confissão espontânea. Delitos caracterizados. Condenação. 1.036
— Homicídio culposo – Acidente de motocicleta. Morte do passageiro e amputação da perna do condutor. Concessão do perdão judicial e extinção da punibilidade. 1.019

SÚMULAS

— Súmulas do STF editadas após a Constituição Federal de 1988. 569

SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

— N. 28 768
— N. 30 838
— N. 126 583

— N. 141 868
— N. 186 ..... 1.023

SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

— N. 160 962
— N. 269 818
— N. 271 818
— N. 512 915

U

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

— Divergência entre câmaras – Competência do grupo respectivo. Não conhecimento do incidente. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 601

ÍNDICE ONOMÁSTICO

A

— André R. C. Fontes 15
— Anselmo Cerello ..... 894, 995 e 998
— Antônio Carlos Bottan 27

C

— Carlos Prudêncio 631
— Cláudio Barreto Dutra 915
— Clèmerson Merlin Clève 47

D

— Daniel Santos Rocha Sobral 81

E

— Eládio Torret Rocha 711

F

— Fernando Carioni ..... 721 e 784
— Francisco Oliveira Filho ..... 817, 826, 864 e 893
— Franciulli Netto 583

G

— Gaspar Rubik 925
— Gustavo Santos Mottola 1.019

I

— Irineu João da Silva ..... 925, 962 e 975

J

— J. Virgílio Castelo Branco Rocha Filho 145
— Jaime Ramos 886
— João José Ramos Schaefer 93
— João Martins 836
— Jorge Luiz Lopes do Canto 107
— Jorge Mussi 928
— Jorge Schaefer Martins 976
— José Afonso da Silva 271
— José Carlos Carstens Köhler 946
— José Delgado 586
— José Isaac Pilati 129
— José Volpato de Souza ..... 631 e 694

K

— Kiyoshi Harada 291

L

— Luiz Antônio Zanini Fornerolli 165
— Luiz Carlos Freyesleben 595
— Luiz Cézar Medeiros 868
— Luiz Fernando Boller 1.043

M

— M. A. Coelho da Rocha 325
— Marco Aurélio 563

— Marco Aurélio Gastaldi Buzzi ..... 783 e 793
— Marcus Tulio Sartorato 708
— Maria do Rocio Luz Santa Ritta 757
— Maurício Cavallazzi Póvoas 1.023
— Maurílio Moreira Leite ..... 185, 189, 959 e 1.015
— Mazoni Ferreira 603
— Moacyr Motta da Silva 27
— Monteiro Rocha ..... 646, 656, 659 e 684

N

— Newton Janke 857
— Newton Trisotto ..... 603, 802, 886 e 1.013
— Nicanor Calírio da Silveira ..... 389 e 818

O

— Orli Rodrigues 638

P

— Pablo Stolze Gagliano 195
— Pedro Manoel Abreu ..... 601, 714, 725, 1.003 e 1.005

R

— Ricardo Alonso García 203
— Ricardo Fontes 732
— Roberto Lepper 1.036
— Rodrigo da Cunha Pereira 219
— Ronaldo Moritz Martins da Silva 618
— Rui Barbosa 349
— Rui Fortes ..... 906 e 914
— Rui Stoco 229

S

— Salete Silva Sommariva ..... 394, 621, 638 e 641

— Salim Schead dos Santos 400
— Sérgio Izidoro Heil 608
— Sérgio Paladino ..... 926 e 953
— Sérgio Roberto Baasch Luz ..... 721, 732 e 748
— Silveira Lenzi 1.007
— Silvio Rodrigues 301
— Solon d'Eça Neves ..... 923 e 939
— Sônia Maria Schmitz 911
— Souza Varella 941

T

— Torres Marques 971
— Trindade dos Santos 768
— Tulio Pinheiro 739

V

— Vanderlei Romer ..... 838 e 861
— Victor Ferreira ..... 603 e 611
— Volnei Carlin 827

W

— Wilson Augusto do Nascimento ..... 628, 688 e 704

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
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

José Valmeci de Souza (Atta)

SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTICA:83845701000159

Assinado de forma digital por SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTICA:83845701000159
Dados: 2024.07.05 12:25:03 -03'00'