

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 XXXI — 2º trimestre 2005 — N. 107
Florianópolis — SC
2006

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. Cesar Abreu

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) 3221-1153

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

Tiragem: 3.500 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
--	----------

DOCTRINA

Interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente e do ato infracional. Uma análise crítica – Amaral e Silva, Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina	15
A liminar no mandado de segurança – Artur Jenichen Filho, Juiz de Direito em Santa Catarina	25
O direito e os direitos humanos – Elton Vitor Zuquelo, Juiz de Direito em Santa Catarina	53
A norma jurídica na visão de Hans Kelsen – Jaime Luiz Vicari, Juiz de Direito de Segundo Grau no Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Professor de Direito Processual Civil	63
Natureza jurídica do IPTU: imposto “real” ou “pessoal” – Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Juiz de Direito em Santa Catarina	77
Da possibilidade da prisão civil do devedor de alimentos originados de ato ilícito – Maximiliano Losso Bunn, Juiz de Direito Substituto em Santa Catarina	89
A idéia de valor como fundamento do direito – Moacyr Motta da Silva, Professor aposentado da UFSC, Professor da Univali e Pesquisador do CNPq	121

O direito à razoável duração do processo à luz dos direitos humanos e sua aplicação no Brasil – Pedro Miranda de Oliveira, Advogado em Santa Catarina.	169
Responsabilidade civil do Estado e a denúncia da lide ao funcionário público – Rogério Zuel Gomes, Professor de Direito e Advogado em Santa Catarina.	189
A mentira do desarmamento – Rui Fortes, Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.	215
A culpa e a punição não podem servir de critério para a fixação da indenização por dano moral – Sérgio Luiz Junkes, Juiz de Direito em Santa Catarina.	219

NOTICIÁRIO

Quadro de antigüidade dos magistrados – Republicado, por incorreção.	237
---	-----

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recursos Extraordinários.	249
--------------------------------	-----

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recursos em Mandados de Segurança.	261
Reclamação.	269

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

TRIBUNAL PLENO

Ação Direta de Inconstitucionalidade.	279
Recurso de Decisão.	300
Inquérito Judicial.	316

SEÇÃO CIVIL

Conflito de Competência.	334
-------------------------------	-----

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Agravos em Agravos de Instrumento.	336
---	-----

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Embargos Infringentes.	347
-----------------------------	-----

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelações Cíveis	353
------------------------	-----

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravos de Instrumento	372
Apelações Cíveis	391

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravo de Instrumento	423
Apelações Cíveis	429

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Embargos Infringentes	462
-----------------------------	-----

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravos de Instrumento	468
Apelação Cível	477

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento	481
Apelação Cível	492

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento	498
Apelações Cíveis	505
<i>Habeas Corpus</i>	523

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Embargos de Declaração em Mandado de Segurança	529
--	-----

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelações Cíveis	533
------------------------	-----

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravo de Instrumento	549
Apelações Cíveis	556
Apelação Cível em Mandado de Segurança	595

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível em Mandado de Segurança	600
--	-----

JURISPRUDÊNCIA PENAL**CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS**

Revisão Criminal	617
------------------------	-----

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelações Criminais	619
---------------------------	-----

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Apelações Criminais	652
Interpelação Judicial	697
Recurso de Agravo	702
Recurso Criminal	706

1ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pedidos de Suspensão de Liminar	717
---------------------------------------	-----

2ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recursos Especiais em Apelações Criminais	743
---	-----

3ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recursos Especiais	753
Recurso Extraordinário	756

TURMAS DE RECURSOS

Primeira Turma — Recurso Cível	761
Primeira Turma — Apelação Criminal	764
Segunda Turma — Apelação Criminal	770
Segunda Turma — Apelação Cível	771
Terceira Turma — Apelação Cível	778
Terceira Turma — Apelação Cível	780
Quarta Turma — Apelação Cível	786
Quarta Turma — Apelação Cível	789
Quinta Turma — Recurso Cível	793
Quinta Turma — Recurso Cível	797
Quinta Turma — Mandado de Segurança	802
Sexta Turma — Apelação Criminal	804
Sétima Turma — Recurso Inominado	806
Sétima Turma — Apelação Criminal	811

PRIMEIRA INSTÂNCIA

Sentenças Cíveis e Criminais	817
------------------------------------	-----

RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA	929
---	------------

ÍNDICE NUMÉRICO	939
------------------------------	------------

ÍNDICE POR ASSUNTO	945
---------------------------------	------------

ÍNDICE ONOMÁSTICO	969
--------------------------------	------------

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Janeiro de 2006)

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. ORLI de Ataíde RODRIGUES

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 GASPAS RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. João Eduardo SOUZA VARELLA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
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
Des. EDSON NELSON UBALDO
Des. CID José GOULART Júnior

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. ELÁDIO TORRET ROCHA – Corregedor-Geral da Justiça
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
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 – Prédio anexo

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

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Sessões: 2ª quarta-feira do mês – Horário: 14 horas – Local: *Hall* Superior – Sala 4

Des. José MAZONI FERREIRA – Presidente
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Juiz SÉRGIO IZIDORO HEIL (Substituindo o Des. JOSÉ VOLPATO de Souza)
Juíza SÔNIA MARIA SCHMITZ (Substituindo o Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO)
Juiz JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS (Substituindo o Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN)
Juiz JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (Substituindo o Des. CARLOS PRUDÊNCIO)

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. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. FERNANDO CARIONI
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Des. EDSON NELSON UBALDO
Juiz JÂNIO da Silva MACHADO (Substituindo o Des. José TRINDADE DOS SANTOS)
Juiz PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA (Substituindo o Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI)

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. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Des. NICANOR Calírio da SILVEIRA
Des. CID José GOULART Júnior
Juiz JAIME RAMOS (Substituindo o Des. NEWTON TRISOTTO)
Juiz NEWTON JANKE (Substituindo o Des. VOLNEI Ivo CARLIN)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

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

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ – Presidente

Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Juiz JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (Substituindo o Des. CARLOS PRUDÊNCIO)
Juiz JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (Cooperador)

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
Juiz JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS (Substituindo o Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN)
Juiz JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

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

Des. MARCUS TULIO SARTORATO – Presidente
Juiz SÉRGIO IZIDORO HEIL (Substituindo o Des. JOSÉ VOLPATO de Souza)
Juíza SÔNIA MARIA SCHMITZ (Substituindo o Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO)
Juiz DIONIZIO JENCZAK (Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: quintas-feiras – Horário: 9h30min às 12h, com reinício às 14h –
Local: *Hall* Superior – Sala 3

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA – Presidente
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Juiz JÂNIO da Silva MACHADO (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

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

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – Presidente
Des. EDSON NELSON UBALDO
Juiz JÂNIO da Silva MACHADO (Substituindo o Des. José TRINDADE DOS SANTOS)
Juiz RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (Cooperador)

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

Juiz PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA (Substituindo o Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI)

Juiz PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA (Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

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

Des. VANDERLEI ROMER – Presidente

Des. NICANOR Calfrio da SILVEIRA

Juiz NEWTON JANKE (Substituindo o Des. VOLNEI Ivo CARLIN)

Juiz NEWTON JANKE (Cooperador)

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. CID José GOULART Júnior

Juiz JAIME RAMOS (Substituindo o Des. NEWTON TRISOTTO)

Juiz JAIME RAMOS (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

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

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS – Presidente

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Juíza SÔNIA MARIA SCHMITZ (Cooperadora)

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. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. José Antônio TORRES MARQUES

Juiz José Carlos CARSTENS KÖHLER (Substituindo o Des. IRINEU JOÃO DA SILVA)
Juiz TULIO José Moura PINHEIRO (Substituindo o Des. PEDRO MA-
NOEL ABREU)

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
Juiz TULIO José Moura PINHEIRO (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

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

Des. SÉRGIO Torres PALADINO – Presidente
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Juiz José Carlos CARSTENS KÖHLER (Substituindo o Des. IRINEU JOÃO DA SILVA)
Juiz TULIO José Moura PINHEIRO (Substituindo o Des. PEDRO MA-
NOEL ABREU)
Juiz José Carlos CARSTENS KÖHLER (Cooperador)

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

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

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES – Presidente
Juiz VICTOR JOSÉ SEBEM FERREIRA
Juiz JAIME LUIZ VICARI
Juíza MARLI MOSIMANN VARGAS

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

Membros titulares:

Des. ANSELMO CERELLO — Presidente
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. VANDERLEI ROMER
Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. SALIM SCHEAD 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. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Des. FERNANDO CARIONI

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

COMISSÃO PROVISÓRIA DE CONCURSO PARA INGRESSO E REMOÇÃO NA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO — PORTARIA N. 250/05–GP

Des. ANSELMO CERELLO — Presidente

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza

Des. NICANOR Calírio da SILVEIRA

Juizes Substitutos de 2º Grau:

Dr. JAIME RAMOS,

Dr. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS e

Dr. José Carlos CARSTENS KÖHLER, titulares.

Dr. DIONIZIO JENCZAK,

Dr. SÉRGIO IZIDORO HEIL e

Dra. SÔNIA MARIA SCHMITZ, suplentes.

Representantes do Ministério Público:

Dr. ANDRÉ CARVALHO, titular e

Dra. HELOÍSA CRESCENTE ABDALLA FREIRE, suplente.

Representantes da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Catarinense:

Dr. LUIZ DARCI DA ROCHA, titular e

Dra. MARIA ELISABET WINTER PASTORE, suplente.

Representantes do Colégio Notarial:

Dr. MURILO KROBEL, titular e

Dr. IVÂNIO LOOS PORTO, suplente

Representantes do Colégio Registral:

Dr. JORDAN FABRÍCIO MARTINS, titular e

Dra. FRANCINY BEATRIZ ABREU DE FIGUEIREDO E SILVA, 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 ODSOM CARDOSO FILHO

Juiz EMANUEL SCHENKEL DO AMARAL E SILVA

Juiz PAULO ROBERTO FRÓES TONIAZZO

Juiz PAULO HENRIQUE M. MARTINS DA SILVA

JUIZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

Juiz JAIME RAMOS

Juiz JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS

Juiz NEWTON JANKE
 Juiz VÍCTOR JOSÉ SEBEM FERREIRA
 Juiz José Carlos CARSTENS KÖHLER
 Juiz DIONIZIO 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
 Juiz PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
 Juíza MARLI MOSIMANN VARGAS
 Juiz JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR

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

INTERPRETAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DO ATO INFRACIONAL — UMA ANÁLISE CRÍTICA

Amaral e Silva*

A evolução do tema da justiça da juventude no Brasil e, especialmente, no Estado de Santa Catarina pode ser comparada ao que vem ocorrendo nos países da região.

Dos vieses e equívocos da chamada “doutrina da situação irregular”, das injustiças e violências institucionais decorrentes do “paternalismo” e da “justiça tutelar” de menores surgiram movimentos em defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes, respaldados no texto provisório da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e reforçados pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O novo modelo, caracterizado por sua identificação com o direito ciência, principalmente com a epistemologia e a hermenêutica jurídica, na área dos jovens em conflito com a lei, vem-se notabilizando por princípios garantistas e responsabilizantes, a ponto de se começar a aceitar a existência de um verdadeiro Direito Penal Juvenil, especial, despenalizante e com novas alternativas de respostas mais eficazes do que aquelas do Direito Penal Comum.

* Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O modelo é de cidadania, ou seja, a “Lei dos Jovens”, o Estatuto da Criança e do Adolescente, garante todos os direitos fundamentais e sociais aos menores de 18 anos, mas, de outra parte, impõe aos adolescentes (12 a 18 anos) responsabilidade diante da Lei Penal ao submetê-los à tipificação de condutas, possibilitando-lhes ampla defesa e alternativas ao processo formal, por meio de um sistema próprio de justiça, no qual predominam alternativas à privação de liberdade e à remissão por intermédio de outros órgãos de controle social.

Medidas de natureza protetiva, principalmente educativas, com intervenção de assistência educativa à família são priorizadas, relegando-se as respostas punitivas aos casos de infrações graves, de ameaça ou violência à pessoa, de reiteração no cometimento de infrações penais e de descumprimento reiterado e injustificado de medidas anteriormente impostas.

A justiça da infância e da juventude age dentro dos princípios da estrita legalidade, sendo freqüentes a concessão de *habeas corpus* por excesso de prazo na formação da culpa, falta de justa causa para ação de pretensão socioeducativa e outras violações de direitos processuais.

Em todas as comarcas do Estado de Santa Catarina, há um juizado com competência para o julgamento de adolescentes, infratores da Lei Penal, em conflito com seu Estatuto.

O Judiciário Estadual, explicitamente, reconhece o caráter penal das medidas socioeducativas, o que não acontece em outros Estados. Mas o Tribunal da Federação, Superior Tribunal de Justiça, encarregado de zelar pela interpretação uniforme da lei federal, reiteradamente, prestigia o entendimento de Santa Catarina (ver o anexo).

Nas estatísticas em matéria criminal há sempre a desconfinça decorrente da chamada “cifra negra” das infrações encobertas.

Delitos contra o patrimônio, notadamente os furtos de sobrevivência, dominam as estatísticas processuais.

A execução é jurisdicionalizada, ou seja, decorre de processo sob a responsabilidade do juiz, mas é realizada pela auto-

ridade do Executivo. As medidas privativas de liberdade por autoridades estaduais e as alternativas pelos municípios e ONG's.

Em que pesem esforços de militantes de defesa dos direitos humanos, lamentavelmente ainda não se aprovou uma lei de execução. A falta de normas explícitas a respeito da matéria vem possibilitando injustiças e prejuízos aos direitos dos sentenciados, sujeitos a normas administrativas meramente regulamentares de instituições e juízos.

Segundo estatísticas, os resultados da execução são bastante positivos, sendo pequena a reincidência, principalmente nas comarcas onde foram implementados os programas e medidas previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

No momento em que se discutem reformas legislativas no marco da Convenção, impõe-se algumas críticas a posições “paternalistas” que vêm no garantismo do Direito Penal prejuízos para os adolescentes em conflito com a lei.

Reiteradamente tenho-me posicionado no sentido de alertar a sociedade, principalmente os operadores do sistema de justiça, para os malefícios das interpretações equivocadas dos defensores do chamado sistema tutelar, protetivo, baseado apenas no “superior interesse do menor”.

Em que pesem exceções em vários Estados, as novas disposições, garantistas e responsabilizantes do Estatuto Brasileiro, em muitos casos, continuam a ser interpretadas com os mesmos princípios simplistas e autoritários da antiga postura, própria do ab-rogado Código de Menores.

A “proteção”, o “superior interesse”, o “bem-estar da criança e do adolescente”, a “reeducação” e a “ressocialização” justificam tudo.

As medidas socioeducativas, de índole nitidamente retributiva e penalizante, são impostas sob a falácia do caráter “pedagógico”, “tutelar”, “protetor”, muitas vezes desnecessariamente.

Em que pesem as garantias constitucionais e legais, arbitrariedades continuam justificadas por eufemismos, como acon-

tece, por exemplo, com a “internação” e, principalmente, com a “liberdade assistida”, apresentadas como intervenções meramente educativas como se as palavras pudessem alterar a substância das coisas.

Internação, liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade são exibidas como benefícios, institutos bons para o adolescente.

Fala-se de um sistema “reeducativo” ideal que não existe.

Esquecidos da triste realidade das verdadeiras “prisões de meninos pobres”, apaixonados, “novos menoristas” exorcizam propostas garantistas, jurídicas, que, restringindo a discricionariedade, apenas propõem limites ao arbítrio, acoimando-as de retrocesso e compromisso com propostas de “lei e ordem”, como se o sistema, em relação aos infratores, fosse, mesmo, educativo de qualidade.

Esquecem-se integrantes do sistema administrativo e judicial da vergonha dos “internatos”, verdadeiras prisões, geralmente piores do que as dos adultos.

Programas de “liberdade assistida”, “prestação de serviços à comunidade”, geralmente, não passam de improvisações.

Não há efetivo controle jurisdicional de resultados, muito menos de integração ou de assistência educativa à família.

“Relatórios”, “diagnósticos” justificadores de puro assistencialismo e inadequadas intervenções continuam existindo.

A chamada “proposta pedagógica” persiste como pano de fundo da arbitrariedade.

Justificando sistemas pesados, caros, produtores e reprodutores de violência e criminalidade, salvo raríssimas exceções, a chamada “proposta pedagógica” continua reproduzindo o sistema penitenciário.

Reeducação e ressocialização não passam de mitos convenientes.

“Proposta pedagógica”: Falácia que ninguém definiu, regulamentou.

Salvo exceções, sentenças, acórdãos, pareceres, defesas, recursos, relatórios, estudos de caso, diagnósticos refletem os vieses do sistema “protetor”, no qual os adolescentes, ditos infratores, são “protegidos”, “reeducados” e “ressocializados”.

Se o sistema é protetor; se todos os atores processuais e administrativos buscam “o melhor interesse” do adolescente; se as medidas socioeducativas são um bem para o adolescente; se ao impor uma medida socioeducativa está-se realizando um dever relativamente ao direito à educação; não há necessidade de grandes e profundas justificativas. Basta aludir ao “superior interesse” do menino que precisa ser educado. Educação por meio dos benefícios da liberdade assistida, da prestação de serviços à comunidade, da internação, é óbvio.

Sob tal falácia acabam os “protegidos” sujeitos a verdadeiras penas indeterminadas, impostas subjetivamente sem garantias objetivas, como, por exemplo, os critérios de legalidade e proporcionalidade.

Enquanto o sistema for reservado aos “infratores”, tenham eles o nome que tiverem, não será “protetor” dos adolescentes, será, como tem sido, e necessariamente tem de ser, um sistema retributivo e de proteção da sociedade. Jamais dos adolescentes!

Adolescentes são protegidos por meio de políticas básicas, principalmente da política de educação nos estabelecimentos da rede comum de ensino.

O direito à educação e o correspondente dever são exercidos dentro da normalidade.

Se o Estado tem de *impor*, agindo coercitivamente, as medidas que tomar, atingindo direitos fundamentais da pessoa humana, tem de ater-se ao princípio da legalidade. Vale dizer, da excepcionalidade devidamente justificada.

Os que necessitarem apenas proteção, educação e não respostas preventivas e repressivas, que sejam encaminhados ao sistema educacional comum.

Seria iníquo submeter, sem necessidade, qualquer pessoa a um sistema educacional especial, reservado a infratores.

No momento em que se cria um sistema “educacional” paralelo de intervenção estatal coativa, com restrições, inclusive privação de liberdade, o sistema deixa de ser simplesmente educativo, protetor, para ser, também, limitador de direitos fundamentais, numa palavra, *repressivo*.

Lamentavelmente a chamada “doutrina da situação irregular”, preocupada com “denominações” e “estigmas”, persiste viva naqueles em que teimam em ver nas medidas socioeducativas tão-somente o caráter pedagógico, esquecidos que, substancialmente, sendo respostas a condutas reprovadas, têm caráter retributivo, interferindo na liberdade, na autodeterminação e, até, na intimidade das pessoas.

O atual jogo de palavras, procurando suavizar institutos de Direito Penal com a simples alteração de nomes, possibilita injustiças em relação aos adolescentes. A postura provoca preconceitos e severidade.

Repiso: não é mais possível conviver com mitos, eufemismos e falácias.

É preciso identificar corretamente, separando institutos de proteção da criança e do adolescente dos institutos de proteção da sociedade.

É preciso assumir a postura técnico-científica, abandonando o paternalismo inconseqüente e a repressão disfarçada.

Só assim os operadores administrativos e judiciais estarão desempenhando o verdadeiro papel de realizar justiça, que é o que se espera de um sistema judiciário e administrativo.

Estamos no campo do Direito. A análise não é feita a partir da ótica do pedagogo, do psicólogo ou do assistente social. A visão é jurídica.

Não tenho a menor dúvida: juridicamente consideradas, as medidas socioeducativas são retributivas, pedagógicas e, inclusive, *repressivas*.

São retributivas porque constituem resposta à prática de um ato infracional, portanto legalmente reprovável.

Só o autor do ato infracional (eufemismo que corresponde a crime ou contravenção penal – ECA, art. 103), pode ser *submetido* (apenado) à uma medida socioeducativa.

Não se olvide: as medidas são impostas coercitivamente.

Não se diga que a possibilidade da remissão, da não imposição de qualquer medida ou a faculdade que tem o juiz de aplicar medidas de proteção retiram o caráter retributivo das medidas socioeducativas, porquanto essas providências despenalizantes nada têm com a natureza da medida. Existem, inclusive, no Direito Penal Comum: a suspensão condicional do processo, da pena, o perdão judicial etc.

Admitir o caráter repressivo, *penal especial* (diferente do penal comum dos adultos), insisto, é útil aos direitos humanos de vítimas e vitimizadores.

É necessário superar o viés da “proteção”: ciente o aplicador da medida que, além de imposta, é repressiva, redobrar-se-á em cautelas para não impô-la sem os critérios da fundamentação da despenalização, da excepcionalidade, da legalidade, da brevidade, da proporcionalidade e da resposta justa e adequada.

Despenalização concretizada pela remissão pura e simples.

Proporcionalidade para impedir a imposição de medida severa por fato irrelevante.

Como as penas criminais, as medidas socioeducativas são restritivas de direitos (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida) e privativas de liberdade (semiliberdade e internação).

Enquanto as penas criminais são determinadas e subordinadas a critérios objetivos e limitativos (os adultos gozam da suspensão condicional do processo e da substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos), os adolescentes continuam submetidos a medidas indeterminadas e sem critérios prévios, claros e objetivos, capazes de conter o possível arbítrio do Estado.

Carecem adolescentes de mais garantias, explícitas e objetivas, capazes de proporcionar a justa individualização da medida.

A prevalência dos princípios enviesados da antiga “doutrina”, segundo a qual as medidas do chamado “Direito do Menor” sempre visam ao melhor interesse dos adolescentes, tem propiciado a imposição de respostas mais severas do que em iguais circunstâncias seriam impostas aos adultos pelo Direito Penal Comum.

Uma correta visão das medidas socioeducativas, ciente o aplicador do seu caráter predominantemente pedagógico, mas repressivo, nitidamente penal, favorecerá os adolescentes, porque a imposição ou o ajuste (remissão) passará a ser restritivo, submetido ao princípio da estrita legalidade.

Favorecerá a sociedade e os adolescentes, reforçando o compromisso com a cidadania, com o reconhecimento da dignidade de ser sujeito de direitos e obrigações.

ANEXOS

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 598.476-RS (2003/0181960-6)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recurso especial. Estatuto da Criança e do Adolescente. Aplicação de medida socioeducativa. Competência exclusiva do juiz. Extinção da punibilidade do ato infracional. Prescrição. 1. A competência para aplicação da medida socioeducativa, por expressa determinação legal — art. 112 c/c o art. 146 da Lei n. 8.069/90 — é da competência exclusiva do Juiz. Precedentes. 2. Aplica-se o instituto da prescrição aos atos infracionais praticados por menores, uma vez que as medidas socioeducativas, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo. 3. Declaração, de ofício, da extinção da punibilidade do ato infracional imputado ao Recorrente, julgando prejudicado o recurso especial.

Recurso Especial n. 241.477/SP (1999/0112703-3)**Relator: Ministro Felix Fischer**

Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso especial. Remissão e medida socioeducativa. Cumulação. Prescrição. I — A remissão concedida pelo *Parquet* pode vir a ser acompanhada de medida socioeducativa aplicada pelo juiz, observado o disposto no art. 127 do ECA. II — As medidas socioeducativas perdem a razão de ser com o decurso de tempo. Conseqüentemente, *a fortiori*, tratando-se de menores, é de ser aplicado o instituto da prescrição. Recurso prejudicado.

Recurso Especial n. 171.080/MS (1998/0025740-3)**Relator: Ministro Hamilton Carvalhido**

Recurso especial. Estatuto da Criança e do Adolescente. Prescrição. Conhecimento e provimento. 1. As medidas socioeducativas, indubitavelmente protetivas, são também de natureza retributiva e repressiva, como na boa doutrina, não havendo razão para excluí-las do campo da prescrição, até porque, em sede de reeducação, a imersão do fato infracional no tempo reduz a um nada a tardia resposta estatal. 2. O instituto da prescrição responde aos anseios de segurança, sendo indubitavelmente cabível relativamente a medidas impostas coercitivamente pelo Estado, enquanto importam em restrições à liberdade. 3. Tendo caráter também retributivo e repressivo, não há porque aviventar a resposta do Estado que ficou defasada no tempo. Tem-se, pois, que o instituto da prescrição penal é perfeitamente aplicável aos atos infracionais praticados por menores. 4. Recurso conhecido e provido para, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva, declarar extinta a punibilidade do ato infracional.

A LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA

Artur Jenichen Filho *

Sumário: 1. Introdução. 2. O mandado de segurança positivado no ordenamento jurídico. 3. Origem e conceito da *liminar*. 4. Natureza jurídica da liminar. 5. Restrições normativas à concessão da *liminar*. Referências das fontes citadas.

1. Introdução

A luta contra os abusos do Poder Público é multimilenar segundo Celso Agrícola Barbi, na obra organizada por Sérgio Ferraz¹. Talvez um dos meios mais antigos de controle do Poder Público que exerce enorme influência no direito pátrio seja o princípio do devido processo legal inserido na *Magna Charta Libertatum*, datada de 1215, da Inglaterra.

A partir de 1803, com o julgamento do Caso *Malbury vs. Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, consolidou-se a possibilidade do efetivo controle judicial não somente dos atos do Poder Público, mas também da constitucionalidade das leis, assentado naquele mesmo princípio, ou seja, do *due process of law*.

* Juiz de Direito em Santa Catarina.

1 FERRAZ, Sérgio. (org.) *Cinqüenta anos de mandado de segurança*, p. 72.

Semelhante forma de defesa, principalmente do cidadão em face do Poder Público, é encontrada no sistema jurídico norte-americano, em que se destacam os denominados *writs*, herdados que foram do direito inglês². Dentre eles, aquele que guarda estreita semelhança com o *mandado de segurança* tal qual concebido pelos juristas brasileiros, denomina-se *writ of injunction*³. No direito mexicano, assume relevo o *Juicio de Amparo*⁴.

Durante o período conhecido por Brasil-Colônia⁵, dificilmente as pessoas obtinham ganho de causa no Poder Público. Isso porque as ações governamentais se concentravam no interesse da pessoa do soberano, mais especificamente na monarquia portuguesa. Apesar de todas as causas, administrativas ou judiciais, serem apreciadas por juízes e tribunais ordinários, enquanto pendentes de solução judicial, o Governo monárquico, detentor do poder real, podia avocar os autos e decidir, acentuando a ausência de segurança oferecida pelo sistema, revelando a fragilidade da magistratura diante da onipotência do monarca.

2 “*Writ of mainprize* – tinha por objeto assegurar ao preso o direito de ser liberado, mediante caução. *Writ of homine replegiando* – objetivava a soltura de preso, por obra ou sob a guarda de outrem, mediante prestação de caução e, ainda, obrigando-se a responder à acusação” (CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *Mandado de segurança*: cabimento, pressupostos e procedimento da impetração preventiva, p. 69).

3 “Tem por escopo obstar ou assegurar a prática de determinado ato ou da execução de uma norma, podendo ser intentado como medida preventiva, interlocutória ou principal, com efeitos permanentes. Baseia-se na *jurisdiction of equity*, socorrendo o titular de direito subjetivo de dano irreparável. Pode ter efeitos omissivos ou comissivos, ressaltando-se que inicialmente tinha caráter de interdito proibitório tão-somente, até que também passou a ser empregado em caso positivo” (CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. Ob. cit., p. 70 e 71).

4 Trata-se de uma ação ajuizada por um particular capaz de protegê-lo contra atos do Poder Público que contemplam situações diversas e específicas, “quais sejam, a) instrumento protetor de direitos fundamentais; b) meio de combater leis institucionais; c) recursos de ‘cassação’; d) forma de impugnação dos atos da administração ativa (*amparo administrativo*)” (ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Mandado de segurança coletivo*: aspectos processuais controversos, p. 38).

5 Período compreendido entre 1530 e 1822, “pois foi a partir de 1530 que Portugal decidiu colonizar o Brasil, ou seja, ocupar e povoar a colônia”. Disponível em: <<http://www.terraviva.pt/fernoronha/5667/histbrasiHm>>. Acesso em: 3 abr. 2003.

Após a Proclamação da Independência do Brasil em 1822, e com o advento da Constituição Política do Império do Brasil, promulgada a 25 de março de 1824, merece reflexão específica o disposto em seu art. 179: “a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império”⁶.

Nesse artigo encontram-se positivadas as aspirações liberais e democráticas do século XVII⁷, basicamente os direitos dos cidadãos e as liberdades públicas. Desde então, esses direitos e liberdades passaram a ser adotados em todos os textos constitucionais brasileiros que se seguiram, todos eles influenciados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁸. Porém lamentavelmente não especificou qual o instrumento a ser utilizado na defesa desses mesmos direitos em face da ocorrência de abuso cometido pelo Poder Público. Com a Proclamação da República e com a Constituição Federal de 1891, as garantias constitucionais asseguradas aos brasileiros foram estendidas aos estrangeiros, tendo inclusive sido abolido o Contencioso Administrativo, até então vigente.

A Constituição Republicana de 1891, em seu art. 72, § 22, estabelecia: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo

6 CRETELLA JÚNIOR, José. *Do mandado de segurança coletivo*, p. 34.

7 “Concretamente, a idéia de liberdade começou a surgir no século XVII, com as lutas contra o absolutismo, como a Revolução Gloriosa na Inglaterra e, já no século XVIII, com a Revolução Industrial, e principalmente com a Revolução Francesa”. In *Idéias e fatos que contribuíram para o surgimento da MODERNIDADE*. Disponível em: <<http://www.geocities.com/Athens/Ithaca/9565/tese/modernid.html>>. Acesso em: 5 abr. 2003.

8 “1789: Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão: de apresentação universal, ela é considerada como arquétipo de todas as declarações: soberania nacional, sistema de governo representativo, primazia da livre ‘expressão da vontade geral’, separação dos poderes, igualdade de todos perante a lei, a justiça, as contribuições e os empregos públicos, presunção de inocência, direito à resistência contra a opressão, direito à propriedade, à segurança, liberdade de consciência, de opinião, de pensamento [...]”. In *O caminho da conquista dos direitos do Homem*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/Textos/homme.htm>>. Acesso em: 5 abr. 2003.

sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”, sendo que sua utilização sempre se caracterizou em prol da liberdade de locomoção, não obstante entendimentos contrários, dentre os quais aquele manifestado por Rui Barbosa que defendia sua utilização diante de qualquer caso de ilegalidade ou abuso de poder que acarretasse às pessoas qualquer tipo de violência ou mesmo coação moral⁹; ou seja, voltado também para as situações que não apenas aquela afeta à liberdade de ir e vir.

Desde sua inserção no texto constitucional, o *habeas corpus*, conforme acima já asseverado, sempre se caracterizou como um instrumento célere e eficaz na garantia do direito de ir e vir, não obstante o entendimento igualmente antes exposto de Rui Barbosa, na defesa dos direitos individuais não relacionados com a liberdade de locomoção, os *interdictos prohibitorios* e logo em seguida a Lei n. 221, de 20-11-1894, que dispunha acerca da Ação Anulatória de Atos da Administração (federal), eram estas as ações efetivamente utilizadas para propiciar a proteção dos direitos individuais, à exceção do direito de liberdade, mas que não eram céleres e eficazes como o *habeas corpus*.

A Reforma Constitucional de 1926 modificou a redação do art. 72, § 22, da Constituição Republicana para: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”¹⁰ restringindo o seu manejo na proteção do direito de ir e vir, e cerrando de vez a possibilidade de sua utilização em defesa dos direitos civis.

Por ocasião da elaboração do projeto de revisão constitucional em 1926, foi Gudesteu Pires quem apresentou à Câmara dos Deputados um projeto de criação do “mandado de proteção ou de restauração para proteger ‘todo direito pessoal, líquido e certo, fundado na Constituição ou em lei federal’”¹¹, de forma que

9 REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de segurança individual e coletivo*, p. 121.

10 CRETELLA JÚNIOR, José. *Mandado de segurança coletivo*, p. 38.

11 LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. *Mandado de segurança individual e coletivo*, p. 40.

se houvesse a ameaça, seria expedido mandado de proteção ou, caso diverso, caberia mandado de restauração, se provada a prática do ato lesivo.

Anteriormente à revisão constitucional acima mencionada, mais especificamente em 1914, Alberto Torres elaborou um projeto no qual já postulava, e de maneira concreta, pela criação de uma ação destinada a proteger, especificamente, os direitos feridos, quer por ato abusivo do Poder Público quer por particular, denominando-o de mandado de garantia, este o precursor mais próximo do mandado de segurança.

Nenhum dos projetos antes referidos, de Alberto Torres ou de Gudestau Pires, foi transformado em lei, privando por mais tempo as pessoas de uma ação, de um instrumento jurisdicional que se desejava pronto e eficaz no combate aos atos ilegais e/ou abusivos cometidos pelo Poder Público.

2. O mandado de segurança positivado no ordenamento jurídico

O *mandado de segurança* foi introduzido em nosso ordenamento jurídico somente na nossa segunda Carta Constitucional, promulgada no dia 16 de julho de 1934, que, ao abraçar o projeto apresentado por João Mangabeira, o introduziu em seu art. 113, § 33¹².

Desde então teve imediata aplicação e uma boa aceitação entre os doutrinadores, porém logo se constataram algumas dificuldades e dúvidas decorrentes do processamento do *mandado de segurança*, que de acordo com o texto constitucional deveria

12 Art. 113 “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 33: Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes. Disponível em: <<http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>>. Acesso em: 17 maio 2003.

ser o mesmo do *habeas corpus*. As inúmeras possibilidades que se apresentaram quanto à utilização do *mandado de segurança*, também exigiram a sua rápida regulamentação. A Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936, que “Regula o processo do mandado de segurança”, na verdade restringiu a matéria a ser tutelada pelo *writ* ao excluir as questões afetas à liberdade de locomoção, ao exame dos atos disciplinares, às questões meramente políticas e ainda, como substitutivo de recurso administrativo. Quanto ao procedimento asseverou: “O processo será o mesmo do *habeas corpus* devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada”¹³.

À época do Estado Novo¹⁴, que tinha por objetivo o fortalecimento do Poder Executivo, por intermédio do golpe de Estado e com a edição de uma nova Carta Constitucional em 10 de novembro de 1937, o *mandado de segurança* perdeu o *status* de remédio constitucional, porém permaneceu em vigor, porque a Lei n. 191/36 não foi revogada, e voltou a desfrutar de *status* constitucional na Carta Constitucional promulgada em 18 de setembro de 1946.

A Constituição Federal de 1967, em seu art. 150, § 21, não obstante ter mantido o *status* de ação constitucional ao *mandado de segurança*, acrescentou-lhe a categoria individual (*para proteger direito individual*), logo em seguida suprimida pela Emenda Constitucional de 1969. Por sua vez, a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 não apenas manteve o *mandado de segurança* em sua forma tradicional no art. 5º, inciso LXXIX, como também introduziu no inciso LXX do mesmo artigo o *mandado de segurança coletivo*, legitimando o seu manejo aos partidos políticos, organização sindical, entidades de classe e associações.

13 Disponível em: <<http://wwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=COF%5BTNOR%5D&s3=&s4=1934&s5=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 11 set. 2003.

14 “No dia 10 de novembro de 1937, o presidente Getúlio Vargas anunciava o Estado Novo, em cadeia de rádio. Iniciava-se um período de ditadura na História do Brasil. [...] Getúlio fechou o Congresso Nacional e impôs ao país uma nova Constituição, que ficaria conhecida depois como ‘Polaca’”. In O Estado Novo. Disponível em: <<http://www.historianet.com.br/main/mostraconteudos.asp?conteudo=53>>. Acesso em: 5 abr. 2003.

3. Origem e conceito da *liminar*

A categoria *liminar* deriva do latim *liminaris*, de *limen*, que quer dizer “limiar, soleira, entrada, porta”¹⁵. A *liminar* permite que na *ação mandamental* sejam obtidas, de *entrada* e antecipadamente, os efeitos de sua decisão final.

Na formação do processo, da relação processual, são praticados diversos atos processuais¹⁶. O critério utilizado pelo Código de Processo Civil, na classificação dos atos processuais, leva em consideração o sujeito que pratica o ato processual. São atos da parte, aqueles praticados pelo autor, réu, terceiros intervenientes e pelo Ministério Público. Além dos atos praticados pelo escrivão ou pelo chefe de secretaria, temos ainda aqueles realizados pelos auxiliares do juízo, dentre os quais o perito, o depositário, o oficial de justiça, que de qualquer forma participam desde o início do processo até a sua extinção, com o objetivo da composição do litígio.

Na condução do processo, de acordo com o art. 162 do Código de Processo Civil, “os atos do juiz consistirão em sentença, decisões interlocutórias e despachos”¹⁷. Por intermédio da sentença, o juiz encerra o processo, com ou sem a apreciação do mérito da causa, ou seja, do direito material pretendido. Por meio dos despachos, a requerimento da parte ou de ofício pelo juiz, vão sendo realizados e atendidos os preceitos legais que objetivam a conclusão do processo.

A decisão interlocutória nada mais é do que o ato praticado pelo juiz durante o curso do processo, no qual são decididas as questões incidentes, sem que haja o encerramento da prestação

15 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei do mandado de segurança*: de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988, p. 224.

16 “Ato processual é toda ação humana que produz efeito-jurídico em relação ao processo” (NUNES, Elpidio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*, p.107).

17 Art. 162 do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://wwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=@docn&s3=%22005869%22&s4=1973&s5=&l=20&u=%Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 5 nov. 2003.

jurisdicional. O encerramento do processo ocorre somente com a prolação da sentença.

Por exemplo, o despacho que indefere o pedido de denúncia à lide, da realização de prova pericial, é decisão interlocutória porque decidiu a respeito de uma questão pendente, sem pôr termo ao processo.

É ato do juiz a apreciação da *liminar* no mandado de segurança, da *medida liminar* nas ações cautelares e da *antecipação da tutela* no processo de conhecimento. Entendemos que a decisão de cada qual desses atos se constitui numa *decisão interlocutória*.

No curso do processamento da *ação mandamental*, a *liminar* constitui-se numa etapa que integra uma das fases procedimentais do processo, de modo que não cogitamos possa ser tomada como uma mera possibilidade; mesmo que esteja prevista em lei ordinária, não se pode perder de vista que suas raízes encontram-se no texto constitucional¹⁸.

A idéia nuclear que se depreende do *mandado de segurança* como remédio constitucional nos faz refletir a respeito da ação constitucional, do instrumento jurisdicional que objetiva, mediante a concessão da *liminar*, na desobstrução dos efeitos do ato ilegal ou abusivo proveniente, *lato sensu*, do Poder Público. É também a pronta e célere resposta que o cidadão espera do Poder Judiciário.

O *mandado de segurança*, independentemente de suas características *sui generis*, quanto à sua natureza jurídica, ainda que seja uma *ação de conhecimento*, inegável que cumpre com rapidez seu propósito. Seu rito pode ser assim resumido: apresentação de uma petição inicial, acompanhada de prova documental; despacho inicial de recebimento ou de indeferimento; apreciação da liminar; notificação da autoridade coatora; intervenção do Ministério Público e sentença.

18 “Cabe ressaltar que as liminares estão compreendidas no princípio da universalidade da jurisdição (art. 5º, XXXV – ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’)” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos*, p. 151).

Depois de ter sido introduzido no ordenamento jurídico, o *mandado de segurança* foi regulamentado pela Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936. Em seu art. 8º, § 9º, assegurava, naquelas situações nas quais se evidenciava, desde logo, a relevância do fundamento do pedido e, se do ato atacado pudesse resultar lesão grave irreparável, se fosse requerida, poderia ter cabimento uma *medida preliminar*¹⁹ para sobrestar ou suspender os efeitos do respectivo ato.

Essa mesma garantia foi mantida pelo Código de Processo Civil de 1939. Até mesmo a mera possibilidade da ocorrência de lesão grave era suficiente para a concessão da *liminar*.

Uma das características marcantes em relação ao ato emanado do Poder Público diz respeito à sua auto-executoriedade, a ensejar, de imediato, sua exeqüibilidade, que se faz presente, sobretudo, nos atos administrativos. Em determinadas ocasiões, quando ilegais ou abusivos, tais atos podem vir a causar prejuízo irreparável aos administrados, se não forem pronta e eficazmente combatidos.

Para que os administrados possam enfrentar e combater essas situações, nosso ordenamento jurídico, ao disponibilizar o *mandado de segurança* como garantia constitucional, fa-lo-á de tal forma que sua atuação possa ser imediata.

Por mais célere que nos possa parecer, em tese, a tramitação da ação mandamental desde a sua propositura até a sentença, via de regra, se faz necessária a suspensão instantânea dos efeitos do ato combatido, e esta é a razão de ser da *medida liminar*, ou simplesmente *liminar*.

No dizer de José Cretella Júnior:

“[...] se o mandado de segurança é o remédio heróico que se contrapõe à auto-executoriedade, para cortar-lhe os efeitos, a

19 “*Medida liminar* é providência anterior, que se opõe à medida posterior. ‘Providência liminar’ contrapõe-se à ‘providência de mérito’. *Concessão de liminar*, sobrestando os efeitos do ato, não implica julgamento prévio, nem definitivo, do próprio ato” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Ob. cit.*, p. 224).

medida liminar é o ‘pronto-socorro’, que prepara o terreno para a segunda intervenção enérgica (como é evidente), porém mais cuidadosa do que a primeira”²⁰.

Segundo Sérgio Ferraz, “O Mandado de Segurança é um remédio que busca a reparação específica do direito que foi ameaçado ou lesado. Não é medida que se contente com a reparação de natureza subsidiária, com a tutela substitutiva”²¹, sendo que “a liminar é o pressuposto básico de preservação da possibilidade de satisfação, *in natura*, do direito invocado pelo impetrante”²². É o caso em que o *mandado de segurança* não se presta, objetivamente, a reparar o dano, mas fundamentalmente a garantir e/ou a restaurar o próprio direito ameaçado ou violado, não obstante possa resultar em reparação, sendo que sua *liminar* visa a assegurar, de pronto, a eficácia específica desse seu reconhecimento.

Por sua vez, a *liminar*, em sede de *mandado de segurança*, objetiva “ordenar a suspensão do ato que deu motivo ao pedido”²³, desde que satisfeitos seus pressupostos legais, visando a alcançar a proteção do bem a ser tutelado definitivamente e que se constitui no objeto da impetração. A *liminar* possui a virtude de tornar inertes as características de auto-executoriedade e exigibilidade do *ato de autoridade*.

4. Natureza jurídica da *liminar*

Dentre os diversos autores pesquisados, constata-se uma profunda divergência a respeito da natureza jurídica da *liminar*. Em decorrência dessa realidade, entendemos conveniente apenas colacionar alguns desses posicionamentos. Para Celso Agrícola Barbi, “toda medida provisória, que tenha por fim evitar danos possíveis com a demora natural do processo, tem a substância de medida cautelar”²⁴.

20 CRETELLA JÚNIOR, José. *Ob. cit.*, p. 225.

21 FERRAZ, Sérgio. (Org.) *Ob. cit.*, p. 10.

22 FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*, p. 108.

23 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)*, p. 43.

24 BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*, p. 141.

Hely Lopes Meirelles também sustenta tratar-se de medida cautelar, ao afirmar:

“[...] não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência do dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido ato coator até a apreciação definitiva da causa”²⁵.

Para os citados autores, a *liminar* é medida acautelatória do direito do impetrante, que inclusive não deverá ser negada, estando presentes os seus requisitos legais, como, também, no caso em que se verificar a ausência dos requisitos de sua admissibilidade, deverá ser negada a concessão da *liminar*.

A respeito da sua natureza jurídica, José Cretella Júnior leciona:

“A medida liminar poderia ser classificada como *ato administrativo discricionário* do juiz. Podendo ser outorgada ou não, a providência liminar para determinar a suspensão do ato lesivo é uma *facultas* do magistrado que, para tanto, consulta apenas a oportunidade ou conveniência”²⁶.

O autor utiliza como argumento, para sustentar esse seu entendimento, a inexistência de recurso contra a decisão do magistrado, porque uma eventual recusa na sua concessão estaria ferindo apenas *interesses* do impetrante, e não o seu direito, em face da sua facultatividade.

Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, ao discorrer a respeito da natureza jurídica e dos efeitos da *liminar* no *mandado de segurança*, sustenta que, não obstante constituir-se numa espécie de medida cautelar, possui contornos de antecipação²⁷.

Concordamos que a *liminar* não deixa de se constituir numa medida cautelar diferenciada, como também não deixa de anteci-

25 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*, p. 56.

26 CRETELLA JÚNIOR, José. *Ob. cit.*, p. 228.

27 CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *Ob. cit.*, p. 185.

par alguns dos efeitos da sentença final ao proteger o direito líquido e certo, *in natura*²⁸, ou seja, não objetiva a sua reparação.

Há quem defenda que a expressão *liminar* não contém substância, trata-se apenas de um adjetivo, ou seja, corresponde a alguma coisa que foi feita inicialmente. De acordo com Fredie Souza Didier Júnior, “para nós, liminar não é substantivo — não se trata de um instituto jurídico. Liminar é a qualidade daquilo que foi feito no início (*in limine*). Adjetivo, pois”²⁹.

A *liminar* no *mandado de segurança* objetiva “a reparação *in natura* do direito lesado”³⁰. Comunga da mesma opinião Lúcia Valle Figueiredo³¹. Concordamos que a *liminar* objetiva a garantir o direito líquido e certo. Não se trata de uma satisfação na antecipação do pedido, mas a garantia do direito *in natura*.

Em relação aos atos omissivos³², ou seja, naquelas ocasiões em que a autoridade tem o dever de praticar o ato e não o faz, ou melhor, deixa de agir, a *liminar* perde sua característica de natureza cautelar e de antecipação de alguns dos efeitos da decisão. Nesse caso, se concedida, a *liminar* passa a assumir qualidade de cunho satisfativo, em razão da determinação para a realização do ato, não obstante manter um caráter provisório, ao menos até o momento em que a sentença for proferida.

Por esse motivo, diversos autores recomendam que nas ocasiões em que se busca, por intermédio da *liminar*, a realização do ato omissivo, “dever-se-á agir com maior cautela, vez que a

28 *In natura*. Em estado natural. (=Pagamento *in natura* é o pagamento feito em mercadoria em lugar de dinheiro). Disponível em: <<http://membros.lycos.fr/hkocher/h03.htm>>. Acesso em: 13 set. 2003.

29 Liminar em Mandado de Segurança, natureza jurídica e importância histórica. Disponível em: <<http://www.escobar.locaweb.com.br/ProcCivil/Liminar%20em%20mandado%20de%20seguran%C3%A7a%20natureza%20jur%C3%ADica%20e%20import%C3%A2ncia%20hist%C3%B3rica.doc>>. Acesso em: 16 set. 2003.

30 REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de segurança individual e coletivo*, p. 327.

31 “[...] é o próprio bem da vida pretendido que é antecipado, sem prejuízo de que, a final, venha a ser decidido de forma diferente” (FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de segurança*, p. 106).

32 “[...] é cabível pedido de liminar contra conduta omissiva da autoridade coatora” (LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. Ob. cit., p. 93).

liminar poderá extrapolar o próprio conteúdo do mandado de segurança”³³.

Para a concessão de *medida liminar*, dois são os requisitos a serem cumpridos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Ambos são exigidos em relação às *medidas cautelares* em geral, de acordo com a doutrina³⁴ e a legislação ordinária, mais especificamente o Código de Processo Civil. Dada a semelhança da natureza jurídica entre a *medida liminar* e a *liminar do mandado de segurança*, é comum a referência a ambos em sede mandamental.

A Lei n. 1.533/51, em seu art. 7º, inciso II,³⁵ estabelece dois pressupostos para a concessão da *liminar*: a relevância do motivo ou fundamento invocado pelo impetrante e a irreparabilidade futura do dano ou ineficácia da segurança.

Uma vez impetrado o *writ* e desde que relevante o seu fundamento e estando presente a possibilidade da ineficácia da medida pretendida, caso haja o deferimento do pedido na sentença final, o magistrado, ao despachar a petição inicial, ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, ou seja, surge a possibilidade da *liminar* como etapa procedimental, de pronto, no início do processo, simultânea ao despacho inicial.

A comparação entre os requisitos das *medidas liminares* com os pressupostos específicos da *liminar* pertinente ao man-

33 OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de segurança e controle jurisdicional*: mandado de segurança coletivo, enfoques trabalhistas e jurisprudência, p. 284.

34 “[...] o requisito do *fumus boni iuris*, ou seja, da fumaça do bom direito, relaciona-se com a probabilidade da existência do direito afirmado pelo requerente da medida. [...] o *periculum in mora* (perigo da demora), pode ser definido como o fundado receio de que o direito afirmado pelo requerente, cuja existência é apenas provável, sofra um dano irreparável ou de difícil reparação” (NUNES, Elpídio Donizetti. Ob. cit., p. 445).

35 “Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: I – [...] II — que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”. Disponível em: <<http://www1.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=@docn&s3=%22001533%22&s4=1951&s5=&l=20&u=%20Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 13 set. 2003.

dado de segurança é feita por Lúcia Valle Figueiredo ao expor que “o art. 7º dá dois pressupostos para a liminar: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*”³⁶. Por sua vez, Teresa Arruda Alvim Wambier e Carlos Eduardo Nicoletti Camillo não comungam desse entendimento, ou seja, não admitem semelhança entre os requisitos das *medidas liminares* com os pressupostos necessários à concessão da *liminar* no *mandado de segurança*.

Nas ações cautelares em geral, para a obtenção da *medida liminar*, o *fumus boni iuris* corresponde à *aparência* ou, de acordo com a livre tradução, fumaça do bom direito, enquanto que a *liminar* no remédio heróico se concentra na imediata comprovação do direito *líquido* e *certo*. Para Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, no *writ* “o relevante fundamento revela-se, à evidência, como elemento diferenciador do *fumus*. É mais que uma simples aparência”³⁷, caracteriza-se pela necessidade da comprovação do direito.

Relevante fundamento é aquele que se destaca, que se sobressai, que se restringe ao fato, mas também aponta na direção do próprio direito pretendido. Alguns autores chegam a tangenciar a relevância da própria procedência do pedido.

Pode-se indagar a respeito da subjetividade do requisito da relevância, pois aquilo que pode ser relevante para um magistrado pode não ser para um outro. Essa crítica é formulada por José Cretella Júnior, ao sustentar que se trata “de mero juízo de valor ou juízo axiológico”³⁸. Alguns autores, ao dissentirem de seu entendimento, lembram que o juiz tem por obrigação legal fundamentar sua decisão. Portanto não se trata de ato discricionário, de tal forma que a *liminar* “é ato vinculado e não discricionário do juiz”³⁹.

A eventual *ineficácia da segurança*, decorrente do fato de não ter sido concedida a *liminar* para a suspensão dos efeitos do

36 FERRAZ, Sérgio. (Org.) Ob. cit., p. 29.

37 CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. Ob. cit., p. 181.

38 CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit., p. 231.

39 LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. Ob. cit., p. 94.

ato impugnado, faz com que o requisito do *periculum in mora* deva ser levado em consideração, sobretudo se a sentença for favorável. Na proteção do direito líquido e certo, deve-se levar em consideração que o *writ* não busca a irreparabilidade do dano, evitando-se assim a inutilidade da sentença concessiva daquele direito. Isso demonstra a existência de perigo em se aguardar pela sentença, sobretudo porque o *writ* não objetiva compensação reparatória pecuniária, mas a eficácia do direito *in natura*.

Dentre as diferenças encontradas entre a *medida liminar* nas ações cautelares e a *liminar* no *mandado de segurança*, destaca-se que nos feitos cautelares em geral a *medida liminar* exige a formação de um processo específico e distinto daquele em que se formula o pedido propriamente dito, ou seja, um processo denominado de principal, ao passo que no *mandado de segurança*, a *liminar* e o pedido são formulados no mesmo processo.

Não obstante a existência de algumas diferenças entre a *medida liminar* e a *liminar*, podemos identificar algumas semelhanças, como, por exemplo, a provisoriedade, ou seja, a produção de seus efeitos enquanto não forem revogadas ou suspensas. Ambas também não devem exaurir a pretensão material do pedido, ou seja, não devem produzir satisfatividade.

Concordamos com a definição de *liminar* apresentada por Luiz Alberto Gurgel de Farias porque o autor defende um posicionamento eclético quanto à sua natureza *jurídica*, ao afirmar que se trata “de provimento jurisdicional através do qual se resguarda o resultado útil do processo ou se antecipa os efeitos da sentença, de maneira a evitar a ineficácia da tutela caso deferida apenas no final da contenda”⁴⁰.

Entendemos que não se deve condicionar uma contraprestação para a concessão da *liminar*, em *mandado de segurança*, ainda que esta exigência seja comum para o deferimento das *medidas liminares*. Para Maria de Fátima Vaquero Ramalho Leyser,

40 FARIAS, Luiz Alberto Gurgel de. *A limitação das liminares: violação da lei maior*. Disponível em: <<http://www.leidsonfarias.adv.br/limitac.html>>. Acesso em: 16 set. 2003.

“parece descabida a exigência de depósitos ou qualquer espécie de caução (contracautela) como condição para a concessão de liminares”⁴¹, não obstante admitir que em condições especialíssimas, o próprio impetrante as ofereça, ou ainda naquelas ocasiões em que haja satisfatividade na *liminar*, ao afirmar que “diante de eventual irreversibilidade fática da situação poder-se-ia, quando muito, exigir a prestação de caução”⁴².

Poder-se-ia indagar: o deferimento da *liminar* pelo magistrado pode ou deve ser compreendido como uma mera *faculdade*, ou se constitui num *dever*? E, se acaso o impetrante não a tenha requerido, pode ou deve o magistrado concedê-la de ofício?

Novamente as opiniões dos doutrinadores se dividem. Para Lúcia Valle Figueiredo, sempre e no instante em que “presentes seus pressupostos, tais sejam, relevância do fundamento e perigo da demora e sua inocuidade se concedida a ordem a final, o magistrado só dispõe de uma possibilidade: concedê-la”⁴³. Sérgio Ferraz defende que “a concessão é um direito da parte e, portanto, é um dever do Juiz”⁴⁴.

Há quem sustente que “a liminar também deve ser concedida *ex officio*, quando verificados os pressupostos para a sua concessão”⁴⁵. Edmir Netto de Araújo defende que a concessão ou não se restringe à esfera do prudente arbítrio do juiz que “poderá deferi-la até mesmo se o impetrante não a tiver solicitado”⁴⁶.

Alfredo Buzaid sustenta que a *liminar* não poderá ser deferida sem que o impetrante a tenha expressamente requerido, não podendo concedê-la de ofício o magistrado⁴⁷. No mesmo sentido, Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser entende “que é inviável a

41 LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. Ob. cit., p. 97.

42 LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. Ob. cit., p. 98.

43 FIGUEIREDO, Lucia Valle. Ob. cit., p.116.

44 FERRAZ, Sérgio. (Org.) Ob. cit., p. 29.

45 CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. Ob. cit., p. 180.

46 ARAÚJO, Edmir Netto de. *Mandado de segurança e autoridade coatora*, p. 79.

47 BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, p. 215.

concessão de liminar no mandado de segurança, sem que haja expresso pedido da parte, do impetrante, nesse sentido”⁴⁸.

Em determinadas ocasiões, o legislador limitou a obtenção da liminar em sede mandamental, evitando sua profusão, resguardando, assim, o interesse público⁴⁹, evitando o entrave e o engessamento da atividade normal da administração.

5. Restrições normativas à concessão da *liminar*

Várias são as legislações que, ao longo dos anos e desde quando foi instituído o *mandado de segurança*, surgiram apenas com o propósito de restringir a concessão da *liminar*. Nos idos de 1956, foi a Lei n. 2.770 que vetou a “concessão de *medidas liminares* nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visem à liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira”.

Em 1964, a Lei n. 4.357 chegou a proibir totalmente a concessão de *liminar* em matéria fiscal contra a Fazenda Pública, mas foi logo em seguida modificada, porém, admitindo-a tão-somente pelo prazo de sessenta dias, de acordo com a Lei n. 4.862/65.

A Lei n. 4.348 de 26-6-64 proibiu a concessão de *liminar* em *mandado de segurança* que objetive a reclassificação ou equiparação de servidores, como também a concessão de aumento ou extensão de vantagens, principalmente porque, uma vez obtida a vantagem, haveria o seu implemento imediato, gerando dificuldades de ordem prática, se afinal fosse indeferido o pedido.

Praticamente pelas mesmas razões, a Lei n. 5.021/66 proibiu a concessão de *liminar* para o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias aos agentes públicos de qualquer nível e esfera de Poder.

48 LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. Ob. cit., p. 95.

49 “Historicamente houve, num certo momento, um abuso na concessão das liminares, em prejuízo do interesse público. Tais males, tendo-se tornado estatisticamente muito repetidos, acabaram por gerar remédios piores do que as moléstias” (FERRAZ, Sérgio. (Org.) Ob. cit., p. 14).

Mais recentemente, a Lei n. 8.076, de 28-3-90, também proibiu a concessão de *medidas liminares* contra o Plano Cruzado⁵⁰.

Outras questões que merecem atenção dizem respeito às possibilidades de modificação, revogação, caducidade e cassação da *liminar*. As controvérsias a respeito dessas possibilidades surgem e se estabelecem no instante em que se pretende qualificá-las, ou seja, definir qual a sua natureza jurídica.

Alguns doutrinadores entendem que a liminar é decisão interlocutória, enquanto que para Cretella Júnior, anteriormente mencionado, constitui-se apenas num ato discricionário, despacho de mero expediente, o que de imediato nos induz a refletir quanto à possibilidade ou não da interposição de recurso.

Em relação aos recursos, apenas o de apelação é que se encontra previsto no art. 12, *caput*, da Lei n. 1.533/51. Nem por isso deve-se deixar de aplicar, subsidiariamente, o Código de Processo Civil, não obstante entendimentos contrários.

Com relação à *liminar*, há quem sustente a irrecurribilidade⁵¹ da decisão quando ela tiver sido negada. Caso diverso, ou seja, em tendo sido deferida, cabível será a formulação do pedido de sua *cassação* ao Presidente do Tribunal competente para apreciar o recurso de apelação, satisfeitas as exigências legais.

Não apenas a decisão *liminar*, como qualquer outra decisão interlocutória proferida nos autos do *mandado de segurança*, concordamos, enseja a possibilidade da interposição do recurso de agravo⁵². Assim, ainda que tenha sido negada a *liminar*, como

50 “O Plano Collor veio em março de 1990. Preços e salários foram congelados, nova reforma monetária foi feita e tentou-se mais uma vez desindexar a economia. O plano congelou a dívida interna do governo e bloqueou todas as aplicações financeiras, inclusive depósitos em caderneta de poupança. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/id/SergioDaSilva/planos.html>>. Acesso em: 17 set. 2003.

51 “Negada a liminar, esse despacho é irrecurrível (MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 58).

52 “O agravo de instrumento é o meio mais adequado para a impugnação das decisões interlocutórias em mandado de segurança” (LEYSER, Maria de Fátima Vaquero Ramalho. Ob. cit., p. 130).

também no caso em que houver, nos autos, uma outra decisão judicial e desde que de cunho decisório, como, por exemplo, o despacho que reconhece a cessação da eficácia da *liminar* pelo decurso do prazo de sua validade, pode esta ser combatida mediante a interposição do *recurso de agravo*.

J.J. Calmon de Passos também defende o cabimento do agravo. Nos casos atinentes à competência originária dos Tribunais, como no caso específico do presente estudo, restrito ao Supremo Tribunal Federal, sustentamos que a decisão *liminar* proferida pelo relator do *writ*, individual ou coletivo, poderá ser atacada somente enquanto não tiver sido decidida pelo colegiado, mediante o denominado agravo regimental⁵³.

O Ministro Marco Aurélio, ao proferir o seu voto por ocasião da apreciação da *liminar* nos autos do *Mandado de Segurança* n. 21.969-6/DF, à fl. 113 dos autos, assim se manifestou:

“Uma medida liminar não se circunscreve, em si, ao campo de um mero despacho, tem alcance outro, cuidando-se, na verdade, de uma decisão interlocutória. Já que ao Relator está delegada a atividade – prolação no campo monocrático de uma decisão concedendo ou indeferindo a liminar – há de se admitir o cabimento de recurso, o agravo regimental, para o Colegiado”⁵⁴.

De acordo com o disposto no art. 14 da Lei n. 1.533/51, no caso de competência do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais, o relator se restringe a instruir o processo. A decisão deverá ser de órgão colegiado, de acordo com seu regimento interno.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, invocando inclusive:

“[...] o princípio da reserva do Plenário para demonstrar que das decisões do Relator cabe sempre agravo regimental, até por-

53 “Também é decisão agravável (regimentalmente) porque antes de ser examinada pelo colegiado ainda não é ela decisão do órgão competente para o feito” (PAS-SOS, José Joaquim Calmon de. Ob. cit., p. 67).

54 Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=MS-MC&processo=21969&origem=IT&cod_classe=382>. Acesso em: 6 out. 2003.

que [...]. Entendo, portanto, que o ato que denega ou concede a liminar, seja no mandado de segurança individual, ou coletivo, na primeira instância ou quando da competência originária do Tribunal, é atacável mediante agravo de instrumento, ou agravo regimental, conforme o caso”⁵⁵.

Há os que sustentam não ser cabível o agravo regimental, em se tratando de competência originária, nos casos em que houve a denegação da liminar⁵⁶.

O presente estudo tem demonstrado que o rigor do positivismo jurídico⁵⁷ vem sendo, paulatinamente, abrandado pelas atuais necessidades da sociedade de massa. Essa mudança já se percebe tanto na doutrina como também nas decisões pretorianas, que têm privilegiado o interesse coletivo em detrimento das regras postas, o que se pode aquilatar, ainda que não seja do objetivo deste trabalho:

“À vista da excepcionalidade do caso, o Tribunal [...] conheceu de mandado de segurança impetrado pela União contra ato jurisdicional do Min. Marco Aurélio, Presidente, que, nos autos da SS 1.962-RJ, indeferira o pedido de suspensão de segurança por não visualizar, na espécie, grave lesão à economia e à ordem públicas porquanto a segurança concedida à distribuidora de petróleo para recolher o PIS/PASEP e a COFINS nos moldes das Leis complementares 7/70 e 70/91 [...] que não conhecia do mandado de segurança tendo em vista a jurisprudência no sentido de ser incabível mandado de segurança contra decisão de caráter jurisdicional de qualquer dos órgãos do STF, seja Turma, Plenário, Relator ou Presidente. Em seguida, o Tribunal, por unanimidade, ante as circunstâncias excepcionálíssimas do caso concreto, ou seja, a grave lesão à economia pública, tendo em vista que

55 GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. *As ações coletivas e as liminares contra atos do poder público. Panorama*. Disponível em: <<http://planeta.terra.com.br/educacao/teia/livro.htm#ftn>>. Acesso em: 5 out. 2003.

56 LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. Ob. cit., p. 131.

57 “Escola que reduz o Direito à sua função técnica, distinguindo-o rigorosamente da Metafísica, com o que se opõe frontalmente ao *Jusnaturalismo*” (MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*, p. 78).

a União dificilmente poderia reparar-se das perdas decorrentes do desmonte do sistema de arrecadação, concedeu a medida liminar para deferir o pedido [...] até o trânsito em julgado da decisão final de mérito que se proferir na citada causa⁵⁸.

Pertinente à possibilidade da modificação da *liminar* durante o transcorrer do processo até que seja prolatada a sentença, é possível que o órgão jurisdicional altere o seu convencimento, como, por exemplo, em face do surgimento de fato novo ou, ainda, no caso em que os pré-requisitos tenham desaparecido. Entendemos viável a sua modificação, inclusive para a sua concessão no caso em que tenha sido negada, uma vez comprovados os pré-requisitos.

Para Maria Fátima Vaquero Leyser:

“[...] o juiz pode adequar a concessão da liminar ao direito provável do impetrante ao seu convencimento, podendo conceder liminar negada ou modificar liminar concedida, em consonância com o poder oficioso do juiz, não havendo necessidade da ocorrência de contraditório”⁵⁹.

Em relação à revogação da *liminar*, esta pode ocorrer durante o processamento do *writ* ou por ocasião da sentença final. As razões e os motivos para a sua revogação concentram-se igualmente na possibilidade da ocorrência de um fato novo que venha a tornar insubsistente o fundamento de validade anteriormente reconhecido.

Outra possibilidade de revogação da *liminar* pode ocorrer logo após a apresentação das informações, desde que o magistrado se convença da impossibilidade de sua manutenção, como, por exemplo, no caso de ter sido induzido em erro ou mesmo porque reconheceu seu equívoco.

58 Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaBRS.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=MS&PROCESSO=24159&TIP_JULGAMENTO=QO&RECURSO=0&CAPITULO=2&NUMMATERIA=19&MATERIA=3&BRS=&TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%20147%20-%2002/08/2002%20-%20Ata%20Nr.%2019%20-%20RELAÇÃO%20DE%20PROCESSOS

](http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaBRS.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=MS&PROCESSO=24159&TIP_JULGAMENTO=QO&RECURSO=0&CAPITULO=2&NUMMATERIA=19&MATERIA=3&BRS=&TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%20147%20-%2002/08/2002%20-%20Ata%20Nr.%2019%20-%20RELAÇÃO%20DE%20PROCESSOS

Acesso em: 5 out. 2003.)> Acesso em: 5 out. 2003.

59 LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. Ob. cit., p. 99.

Há divergência em relação à revogação da *liminar* em decorrência da sentença denegatória da segurança. Alguns consideram esse termo inadequado e optam pela utilização do termo cassação.

A *liminar* não será revogada enquanto não advierem os efeitos da coisa julgada, ou então, “a liminar concedida não se revoga com a prolação da sentença subsistindo até o trânsito em julgado da decisão final”⁶⁰. A prolação da sentença denegatória da segurança pretendida não revoga a liminar anteriormente concedida sem que assim expressamente o declare; em caso diverso, seus efeitos perduram até o trânsito em julgado da decisão.

Julgada improcedente a ação mandamental, há quem sustente que a *liminar*, caso deferida, estará automaticamente revogada, isso porque, com a decisão do mérito, os pressupostos que permitiram sua concessão já se encontram inarredavelmente prejudicados, não se cogitando mais na possibilidade do relevante fundamento, como também do *periculum in mora*, pois que, além da decisão de mérito reconhecer que o impetrante não tinha razão, não há falar na subsistência da ineficácia da medida, se deferida⁶¹.

Relativo à perempção ou caducidade dos efeitos da *liminar* concedida, a Lei n. 4.368/64, em seu art. 2º, dispõe que será decretada naqueles casos em que “o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo, deixar de promover, por mais de 3 (três) dias os atos diligenciais que lhe cumprirem, ou abandonar a causa por mais de 20 (vinte) dias”⁶². Nesses casos, antes de extinguir o processo, o magistrado deverá ouvir o impetrante, assegurando, assim, o princípio do contraditório.

60 LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. Ob. cit., p. 101.

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 405. Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SUMU&n=&s1=405&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFT&Sect3=PLURON&Sect6=SUMUN&p=1&r=1&f=G&l=20>> . Acesso em: 17 set. 2003.

62 Disponível em: <<http://www.t.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=@docn&s3=%22004348%22&s4=1964&s5=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 17 set. 2003.

Ainda a respeito da cessação dos efeitos da eficácia da *liminar*, devemos considerar sua subsistência em face de determinado decurso de tempo, desde a data de sua concessão, como no caso do art. 1º, letra *b*, da Lei n. 4.348/64, fixando-o em *noventa dias*, prorrogável por mais trinta no caso de haver o acúmulo de serviço, e, ainda, o prazo de sessenta dias no caso de o *mandado de segurança* ter sido impetrado contra a Fazenda Nacional, de acordo com o art. 51 da Lei n. 4.862/65.

Não obstante os dispositivos legais especificarem, pura e simplesmente, uma espécie de prazo de *validade à liminar*, concordamos com o entendimento de Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, ao afirmar:

“[...] qualquer dispositivo infraconstitucional que restrinja a eficácia e a potencialidade do Mandado de Segurança, seja especificamente quanto à sua durabilidade e também alcance, será tido por inconstitucional⁶³”.

Também será possível a suspensão da *liminar*, de acordo com o art. 4º da Lei n. 4.348/64, ao prescrever sua solicitação por “pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, ao Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso”.

A execução da sentença poderá ser suspensa se for verificada a condição prevista no art. 13 da Lei n. 1.533/51, ou seja, tem cabimento apenas naquela ocasião em que a subsistência da *liminar* prejudicar, sobremaneira, o interesse público.

Para Betina Rizzato Lara, a ordem do Presidente do Tribunal, ao deferir o pedido de suspensão dos efeitos da *liminar* ou da execução da sentença, “representa sempre uma preponderação do direito coletivo em relação ao particular”⁶⁴.

Alguns autores discutem a constitucionalidade do pedido de suspensão da medida por não atender aos princípios do devi-

63 CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. Ob. cit., p. 188.

64 LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*, p. 143.

do processo legal ao suprimir o contraditório, como também por induzir a uma revisão antecipada pelo Presidente do Tribunal, que poderá vir a apreciar o recurso.

Na verdade não se trata de recurso propriamente dito, mas apenas de um pedido formulado diretamente ao Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do recurso, sustentado apenas na alegação do grave risco de lesão ao interesse público, não lhe sendo lícito apreciar o *mérito*, quer seja da *liminar*, quer da sentença proferida.

Por sua vez, desse seu despacho, concessivo ou não da suspensão dos efeitos da *liminar* ou da *execução da sentença*, poderá ser interposto recurso de agravo, sem efeito suspensivo, ou ainda, a formulação de um novo pedido de suspensão da *liminar*, no caso do indeferimento do pedido, porém, nesse caso, este terá de ser endereçado ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

Essas particularidades estão sendo aqui colacionadas apenas como informações adicionais, uma vez que, no presente estudo, não há cogitar de sua ocorrência, em se tratando de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

A *liminar* poderá ainda ser suspensa, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, endereçado ao Presidente do Tribunal competente para apreciar o recurso, sob a alegação de “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”⁶⁵, ou seja, quando houver ameaça à ordem pública que possa comprometer a manutenção das próprias instituições como o Estado de Direito, a segurança e a saúde individual e coletiva dos seus cidadãos, que possam vir a comprometer um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Quanto ao *writ coletivo*, Betina Rizzato Lara assevera que “a liminar, neste tipo de mandado, ganha uma maior dimensão na

65 Art. 4º da Lei n. 4.348/64. Disponível em: <<http://wwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.Exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=@docn&s3=%22004348%22&s4=1964&s5=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 6 nov. 2003.

medida em que, ao evitar a ineficácia da prestação jurisdicional obtida através da sentença, estará evitando, ao mesmo tempo, a lesão ao direito de vários indivíduos”⁶⁶, o que é bastante benéfico para a sociedade de massa.

No *mandado de segurança coletivo*, de acordo com o entendimento de J.J. Calmon de Passos, não existe razão alguma para que a *liminar* não seja concedida, não obstante reconhecer que “no *writ* coletivo o interesse avulta, dada a abrangência da liminar que venha a ser concedida, que pode ter uma força paralisante indesejável da atuação da pessoa jurídica de direito público”⁶⁷, e por essa razão recomenda que os magistrados devam dispensar maior rigor por ocasião da sua concessão.

Outro autor que demonstra preocupação quanto ao enorme alcance que a *liminar* em sede de *mandado de segurança coletivo* pode representar, é Hermes Zanetti Júnior, ao exemplificar, hipoteticamente, um caso em que fosse concedida em favor de um sindicato:

“Imagine-se um mandado impetrado pelo Sindicato dos Bares e Restaurantes do Estado de São Paulo contra decreto do Prefeito Municipal da Cidade de São Paulo que vedava o fumo em bares e restaurantes. O ato normativo tem efeitos práticos concretos evidentes, cabendo a tutela pela ação de mandado de segurança. Sendo admissível a ação, a liminar que suspendesse a aplicação daquele ato seria equivalente a excluí-lo do ordenamento jurídico, de forma idêntica a uma liminar em ação direta de inconstitucionalidade”⁶⁸.

Em decorrência das enormes possibilidades que podem surgir com a concessão da *liminar*, em se tratando de ação coletiva, mais especificamente em relação ao *mandado de segurança coletivo* e da *ação civil pública*, fato esse que tem gerado inúmeras preocupações entre os doutrinadores⁶⁹, não obstante o rol

66 LARA, Betina Rizzato. Ob. cit., p. 155.

67 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Ob. cit., p. 44.

68 ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Ob. cit., p. 151-152.

69 “Se é certo que a liminar não deve ser prodigalizada pelo Judiciário, para não entravar a atividade normal da Administração [...]” (MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 56).

dos legitimados passivos no presente estudo não alcançar uma *única pessoa jurídica de direito público*⁷⁰, constata-se essa preocupação na Lei n. 8.437, de 30-6-92, ao condicionar a concessão da *liminar* “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”⁷¹.

Poder-se-ia perquirir, ainda em relação à *liminar*, a respeito de eventual responsabilidade civil que possa surgir em decorrência de sua denegação, concessão ou mesmo da sua revogação, quando indevidas.

A regra geral sustenta que a responsabilidade será da pessoa que a tenha provocado e, mais especificamente, no caso de ter agido de má-fé, responderá por perdas e danos⁷². Para Sérgio Ferraz⁷³, é cabível a indenização não apenas contra aquele que a tenha requerido, como também contra aquele que a concedeu, comprovado o abuso, à exceção do caso em que a *liminar* tenha sido concedida licitamente.

Uma significativa característica da *liminar* no *mandado de segurança*, considerada a sua singularidade, por si só é coerente e guarda estreita relação com o próprio objetivo do *writ*, ou seja, é a resposta pronta e eficaz que os jurisdicionados esperam do Poder Judiciário. As novas exigências, provenientes da sociedade de massa, não suportam mais a morosidade jurisdicional im-

70 “As pessoas jurídicas de direito público são classificadas, pela lei, em internas e externas (CC, art. 40). São de direito público interno a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios, as autarquias” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*, p. 236).

71 Parte final do art. 2º da Lei n. 8.437, de 30-6-92. Disponível em: <<http://www1.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=@docn&s3=%22008437%22&s4=1%22&s5=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 17 set. 2003.

72 Art. 16 do Código de Processo Civil. “Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente”. Disponível em: <<http://www1.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=@docn&s3=%22005869%22&s4=1%22&s5=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 24 set. 2003.

73 FERRAZ, Sérgio. (Org.) Ob. cit., p. 19.

posta pelos vetustos procedimentos até então disponibilizados pelo ordenamento jurídico.

Não apenas os magistrados, mas a sociedade em geral, reclamam e anseiam por instrumentos processuais mais ágeis, a exemplo do que já ocorre com o *mandado de segurança*, principalmente em relação aos visíveis efeitos provenientes da *liminar*. O desejo de que as suas características, principalmente na pronta e eficaz atuação do Poder Judiciário, sejam estendidas e alcançadas pelos demais processos, o que, convenhamos, é salutar.

Referências das fontes citadas

- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Mandado de segurança e autoridade coatora*. São Paulo: LTr, 2000. 176 p.
- BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 302 p.
- BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. 285 p.
- CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *Mandado de segurança: cabimento, pressupostos e procedimento da impetração preventiva*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 2001. 288 p.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. 1 v. 388 p.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei do mandado de segurança: de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. 450 p.
- _____. *Do mandado de segurança coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. 86 p.
- FARIAS, Luiz Alberto Gurgel de. *A limitação das liminares: violação da lei maior*. Disponível em: <<http://www.leidsonfarias.adv.br/limitac.html>>. Acesso em: 16 set. 2003.
- FERRAZ, Sérgio. (org.) *Cinqüenta anos de mandado de segurança*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986. 95 p.
- _____. *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 1992. 160 p.

- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de segurança*. Malheiros Editores: São Paulo, 1996. 122 p.
- GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. *As ações coletivas e as liminares contra atos do poder público*. Salvador: Panorama Gráfica e Editora, 1993. Disponível em: <<http://planeta.terra.com.br/educacao/teia/livro.htm#ftn>>. Acesso em: 5 out. 2003.
- LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. 246 p.
- LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. *Mandado de segurança individual e coletivo*. São Paulo: WVC Editora, 2002. 188 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1992. 213 p.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. Florianópolis: OAB/SC, 2000. 101 p.
- NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 576 p.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de segurança e controle jurisdicional: mandado de segurança coletivo, enfoques trabalhistas e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: TR, 1996. 472 p.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. 164 p.
- REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de segurança individual e coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2002. 656 p.
- ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001. 200 p.

O DIREITO E OS DIREITOS HUMANOS

Elton Vitor Zuquelo¹

Resumo: O presente trabalho é uma reflexão acerca da atuação dos profissionais do direito no exercício da advocacia ou de funções institucionais do Estado em relação aos direitos humanos. Trata-se de uma abordagem empírica, a partir da análise da atuação do aparelho judiciário, nele compreendidos, ainda, o Ministério Público, a advocacia e a Polícia Judiciária, resultando a constatação de violações e de falta de promoção, bem assim de asseguuração dos direitos humanos, em diversos momentos da atividade judiciária. Essa realidade está vinculada à formação acadêmica, que requer aprimoramentos tendentes à sua humanização.

Palavras-chave: direito; universidade; direitos humanos; ensino jurídico; justiça.

Abstract: *The presente work is a reflection concerning the performance of the professionals of the right in the institutional function or practice of law of the State, in relation to the human rights. One is about an empirical boarding, from the analysis of the performance of the judiciary device, in it understood still the*

¹ Aluno do Curso de pós-graduação em Direito Público e Novos Direitos, oferecido pela Unoesc-Joaçaba/SC e Juiz de Direito em SC.

Public prosecution service, the law and the judiciary Policy, well thus of fastening of the human rights, at diverse moments of the judiciary activity. This reality is tied with the academic formation, that requires tending improvements to its humanization.

Sumário: 1. Introdução – 2. Direitos Humanos – Evolução Histórica – 3. Direitos Humanos e a Escola – 4. O Ensino Jurídico e os Direitos Humanos – 5. Conclusão.

1. Introdução

Tendo em vista a grande propagação de cursos de Direito no Brasil nos últimos anos, o nível de formação dos bacharéis dessa área vem sendo questionado em razão do despreparo de grande parte desses que se ressentem para o exercício de funções ligadas ao direito.

A questão reveste-se de importância na medida em que são esses profissionais, de graduação jurídica, que ocupam funções institucionais do Estado, como membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Polícia Judiciária, além de, não raro, exercerem a chefia do Poder Executivo, em todos os níveis da Administração, ou investirem-se de mandato eletivo parlamentar, igualmente em todos os níveis. Da mesma forma, o exercício da advocacia constitui função institucional da administração da Justiça, nos termos da Constituição Federal.

O enfoque deste trabalho é a possível violação dos direitos humanos pelos profissionais do Direito, como titulares de funções públicas, especialmente aqueles ligados direta ou indiretamente à distribuição da Justiça.

O paradigma utilizado é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela ONU, em 10 de dezembro de 1948, sendo o Brasil seu subscritor. Com o advento da Emenda Constitucional n. 45, que insere o parágrafo 3º ao art. 5º da Constituição Federal², os tratados internacionais sobre direitos humanos recebem *status* constitucional, como emendas constitucionais.

2 § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

2. Direitos humanos – evolução histórica

Em análise do ensino jurídico no Brasil, e considerando que o Direito mantém estreita relação com os direitos humanos, algumas observações mostram-se pertinentes, relativamente à salvaguarda desses direitos pelos profissionais do mundo jurídico, com ênfase para as autoridades policiais e judiciárias.

Inicialmente, mister o cotejo histórico, a partir do século XVIII, quando se operaram as maiores transformações socioeconômicas, políticas e jurídicas, especialmente na Europa, com repercussões em todos os continentes quanto aos modelos de Estado e às relações sociais.

Com efeito, a Revolução Francesa de 1789, em que a burguesia rebelou-se contra a monarquia de então, clamando pela retirada do Estado que exercia até ali grande controle da vida privada das pessoas, foi um marco de relevo para a construção da doutrina dos direitos humanos, a partir da tríade liberdade, igualdade e fraternidade, rendendo ensejo à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, daquele mesmo ano de 1789. Posteriormente, a tríade, que haveria de transformar-se no fundamento universal dos direitos humanos, foi prevista pela Constituição francesa de 1848.

Em vista daquele contexto histórico, em que a insurreição vitoriosa era composta pela classe burguesa, detentora de poder econômico, o foco da nova ordem foi voltado para os direitos individuais contra o Estado, devendo este minimizar sua intervenção no domínio econômico e respeitar as liberdades individuais, bem como a igualdade de todos perante a lei, situação que atendia aos interesses daqueles que detinham o poder econômico e também o político.

Foi o advento do modelo político e econômico liberal, de intervenção estatal mínima, com ênfase para o direito de propriedade e para a liberdade do indivíduo, reconhecida a igualdade apenas formal dos membros da sociedade, sem cogitar de suas grandes desigualdades sociais, políticas e econômicas. O mercado regia-se pelas suas próprias regras.

Conquanto as vicissitudes desse modelo de exclusão social, há que se reconhecer sua importância para a conquista da liberdade individual contra o Estado, malgrado o surgimento posterior de Estados totalitários. O gérmen iluminista da liberdade, contudo, estava fadado à produção de bons frutos na seara dos direitos humanos.

Após a primeira Grande Guerra (1914-1918), os ideais da Revolução Francesa foram esquecidos, renascendo Estados despóticos dos regimes comunista, fascista e nazista, período sombrio para os direitos humanos, extremamente violados que foram, sob fundamentos injustificados, como a eugenia do nazismo que promoveu o holocausto dos judeus, de triste memória.

Os desmandos autoritários desses regimes antidemocráticos culminaram com a eclosão da segunda Grande Guerra (1939-1945), confronto que deu a ver ao mundo a bomba atômica, espalhando o pânico em todos os quadrantes do planeta.

No pós-guerra imediato, em meio a aflição e receio de novos dissídios internacionais, com utilização de armas atômicas, a ONU reuniu-se para proclamar a célebre Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, como um instrumento para prevenção de atrocidades semelhantes às ocorridas durante os regimes totalitários da Europa e leste europeu, e dos horrores da guerra finda, tendo por objetivo a paz no mundo e o respeito à dignidade humana.

Esse Catálogo, ainda vigente, resgatou os fundamentos revolucionários de 1789, aprimorando-os, especialmente em relação à igualdade, agora vista como substancial e não apenas formal.

A Declaração não impediu que os direitos humanos fossem profanados, posto que guerras, genocídios, escravidão, desrespeitos vários se verificam até os dias atuais. Todavia, é fora de dúvida que a Carta de Direitos orientou a edificação de novas sociedades e a elaboração de constituições voltadas para a defesa dos direitos humanos.

Nas últimas décadas do século transato (séc. XX), verificou-se o fenômeno internacional da globalização da economia,

como produto da política neoliberal, que introduziu, mais do que nunca, a idéia de competitividade, de individualismo. As consequências desse modelo são a concentração de renda, a exclusão social, o desemprego, etc.

Tais anomalias sociais são violadoras dos direitos humanos, uma vez que a dignidade humana é relegada por imposição do poder econômico, este que olvida as carências materiais e educacionais que impõem vida subumana a parte da população, tida por excluída porque alheada dos favores econômicos e dos direitos inerentes à condição humana.

3. Direitos humanos e a escola

É nesse contexto que vamos encontrar a Universidade, em constante aprimoramento científico, mas que estimula seus pupilos à competitividade, em sincronia com o individualismo liberal e neoliberal que privilegia o mais forte e massacra o hipossuficiente.

Não se pode deslembrar, neste foro ético e científico que é a escola, dos direitos humanos de terceira geração, fundados na solidariedade humana, não só em atendimento aos valores coletivos, como o meio ambiente, o patrimônio cultural, histórico e genético, bem assim quanto ao patrimônio jurídico mínimo do ser humano, a sua dignidade como pessoa.

A solidariedade orienta os direitos humanos, atribuindo a todos a responsabilidade pela miséria e pela ausência de cidadania, carências conseqüências da falta/deficiência da educação, que mantém o indivíduo aquém do nível social de cidadão.

Especialmente quanto à cidadania das classes desfavorecidas é que o estudante precisa receber o preparo da Universidade para que possa adquirir, não só para si, de caráter egoístico, a titularidade dos direitos e obrigações da vida de relação e perante o Estado, mas que se constitua em agente de defesa dos direitos humanos daqueles que não têm a mesma oportunidade de receber as diretrizes da educação formal.

Torna-se um dever, vinculado aos direitos humanos fundados na solidariedade, do acadêmico e do posterior profissional

graduado, promover a cidadania dos seus pares excluídos da sociedade, assegurando-lhes a defesa gratuita e responsável dos seus direitos humanos, sempre que vulnerados ou ameaçados pelo poder econômico ou pela ignorância de governantes e demais autoridades constituídas³.

Todas as áreas do conhecimento devem ser contempladas com o estudo dos direitos humanos, cumprindo, assim, à escola, em todos os níveis, seu sagrado mister de outorgar àqueles que recebem o seu salutar bafejo a cidadania plena, conscientes da sua responsabilidade social na defesa dos indivíduos, classes ou grupos sociais, desprovidos de cidadania, vítimas de atentados contra seus direitos humanos⁴.

4. O ensino jurídico e os direitos humanos

Na graduação jurídica, especificamente, é que a situação se apresenta mais grave.

Uma vez deficiente o ensino nessa seara de direitos humanos, chega-se ao bacharelado ainda com séria alienação, tendo em vista os pálidos enfoques à matéria, aliados à formação indi-

3 Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Preâmbulo: *A Assembléia Geral das Nações Unidas proclama a presente "Declaração Universal dos Direitos do Homem" como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.*

4 Artigo 26 — Declaração Universal dos Direitos Humanos:

I) Todo homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

II) A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

vidualista preconizada pelo regime neoliberal, influência da qual a Universidade não está conseguindo forrar-se, já que continua formando para atender ao capitalismo avassalador.

Deveras preocupante é a atuação desses profissionais do Direito, lançados a campo sem o preparo científico e ético para a solidariedade social, vindo a tornar-se, não raras vezes, violadores de direitos humanos ou vacilantes na sua defesa e garantia, mesmo que de inteira boa-fé, porque inscientes desses postulados éticos universais.

A passagem pela academia não lhes retirou a venda de uma cultura competitiva, dominadora e excludente, que cristalizou a estratificação social e a predominância de classes sobre outras, por isso que pouco podem contribuir para a alteração desse estado de coisas.

Assim é que ocorrem graves atentados aos direitos humanos em Delegacias de Polícia, sob custódia da autoridade policial, pessoa com formação jurídica e responsável pela polícia judiciária, na formação de Inquéritos Policiais violadores de direitos, por vezes até tenebrosos, a relembrar os rituais do santo ofício⁵.

Advogados, indispensáveis à administração da justiça, quando solicitados para defesa de desvalidos, mostram-se alheados de sua responsabilidade social na salvaguarda dos direitos humanos, fazendo-se indiferentes.

Mais além, membros do Ministério Público arvoram-se em acusadores implacáveis, tendo em mira apenas a condenação, menos preocupados com a justiça e com a dignidade humana. O encarceramento representa vitória pessoal e da sociedade (dominadora) que defendem.

Por fim, a toga, no mesmo patamar de preparo para as altas responsabilidades institucionais, que para os párias da sociedade não se faz necessária maior parcimônia na lavratura de decre-

5 A violência e a tortura praticadas por policiais vêm sendo constantemente denunciadas pela anistia internacional e por outros organismos de defesa dos direitos humanos.

tos condenatórios, mesmo diante de um processo penal não garantista; também podem, naturalmente, esses desgraçados permanecer esquecidos nas masmorras frias, para quem a presunção de inocência se constitui em presunção de culpa⁶.

Por igual, atenta-se contra os direitos humanos ao obstar ou dificultar o acesso à justiça, tornando-a elitizada, porque cara e voltada aos interesses dos mais abastados, também nos moldes neoliberais, que preconiza o seu enfraquecimento para mais facilitada predominância do poder econômico⁷.

5. Conclusão

Urge, portanto, aprimorar o ensino em matéria de direitos humanos, como matéria universal, uma vez que ninguém que tenha passado pela escola, em especial por curso superior, está desobrigado desse conhecimento e da sua defesa incondicional a seu favor, bem como a favor das pessoas hipossuficientes.

Quanto ao ensino jurídico, maior há de ser a ênfase aos direitos humanos, em razão da sua mais estreita ligação com a atuação do profissional do direito, a quem cabe, em última instância, a promoção e a garantia desses direitos, que devem nortear a hermenêutica jurídica a fim de prevenir-se a institucionalização da preterição dos direitos da humanidade.

Por essas razões é que desponta de extrema gravidade o deficiente preparo para o exercício da cidadania solidária e da garantia dos direitos humanos de integrantes das polícias, das forças armadas, dos advogados, dos membros do Ministério Público e também do Poder Judiciário, ante a possibilidade, sempre

6 Artigo 11 — Declaração Universal dos Direitos Humanos

I) Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.

7 Artigo 10 — Declaração Universal dos Direitos Humanos

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

presente, de omissão ou comissão contrária aos direitos da humanidade.

Torna-se necessário que a Universidade, em todas as áreas do conhecimento, enfoque a humanização da ciência e o catálogo (mínimo) dos direitos humanos, objetivando a formação de profissionais solidários e socialmente comprometidos. Quanto ao ensino jurídico, a matéria deve ser trabalhada com consciência de sua relevância para os futuros bacharéis, lidadores diretos com esses bens, irrenunciáveis e indisponíveis de toda a pessoa humana, estando aptos a garanti-los e a defendê-los no exercício profissional, bem assim na condição de membros da sociedade.

Bem de ver que as graves situações referidas, de profanação dos direitos humanos, não perfazem a generalidade da atuação das instituições e dos Poderes constituídos, apenas que elas ocorrem, com maior ou menor frequência e gravidade. Precisam ser lembradas e denunciadas para a efetiva construção de um Estado Democrático de Direito⁸ e de uma sociedade livre, justa e solidária⁹.

6. Referências bibliográficas

Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Organização das Nações Unidas, 1948.

8 Art. 1º CF/88: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...]

9 “Art. 3º, I, CF/88: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I — construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]

A NORMA JURÍDICA NA VISÃO DE HANS KELSEN

Jaime Luiz Vicari *

I. Contextualização

Hans Kelsen nasceu em Praga, hoje capital da República Tcheca, à época parte integrante do Império Austro-Húngaro, em 11 de outubro de 1881.

Atendendo à orientação paterna, ingressou na Faculdade de Direito de Viena em 1900 e concluiu o curso em 1906.

Mais tarde, como bolsista, estudou na Universidade de Heidelberg, na Alemanha, orientado por Georg Jellineck.

Kelsen era judeu, e como outro compatriota notável, Franz Kafka, viveu o dilema de ser israelita, falando e escrevendo em alemão e tendo por berço uma cidade majoritariamente eslava, numa verdadeira *fragmentação cultural* que, por vezes, aflora em sua obra.

Quando jovem, pretendia ser matemático e somente às instâncias de seu pai, como referido, é que ingressou no estudo do

* Juiz de Direito de Segundo Grau no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Mestre em Direito, Sócio efetivo do IBDP e professor de Direito Processual Civil em diversas instituições.

Direito. Essa predileção por números talvez explique o sistema kelseniano, *erigido de forma praticamente binária, ser e dever-ser*, com o Direito contido na norma.

Dando início ao que seria uma alentada produção bibliográfica, aos 24 anos publicou monografia histórica que se tornaria muito divulgada, a qual nominou *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, obtendo com ela o doutorado em 1906. Passou, depois, a residir em Heidelberg, cuja Universidade frequentou, e em Berlim, onde aprofundou seus estudos jurídicos e filosóficos.

Para ser aceito como professor na Universidade de Viena, tornou-se cristão, enfrentando, entre outras dificuldades, a hostilidade explícita de Carl Schmitt, início de uma relação tempestuosa, com desdobramentos no campo pessoal e no político.

Em 1918, aos 37 anos de idade, Kelsen já era considerado um notável jurista, tanto que, esfacelado o império dos Habsburgos após a I Guerra Mundial, reduzida a Áustria a pequeno estado mediterrâneo, com apenas 1/10 da superfície original, recebeu a incumbência de elaborar o projeto de Constituição, ainda hoje vigente. Mais tarde foi juiz da Corte Constitucional daquele país, de 1921 a 1930. Nessa época criou a chamada *Escola de Viena*, reunindo junto de si discípulos da envergadura intelectual de Lacambra, Recaséns Siches, Adolf Mekerl, Felix Kauffmann, dentre outros.

Com atuação política, estabeleceu vínculos próximos com a social-democracia, enquanto Carl Schmitt seguia caminho oposto, inclinando-se para o nazismo.

Consumada a *Anschluss* ou anexação da Áustria pelo III *Reich* e em razão de sua origem judaica, Hans Kelsen viu-se forçado a emigrar para os Estados Unidos, onde, em 1941, ingressou na Universidade de Harvard, a convite do Presidente Franklin Delano Roosevelt, passando dois anos após para Bekerley, na Califórnia, onde permaneceu até sua morte, em 1973.

Kelsen é considerado um dos maiores juristas do século XX; sua obra é gigantesca e de um rigor científico extraordinário, em que pese sujeita a críticas, o que é natural em toda a atividade humana.

Feita essa pequena digressão como uma homenagem ao jurista, cabe abordar o tema da norma jurídica sob a visão kelseniana.

No plano deste ensaio, contemplam-se quatro estágios – conceito, funções, validade e expressão, encimados por um fecho acerca do dever jurídico e sanção. A essa estrutura da matéria, juntou-se com um acréscimo final, que ali será justificado.

II. Conceito

Os que acusam Kelsen de pensador complexo, de frases herméticas, por certo não leram a primeira página da Teoria Geral das Normas (Porto Alegre, Sérgio Fabris Editora, 1986). Ali, didaticamente, como um bondoso professor, o mestre explica que a palavra “norma” *procede do latim: norma, e na língua alemã tomou o caráter de uma palavra estrangeira – se bem que não em caráter exclusivo, todavia primacial. Com o termo se designa um mandamento, uma prescrição, uma ordem. Mandamento não é, todavia, a única função de uma norma. Também conferir poderes, permitir, derogar são funções da norma* (Teoria, página 1).

A noção de norma, para Kelsen, tem como premissa a necessária distinção entre o ser e o dever-ser, buscada nos neokantianos da Escola de Stuttgart.

Sob sua ótica a lei atua como esquema de interpretação. Ela é elaborada por meio de um ato jurídico que, igualmente, adquire significado por outra norma.

Dizia o mestre que a consciência humana vê as coisas como são ou como deveriam ser e, santa simplicidade, dá uma mesa como exemplo: a mesa é redonda ou a mesa deve ser redonda. Normas devem ser entendidas como prescrição, como *dever-ser*. O sentido que elas dão é prescritivo, de conduta.

O Direito torna-se, assim, o reflexo do fato natural, como tal entendido o fato consciente, dos homens que criam, seguem ou violam normas jurídicas.

Mais uma vez, e com extrema simplicidade, Kelsen demonstra que dizer *fulano levantou o braço* é descrição e dizer *fulano*

deve levantar o braço para aprovar, para votar favoravelmente, é prescrição.

Sem dúvida a norma é ato de vontade, mas como no fenômeno *mens legis mens legislatoris*, uma não se confunde com a outra. As normas valem a despeito até da vontade em contrário eventualmente manifestada, mais tarde, pelo seu criador.

A existência da norma é que lhe dá a validade, e, para que a norma valha, a vontade do autor é uma das condições, mas não a razão essencial.

Ao se considerar o Direito como norma e a Ciência Jurídica como estudo dirigido ao conhecimento das normas, dá-se a aquele contornos nítidos, delimitando-o diante da natureza. A Ciência Jurídica passa a dedicar-se apenas ao estudo das normas, inconfundível, portanto, com os outros ramos das ciências que procuram explicar os fenômenos naturais, de acordo com a lei da causalidade.

Dessa forma é que Hans Kelsen torna a ciência jurídica uma ciência pura de normas e as investiga de *per se*. Na tarefa de reduzir o fenômeno do direito à sua expressão mais pura, o mestre acaba por ver na norma a concentração de todo o direito. Apenas como um contraponto, é de ser lembrada a visão de Miguel Reale, para quem o direito é, além da norma, fato e valor.

A norma não vale por ser justa, mas porque encadeada numa série sucessiva até chegar a *Grundnorm* ou *Grundgesetz*, à norma fundamental, da qual recebe a legitimidade.

A questão da *Grundnorm* sempre provocou muita discussão, seja nos tribunais, seja na academia. Para Kelsen, a norma fundamental é a base de toda a ordem jurídica. A lei ordinária só terá validade e mais, só será jurídica e legítima se estabelecida em conformidade com as determinações da norma fundamental.

Aqui novamente o mestre de Viena assume sua condição de professor. Ensina que a distinção entre o comando de um assaltante que exige dinheiro e o comando de um fiscal do erário que cobra tributos reside na norma. O fiscal não é assaltante porque tem competência legal para exigir.

Para Kelsen, todo o universo normativo vale, mas da norma não se pode exigir justiça. Guardando coerência, afirma que mesmo uma norma fundamental injusta valida e legitima o Direito que dela decorre.

Justiça é um ideal irracional. Seu poder é imprescindível para a vontade e o comportamento humano, mas não o é para o conhecimento. A este só se oferece o direito positivo, ou melhor, encarrega-se dele.

Essas tendências ideológicas, cujas intenções e efeitos políticos são evidentes, ainda prevalecem na dominação da atual Ciência do Direito, mesmo diante da aparente superação da Teoria do Direito Natural.

É contra ela que se insurge a Teoria Pura do Direito, ao apresentar o direito como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto. A Teoria Pura apenas indaga do real e do possível e não do direito justo.

Exatamente por sua tendência antiideológica é que a Teoria Pura do Direito manifesta-se como verdadeira Ciência do Direito.

Por essa posição é possível perceber por que as críticas a Kelsen chegaram ao ponto de acoimá-lo de servidor do regime nazista, o que absolutamente não corresponde aos fatos.

Ora, basta que se saiba que, para o Professor de Viena, um ordenamento que não reconhece a personalidade livre do homem significa algo que não garante o direito subjetivo e não deve ser considerado absolutamente como um complexo de normas (Teoria Pura do Direito, 3ª ed., revista, tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 82 e 83).

Kelsen via a norma de maneira neutra, pura. Para ele à ciência do Direito não caberia fazer julgamentos morais. Novamente aqui mostra-se o Direito reduzido, por assim dizer, à expressão pura, à norma.

Ainda no campo conceitual, é de extrema valia para compreender o universo kelseniano a distinção entre norma funda-

mental no sentido de norma posta e no sentido de primeira norma transcendental, como condição de possibilidade de um ordenamento.

III. Funções

Hans Kelsen vê quatro funções relevantes para a norma jurídica: imposição, permissão, autorização e derrogação.

Necessário que se observe haver significado específico para cada uma das funções, o que se procurará demonstrar, com a brevidade necessária à natureza da exposição.

Para Kelsen, imposição é sinônimo de prescrição, mandamento (Teoria, p. 120), o que afasta de pronto a descrição, esta vista como observação.

Descreve-se algo (lembre-se da mesa aludida no início) como ele é; prescreve-se algo como deve ser. A conduta é o dever-ser.

A proibição — é impositiva, como *não se deve matar* ou *não se deve furtar*, o que vem a ser o mesmo, vale dizer, deve-se omitir o furto ou o homicídio.

A proibição da conduta eqüivale à vedação da conduta e por conduta há de se entender o gesto afirmativo, o fazer, o agir, o de ação.

As normas coercitivas encontram-se no ponto central do sistema jurídico, prescrevendo aos homens determinada conduta e prevendo uma pena ou uma execução no caso de um comportamento inapropriado.

Permissão, a segunda das funções da norma, apresenta-se bifacetada porque tanto pode consistir em negação como em afirmação.

Para Kelsen, dizer que uma conduta é permitida é o mesmo que dizer ser inválida (Teoria, p. 35 e 36) a norma que a proíba.

Ser permitido tem conotação positiva, do não proibido.

Autorização, no foco do Mestre, significa atribuir a alguém o poder de estabelecer e aplicar normas.

A denominada autorização “política”, no sentido mais restrito da palavra, permite a participação na produção da norma geral, enquanto a autorização de direito privado outorga a elaboração da norma individual.

Para a atividade de produzir o Direito são autorizados, pela norma fundamental, órgãos especiais. A estes não se permite, se autoriza legislar, uma vez que autorização para o mestre é função normativa diferente de permissão, no sentido positivo.

A autorização implica imposição e atos não autorizados são nulos, vale dizer, juridicamente inexistentes.

A derrogação, quarta e última função da norma jurídica, é a abolição da validade de outra norma. A derrogação pode acontecer fora do âmbito jurídico, e Kelsen exemplifica com as seguintes frases do Evangelho: *vós ouvistes que foi dito: deveis amar o próximo e odiar o inimigo. Eu vos digo: amais vossos inimigos* (Mateus, 5,43).

O que se fez foi retirar a validade da norma anterior.

Para Kelsen, a derrogação compreende dois atos distintos. A função da norma derogante não é apenas de imposição, autorização, permissão de uma conduta fixada; ela nem chega a estabelecer como devida uma conduta nem a omissão da conduta. Assim, ela não fixa o *dever-ser* de uma conduta, mas o *não-dever-ser*. Nesse sentido, as normas derogantes não têm, como as outras, existência autônoma, pois estarão sempre vinculadas à norma que pretendem abolir.

A derrogação diz respeito à validade da norma e não ao ato de seu estabelecimento.

A derrogação pode ocorrer sob duas formas: quando há conflito de normas e quando não há conflito de normas, e também pode ser de norma geral ou individual.

A coisa julgada é a norma individual, e esta não pode ser revogada, malgrado afirmações que de vez em quando se fazem, a pretexto de uma “relativização” desse axioma.

Distingue-se revogação de ab-rogação porque a primeira significa abolição total e a segunda, abolição parcial.

IV. Validade

Valer significa dever ser obedecido. Para Kelsen, a validade da norma é sua própria existência específica. Valer quer dizer existir, estar, ser.

Aludiu-se no prólogo à acentuada inclinação do mestre pela matemática e também ao fato de que somente ingressou na escola de Direito à instância do genitor. O rigor matemático, a visão quase que binária ou a dicotomia primeira – ser ou não ser – são constantes na construção kelseniana.

Assim, a norma vale porque existe e se não vale é porque não existe, não é norma.

Uma pluralidade de normas forma uma unidade, um sistema, quando sua validade pode ser atribuída a uma única fonte, como fundamento último dessa validade. Essa lei fundamental, como origem comum, forma a unidade de todas as leis que integram um determinado ordenamento jurídico.

Na ótica de Kelsen, as normas de Direito não valem por causa do seu conteúdo. Uma lei vale como norma jurídica apenas porque foi estabelecida de modo bem determinado, criada segundo uma regra bem definida e estabelecida de acordo com um método específico.

Em tal senda, a Constituição da República Federativa do Brasil disciplina o processo legislativo no artigo 59, e no parágrafo único determina que lei complementar regre sua elaboração, redação e alteração.

Dando cumprimento a esse preceito fundamental é que foi editada a Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, e que se encontra em pleno vigor, malgrado às vezes maculada, em especial pelas Medidas Provisórias.

A validade da norma atua em determinados âmbitos como temporal, pessoal e territorial. Como princípio, a lei aspira à eternidade, o que significa ser posta com pretensão de vigência perpétua.

Esse princípio, entretanto, comporta exceções, pois muitas vezes surge o fenômeno de leis com validade já preordenada,

normas com vigência pré-fixada, seja com termo final, seja com uma condição.

Exemplo claro que ocorre na legislação nacional é a da norma que instituiu a chamada Contribuição Provisória de Movimentação Financeira, com data certa para o término de vigência, o que acabou não ocorrendo por razões de todos conhecidas e das quais não cabe cuidar aqui.

De igual sorte, a validade no plano territorial em princípio é abrangente e atinge todo o território em que o Estado exerce a soberania. Excepcionalmente, contudo, a lei é editada para vigor = valer, num âmbito geográfico-territorial definido: região sul do Brasil ou região da floresta amazônica etc.

Por último, a norma dirige-se a todos os súditos de um estado que estejam dentro do seu território, atingindo igualmente os estrangeiros que lá se encontram, seja em caráter permanente, seja em passagem. Situações especiais, contudo, impõem a edição de norma com validade circunscrita a determinada classe de pessoas, como servidores públicos, condutores de veículos ou comerciantes.

A norma fundamental de um ordenamento jurídico não é, em compensação, nada mais que uma regra primeira, a base da pirâmide, e em sua conformidade estrita devem ser produzidas as leis do ordenamento jurídico, assegurada a estabilidade e previsibilidade da elaboração dessas regras.

A validade da norma que em Kelsen é colocada no plano da existência derrama-se, pois, sobre o espaço, o tempo e a pessoa, com a pretensão de abrangência total mas com inúmeras hipóteses de atingimento parcial.

V. Expressão

O comando, a norma, expressa-se por meio de símbolos escritos, de fonemas de um idioma, enfim. O idioma compõe-se de palavras que possuem significado, vale dizer, palavras que designam alguma coisa, referem-se, pertinem a alguma coisa. O objeto designado pela palavra pode ser uma coisa física, tangível, determinada, e aí será conhecido como nome próprio. Mas o

objeto da palavra pode, igualmente, ser algo indeterminado como um homem, uma casa, e aí será conhecido como nome comum.

De igual sorte, o objeto designado pela palavra pode ser algo concreto como uma bola ou algo abstrato como esperança, harmonia ou caridade.

Por fim, existem expressões que não designam nenhum dos entes referidos, mas têm como finalidade servir de ligação, de elemento conectivo, como são, por exemplo, os artigos, conjunções *et alii*.

As palavras, igualmente, em regra são polissêmicas e designam duas ou mais coisas. Tempo tanto pode significar condições atmosféricas existentes em determinada região como a fração de um ano ou de um dia.

Chama-se de função a significação de uma expressão lingüística, a referência a um objeto determinado.

A expressão lingüística designa algo e aquilo que ela designa é chamado de significação; esta é apreendida mentalmente por um processo interior de captação.

O querer e o pensar de quem ordena e o entendimento do destinatário do comando são processos interiores, de atuação ordenada da psique e que variam consoante esta se apresenta igualmente multiforme.

Se a expressão lingüística pode possuir, e normalmente possui, vários significados, resulta que há de se distinguir entre expressão, que é o ato de quem a emite e sentido, que é o ato de quem deve apreender o significado.

VI. Dever jurídico e sanção

No mundo kelseniano, o dever jurídico e a sanção ocupam a parte central, o núcleo da doutrina.

Afirma o mestre (Teoria Geral das Normas, p. 30) que o Direito é essencialmente ordem de coação.

Há, pois, uma relação muito íntima entre o dever jurídico e a norma. A norma obriga, ela impõe um dever, e como se trata de

ordem estatal esse dever é jurídico, afastando-se, embora não necessariamente, do campo da moral, da ética ou da religião.

Ninguém pode conceder direitos a si mesmo, pois o direito de cada indivíduo só existe sob o pressuposto do dever de outro, e tal relação jurídica, de acordo com o ordenamento objetivo, só pode ter lugar pela manifestação do acordo de vontades de dois indivíduos.

O dever, então, é parte integrante da norma, pois nada mais é do que a norma na relação com seu destinatário.

A função essencial de um ordenamento, até mesmo de um ordenamento coercitivo como o do direito, não pode ser outra coisa a não ser a ligação normativa dos indivíduos a ele submetidos. E essa ligação normativa não pode ser designada senão pela palavra “dever”, porquanto o dever moral nada mais exprime que a ligação do indivíduo com a validade da norma moral.

A conduta pela qual se realiza o dever jurídico é a própria conduta de obedecer à norma. De outro lado, a conduta pela qual alguém se afasta do dever é aquela que se choca com a norma, que a contraria.

O dever existe tanto no Direito como na moral ou na religião. Assim como se distingue moral de Direito, igualmente distinguem-se deveres morais, religiosos ou jurídicos.

Essa distinção não existe simplesmente pelas funções e pelo objeto das normas (de direito ou de moral), mas sim pelo fato de o direito impor uma conduta determinada, impondo sanção à conduta contrária, o que não ocorre com a moral.

O estabelecimento de sanções dá-se em aplicação ao princípio da retribuição decisiva e determinante do convívio social. Se alguém se porta de forma lesiva à comunidade deve ser punido, ou seja, deve-se-lhe causar mal e mal equivalente ao por ele causado. Se, porém, comporta-se de maneira a estimular os interesses comunitários deve ser recompensado, fazendo-se-lhe o bem, na mesma medida do bem por ele feito.

Ora, o conceito jurídico de pessoa ou de sujeito de direito só exprime a unidade de uma pluralidade de deveres e direitos,

ou seja, a unidade de uma pluralidade de normas que estabelecem esses deveres e direitos. A pessoa “física” correspondente ao homem, ao indivíduo é a personificação, isto é, a expressão unitária personificada das normas que regulam a conduta do ser humano.

Ihering e Kelsen defendiam a teoria da coação, mas enquanto o primeiro via na sanção o meio de realizar o Direito, o instrumento de sua realização, para o Professor de Viena a sanção era o próprio conteúdo do Direito, pois ela é que constituiria o jurídico.

Na chamada Grundgesetz acha-se, em última análise, o significado normativo de todas as situações de fato constituídas pelo ordenamento jurídico. Apenas a partir da norma fundamental pode o material empírico ser interpretado como Direito, ou seja, um sistema de normas jurídicas.

VII. Algumas considerações finais

A importância do estudo do sistema erigido por Kelsen relaciona-se ao seu significado e sua influência no mundo do Direito.

O normativismo positivista do mestre de Viena resguarda a sociedade e o indivíduo de um dos aspectos mais deletérios do antidireito que é a improvisação, a surpresa e a insegurança das relações.

Na visão de Kelsen, as normas jurídicas devem ser claras, objetivas, gerais, oriundas de processo legislativo regular, obedecidos os trâmites da Lei Fundamental, sob pena de inconstitucionalidade, de invalidade absoluta. O jurídico é o formal, o legal, o neutro, e levadas as preocupações ao limite, a forma (legalidade) deve prevalecer sobre o conteúdo (legitimidade).

O Direito é um ordenamento e, por isso, todos os problemas jurídicos devem ser encarados e resolvidos como problemas desse regramento organizado. A Teoria Pura do Direito é então liberada de todo juízo de valor ético-político, numa análise estrutural, a mais exata possível dentro do direito positivo.

A importância e a validade do sistema desenvolvido por Kelsen podem ser melhor constatadas se, à maneira como se faz

com as cores, forem contrapostos sistemas com posições contrárias entre si.

O decisionismo sociológico, cujo expoente maior, à época de Kelsen, era Carl Schmitt, sustenta que os conceitos são instrumentos dialéticos utilizados como armas na luta política. Numa situação de crise econômica ou institucional, que exige intervenções imediatas e decisivas, limitar o Estado ou mesmo o parlamento ao rigoroso cumprimento de leis gerais, estáveis e conhecidas, ou na sua ausência incorrer em paralisia política, significa desprestígio, desvalorização e enfraquecimento. O Direito deve ser de situação, para o caso concreto, havendo estreita relação entre Direito e política, entre Direito e circunstâncias históricas. Por isso não se pode reduzir o Direito às normas puras, formais, esquecendo outro elemento fundamental para a sua validade que é a decisão, sobretudo aquela tomada num momento de excepcionalidade. Caso contrário, teríamos a paralisia do Estado, o caos e a desordem, em que nenhum Direito vale.

A possibilidade da validade de uma ordem superior ao direito positivo fica fora de discussão. Ela cinge-se ao direito positivo, impedindo, assim, que a Ciência do Direito passe por uma ordem superior ou procure extrair, de uma ordem semelhante, sua justificativa; ou que abuse da discrepância entre um ideal qualquer de justiça e o direito positivo, como argumento jurídico contra a validade daquele.

O normativismo positivista de Kelsen pensa sempre em termos de normas impessoais. O decisionismo sociológico cria o Direito (= norma) para o caso concreto. Para Kelsen, o Direito é igual à norma. Para Carl Schmitt, o Direito é igual à norma que é igual à decisão.

A Teoria Pura do Direito é a teoria do positivismo jurídico ou, permitida a expressão, ela é a Teoria do Direito Puro.

Como diria Hobbes no seu *Leviatã*: *auctoritas non veritas facit legem* (é a autoridade e não a verdade que faz as leis).

Essas duas concepções de Direito foram postas à prova no final dos anos 30 do século passado. O normativismo positivista kelseniano foi praticamente varrido da Europa continental e o Mestre de Viena foi obrigado a emigrar para salvar a vida.

O decisionismo sociológico, por sua vez, produziu uma situação perfeitamente descrita por, nada mais nada menos que, Adolf Hitler, nas palavras por ele pronunciadas em homenagem a Carl Schmitt¹:

“O que teríamos feito sem os juristas alemães? Desde 1923 percorri, na legalidade e lealmente, a longa via que me levou ao poder. Coberto juridicamente, eleito de forma democrática. Mas o futuro devia se realizar. Foi o incorruptível jurista germânico, o honesto, o cheio de consciência, o escrupuloso universitário e cidadão que acabou o trabalho de me legalizar, fazendo a triagem das minhas idéias. Ele criou para mim uma lei segundo o meu gosto e a ela me ative. Suas leis fundaram minhas ações no direito”.

1 Razão Jurídica e Dignidade, Max Limonad, 1996, p. 13.

NATUREZA JURÍDICA DO IPTU: IMPOSTO “REAL” OU “PESSOAL”

Luiz Antônio Zanini Fornerolli¹

I. Introdução

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios receberam da Constituição Federal respectivos poderes para tributar. Coube ao Município, muito em especial², a possibilidade de instituir, com competência plena, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, respeitando as regras disciplinadas na própria Constituição Federal e nas normas gerais do direito tributário previstas no Código Tributário Nacional.

Remonta a história brasileira que o IPTU nasceu no ordenamento legislativo pátrio com a Carta de 19-5-1799, provindo das mãos da Rainha Dona Maria, que passou a ser conhecido como “décima urbana”.

-
- 1 *Juiz de Direito em Santa Catarina, 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 a instituição pelo Distrito Federal.

Antes de 1934, a competência para instituição do referido imposto foi vacilante. Porém, com advento da Constituição Federal de 1934, consagrou-se que a competência para instituição do IPTU passaria a ser do município, o que se mantém até hoje, conforme se vê no inc. I do art. 156 da Constituição Federal.

Dispondo amarras, o Código Tributário Nacional rege em seu art. 32 que o IPTU é de 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 na zona urbana do Município.

Visando a delimitar o que seja zona urbana, disciplina o § 1º do art. 32 do CTN que a fórmula legal da cabeça do art. 32 fica subordinada à observância do atendimento, no mínimo, de dois melhoramentos mantidos ou construídos pelo poder público. A saber, são os melhoramentos: 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.

A norma padrão de incidência traçada no CTN estabelece que a base de cálculo do referido imposto é o valor venal, isto é, valor de venda à vista do imóvel pelo preço de mercado, sendo seu contribuinte o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou seu possuidor a qualquer título.

Tratando-se do aspecto quantitativo da hipótese de incidência, a Constituição Federal em momentos distintos permite à Administração Pública a possibilidade de se louvar da utilização do imposto municipal, no sentido de instituí-lo, com o fim de atender à capacidade econômica do contribuinte e 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.

Vê-se, assim, a possibilidade de utilizar-se a alíquota com certa flutuação visando a atingir determinada finalidade. A seu turno, então, temos a função fiscal e a extrafiscal. A primeira, com

fincas no inc. I do § 1º do art. 156 da CF é 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-se um melhor aproveitamento do solo da urbe.

Quanto ao escopo extrafiscal, a princípio, não há leitura divergente na doutrina ou sequer na jurisprudência. Porém, a mesma sorte não campeia em prol da utilização da progressividade do IPTU com vista à fiscalidade.

Pois bem, preso ao efeito fiscal tem pertinência a investigação de ser o IPTU um imposto real ou pessoal. À guisa de informação, o STF, a partir da decisão do RE n. 153.771-0/MG/96, no qual fora relator o Ministro Moreira Alves, ancorado na antiga redação do § 1º do art. 156 da CF (anterior à EC n. 29, de 13-9-2000), proclamou que, em sendo o IPTU um imposto real, torna-se incabível a possibilidade de adoção de alíquotas progressivas, observando-se a capacidade econômica do contribuinte.

Isso quer dizer, doutro giro, que a progressividade no IPTU só é admitida para o STF quando o imposto é armado com fins de extrafiscalidade, ou seja, o objetivo principal da imposição tributária não constitui simples arrecadação de recursos financeiros para manutenção do Estado. Seu fito é incentivar ou desestimular certos atos determinados ao contribuinte, ou seja, contém nítido caráter de interferência no domínio econômico.

Ora, ainda que inquestionável o entendimento na orla do STF, a doutrina nacional apresenta sérias restrições a essa interpretação, e é o cotejo desses dois posicionamentos que se busca investigar.

II. Fundamentação teórica

De pronto, sem tergiversar, cabe a indagação: o IPTU é um imposto pessoal ou real? Mas, o que é imposto pessoal e imposto real, e qual sua importância para o estudo jurídico e o da progressividade como um todo?

Bernardo Ribeiro Moraes³ empresta seu escólio para distinguir dois critérios para a classificação dos impostos em pessoais e reais, sendo eles: o *do objeto do imposto* e o da *sua forma de cálculo*.

O objeto do imposto leva em consideração o substantivo, ou seja, pessoas ou coisas. Dizendo melhor, imposto pessoal é aquele que incide sobre pessoas e real é aquele que incide sobre coisas.

Abordar-se-á, a partir deste ponto, o imposto pessoal e real, analisando a forma de cálculo. 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 esse 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, esta 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, havendo a oneração da riqueza representada por uma coisa. Há uma abstração sobre as condições jurídicas do eventual sujeito passivo.⁴

3 MORAES, Bernardo Ribeiro. *Compêndio de direito tributário*. 2. ed. rev. aum. e atual. até 1993, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 437.

4 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 125.

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.

Necessário escavar se há de fato a possibilidade do imposto de natureza real. Parte-se do princípio de que a relação tributária é uma espécie de obrigação a que todos, por força do ordenamento vigente, estão sujeitos; logo seu liame é de caráter pessoal. Numa má-comparação, antolhe-se o caráter pessoal e real no direito civil. A comparação é superficial, sem denoto jurídico, porém é inegável que se empresta ao cotejo. Não é de se olvidar que a norma jurídica só regula comportamento de pessoas, uma vez que só estas exercem a titularidade do direito.

As coisas, como é curial, não detêm capacidade contributiva. Quem as detêm são as pessoas que as possuem. A coisa é objeto inanimado e portanto “não podem liquidar obrigações tributárias, independentemente das pessoas que as possuem ou que as realizam. Somente as pessoas físicas e jurídicas é que podem figurar no pólo negativo da relação tributária”⁵.

Disso não destoa Alfredo Augusto Becker⁶:

“A relação jurídica tem dois pólos: o positivo e o negativo. A pessoa (física ou jurídica) é o único pólo admissível das relações

5 MORAES, Bernardo Ribeiro. Ob. cit., p. 438.

6 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 307.

jurídicas. Por isto tôda [sic] e qualquer relação jurídica (inclusive a que atribui direito real ao sujeito ativo) é *sempre pessoal*: entre pessoa e pessoa, nunca entre pessoa e coisa” [grifos no original].

Dissertando sobre o critério pessoal da hipótese de incidência tributária, apregoa Paulo de Barros Carvalho⁷ que sujeito passivo “é aquela pessoa que está em relação econômica com o fato jurídico tributário, dele extraindo vantagens”. Na figura do contribuinte, sujeito passivo da relação tributária, diria Luciano Amaro⁸, reafirmando a natureza pessoal do imposto, que não pode ser ignorada a capacidade contributiva de cada indivíduo.

Dessarte, todos os impostos⁹, não importando sobre o que incidem, são sempre de ordem pessoal, uma vez que o legislador, o intérprete e até mesmo o fisco precisam, no seu sopesamento, levar em consideração aspectos pessoais do contribuinte, pois é ele que deve adimplir a obrigação tributária. É ele que tem a capacidade contributiva.

Necessário frisar que a divisão entre imposto real e pessoal, segundo entendimento da doutrina, não é unânime. Bernardo Ribeiro Moraes¹⁰, diz que a divisão é estudo de política fiscal. Sacha Calmon Navarro Coêlho¹¹, por sua vez, expressa que a diferença entre ambos não é jurídica. Ao seu turno, Regina Helena Costa¹², impõe que a classificação é mais de natureza econômico-financeira do que jurídica.

7 CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 165.

8 AMARO, Luciano, *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 282.

9 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 103; e DERZI, Misabel Abreu Machado; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro, *Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 303.

10 MORAES, Bernardo Ribeiro. Ob. cit., p. 437.

11 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 350.

12 COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 52.

Conquanto isso, verifica-se que a classificação entre imposto pessoal e real tem relevo para fins hermenêuticos¹³, já que o legislador, antes do intérprete, deve ater-se ao princípio insculpido na Constituição Federal de 1988 e, sempre que possível, “categorizar as bases e modular as alíquotas de modo a considerar as qualidades pessoais do contribuinte”.

É de se verificar que o *sempre que possível* não é comando constitucional para emprestar sustento ao intérprete, para que possa, na análise do caso em concreto, verificar se é possível – no sentido do quanto mais melhor – considerar que o imposto seja pessoal. Tira-se que não é isso que quis exprimir o constituinte com o disposto no § 1º do art. 145.

A baliza constitucional é no sentido de que, quanto mais possível, os impostos terão caráter pessoal, entendendo que haja os de natureza real. É importante ressaltar que há impostos que não apresentam tais características. Contudo, a pessoalidade deve ser perseguida em todos os impostos, mesmo naqueles cuja capacidade contributiva não seja possível se impor (v.g. ICMS e IOF).

A propósito, di-lo melhor Geraldo Ataliba¹⁴:

“Impondo a Constituição que, sempre que possível os impostos tenham ‘caráter pessoal’, está postulando incessante empenho do legislador, no sentido de aprimorar a legislação, para ir atendendo às peculiaridades, características e singularidades dos contribuintes, de modo a considerar suas diferenças – de cunho econômico – fazendo com que a carga tributária de cada qual reflita suas condições individuais”.

Com efeito, pela descrição constitucional que impulsiona o § 1º do art. 145, o entendimento a que se estaria toldado é que a capacidade contributiva só seria relevante acaso se estivesse de chofre com o imposto pessoal. Entretanto, não é bem assim, ainda que a doutrina nacional trate amplamente que o IPTU seja um imposto direto de natureza real. Neste caso, as exposições des-

13 ATALIBA, Geraldo. Ob. cit., p. 126.

14 *Idem*.

fiadas para sustentar tal pensar prendem-se ao aspecto material da hipótese de incidência tributária, que é a propriedade da coisa.

Não se perca de vista que o aspecto material da hipótese de incidência dos impostos visa precisamente a auferir a capacidade econômica do contribuinte para que, ao fim, todos possam vir a ser tributados com igualdade, sobretudo, observando sua capacidade contributiva¹⁵.

Cita Sacha Calmon Navarro Coêlho¹⁶, que o caráter pessoal a que alude o constituinte significa o desejo de que a pessoa tributada venha sê-lo por suas características pessoais (capacidade contributiva), sem a possibilidade de repassar o encargo a terceiros.

Bem, a questão se aguça à medida de encarar o IPTU como imposto real ou pessoal. A posição que teve cerne lastrado no sentido que em sendo real o bem, real será o imposto não é a que melhor se coaduna com a espécie.

É de se frisar que a hipótese de incidência do IPTU é o direito real da pessoa. O fato imponible é a propriedade e seus assemelhados, mas nem por isso há de se considerar o imposto como real. Real é o direito de propriedade. Todo direito tem um titular e o que se tributa, neste caso, é o direito do titular¹⁷ e não o objeto do direito, ou seja, a coisa.

Mister voltar à doutrina de Paulo de Barros Carvalho, antes vista: o sujeito passivo, devedor tributário, tem relação econômica com o fato imponible que é a propriedade. Responsável é o contribuinte que detém a coisa – fato imponible.

Assim, conforme já elástico, a obrigação é sempre pessoal. Quem cumpre a obrigação é a pessoa e não a coisa, posto que é a pessoa que tem a coisa. O objeto do imposto é a coisa tida pelo contribuinte e não a coisa por si só.

15 FURLAN, Valéria C. P. *IPTU*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 32.

16 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Ob. cit., p. 79.

17 *Ibidem*, p. 350.

Vale enfatizar que quem paga o imposto, cumprindo a obrigação, é a pessoa e não a coisa. Entender o contrário não é sensato. A CF não patrocina direito inerte. Se há a previsão é porque o constituinte originário quis coroar sua peroração com consectário lógico de levar-se em conta o caráter pessoal na imposição tributária.

À vista do exposto, tem-se que todo imposto é de ordem pessoal, inclusive o IPTU, uma vez que, como toda e qualquer obrigação, há de ser satisfeita por uma pessoa, estabelecendo vínculo jurídico entre o fisco e o contribuinte. A coisa é o objeto da tributação, é a ação ou estado de fato, uma situação jurídica, da pessoa sobre a coisa, que defere o fato impositivo.

Com o fito de argumentar, preso à lição de Alfredo Augusto Becker, também já apresentada neste estudo, na qual a materialidade da hipótese de incidência dos impostos deve inspirar num *signo presuntivo de riqueza* para que o fato tributável possa realmente proporcionar um tratamento isonômico aos sujeitos passivos da obrigação tributária, é que, mesmo que coroada como imposto real, a progressividade fiscal não estaria vedada no tratamento do IPTU.

A progressividade fiscal está apoiada na capacidade contributiva. Por outro lado, percebe-se que o IPTU é um imposto sobre propriedade que, por si só, representa um indicativo de presunção de riqueza, o que favorece, pela aplicação do princípio da isonomia, um tratamento parcimonioso.

Não se pode olvidar que o princípio da isonomia, no campo tributário, é móvel propulsor para que se alcance justiça tributária. O instrumento da vedação da anisonomia é a observância da capacidade contributiva nos impostos, que é inspirada no § 1º do art. 145 da CF. Assim, a igualdade tributária se concretiza com a realização da justiça tributária.

III. Considerações finais

Como se percebe, a natureza jurídica do IPTU é de fundamental importância para não fazer letra morta à CF. Ao conotá-lo de natureza de imposto real, que convenhamos é mais conve-

niente à Administração Pública, colocamo-lo em linha de colisão com o desiderato do constituinte originário, pois em sendo tributada, essencialmente, a coisa não se leva em consideração as condições pessoais do contribuinte.

A fonte constitucional nos conduz à prevalência de, sempre que possível, darmos compreensão pessoal ao imposto, não importando ser o aspecto material da hipótese de incidência tributária particularizado em coisa ou pessoa. Muito mais se fará se fiarmos o intento do legislador em fazer valer a justiça tributária, observando o princípio da isonomia real.

Desta feita, ainda que com respeitável posição do STF em sentido contrário, porém como instrumento de justiça fiscal, o IPTU deve receber a chancela de imposto direto pessoal.

IV. Referências bibliográficas

- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.
- 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. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Teoria da norma tributária*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo-lingüístico de Paulo de Barros Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FURLAN, Valéria C. P. *IPTU*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. 2. ed. rev. aum. e atual. até 1993, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. *Compêndio de direito tributário*. 2. ed. rev. aum. e atual. até 1993, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DA POSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS ORIGINADOS DE ATO ILÍCITO*

Maximiliano Losso Bunn**

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve incursão histórica sobre o instituto dos alimentos; 2.1. Conceito de alimentos; 2.2. A origem dos alimentos; 2.3. A obrigação alimentar no ordenamento jurídico brasileiro; 3. Classificação e características dos alimentos; 3.1. Alimentos legítimos: função, características e pressupostos para sua concessão; 3.2. Os alimentos derivados de ato ilícito; 4. Prisão civil: origem, natureza e pressupostos; 5. Da possibilidade da prisão civil do devedor de alimentos originados de ato ilícito; 6. Considerações finais; 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Muito embora o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal não se refira expressamente às modalidades de alimentos (se de na-

* Artigo apresentado como trabalho de conclusão do curso de Pós-Graduação, no âmbito de especialização em Direito Processual Civil, na Fundação José Arthur Boiteux – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

** *Juiz de Direito Substituto em Santa Catarina. Formado pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – Esmesc. Especializando em Direito Processual Civil pela Fundação José Arthur Boiteux – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.*

tureza familiar, voluntária ou indenizatória) que comportam a prisão civil como meio de coerção à satisfação da obrigação alimentar, não parece correta, diante da análise do instituto dos alimentos, bem como quando considerados os novos paradigmas da concepção da jurisdição, a exegese restrita de que a medida extrema só estaria autorizada em se tratando de alimentos originados de vínculo de sangue.

Isso porque, atualmente, o processo há de ser entendido como instrumento da jurisdição na realização da pacificação social, fim maior daquela. Pensar diferente, ou seja, restringir a prisão civil aos alimentos de família é limitar os direitos do alimentado em razão da fonte da obrigação alimentar, critério que, *data venia*, não pode servir para distinguir os meios de execução do direito material almejado, notadamente porque a exegese constitucional e legal mais atenta revela que, tratando-se de prestações alimentares, seja qual for sua fonte, prestam-se os alimentos, indiscutivelmente, a garantir a subsistência e dignidade do alimentado. Se não for assim, ganhará o reino dos Céus aquele que conseguir explicar, então, porque o Código Civil, em seu art. 948, II, quando trata da indenização por ato ilícito, fala que essa consiste, dentre outras verbas, em alimentos às pessoas a quem o morto os devia.

De todo modo, pela simples leitura desse dispositivo vê-se que os alimentos aí mencionados são, realmente, para subsistência do alimentado, motivo por que, na interpretação do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, e, daí, na leitura dos dispositivos legais, é necessário se ter em mente a finalidade do dispositivo. É imprescindível, no caso, captar o objetivo maior do legislador constitucional originário que, ao que se vê, é justamente garantir a subsistência e a dignidade humana, bens jurídicos que, acrescenta-se, também em exercício de ponderação com o direito à liberdade, não sempre de prevalecer.

Mais: a admissibilidade da prisão civil do devedor de alimentos derivados de ato ilícito reforça e garante, ainda, a almejada efetividade do processo, atuando como ferramenta para a efetiva realização do fim maior da jurisdição.

2. Breve incursão histórica sobre o instituto dos alimentos

2.1. Conceito da expressão alimentos

Inicialmente, antes de se adentrar no tema, necessário deixar claro o que se deve entender pela expressão alimentos, premissa imprescindível à perfeita compreensão da proposição aqui defendida.

Assim, de modo bastante objetivo, no dizer de Pontes de Miranda a expressão alimentos deve ser entendida como tudo “o que serve à subsistência animal”¹.

Na mesma esteira, de maneira mais apurada, por sua vez, J. M. de Carvalho Santos sustenta que:

“A palavra alimentos, no sentido geral, significa o que é necessário para alimentação, mas, na linguagem do Direito, tem significado técnico, devendo se entender por alimentos tudo o que é necessário para satisfazer as necessidades da vida, isto é, para o sustento, tratamento de moléstias, vestuários e habitação, e, se o alimentário é menor, também para as despesas de criação a educação”².

Finalmente, vale a pena trazer à colação, outrossim, a definição dada por Yussef Said Cahali. Vejamos:

“Adotada no direito para designar o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação, a palavra ‘alimentos’ vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção”³.

Em conclusão, diante desses conceitos, é de se ver que a expressão alimentos merece ser entendida no seu sentido mais

1 *Apud* CAHALI, 2002, p. 18.

2 SANTOS, 1958, p. 157.

3 CAHALI, 2002, p. 16.

amplo, representando, pois, toda prestação necessária e imposta como obrigação para custear integralmente o que se afigura necessário à manutenção do alimentado.

Também por isso, aliás, não há querer restringir o efetivo direito a alimentos a hipóteses marcadas e legalmente restritas, como acentua, a propósito, o eminente Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, integrante da Corte de Justiça do Estado de Santa Catarina, quando ressalta que “é de se entender por alimentos aqueles ocorrentes em razão do fator necessidade, levando-se em conta não apenas um dever de ordem estritamente legal, tão-somente lastreado no pressuposto da culpa, mas, ao menos, preponderantemente, vazados nos princípios ditados pela solidariedade humana, por indispensáveis ao que os pleiteia”⁴.

2.2. A origem dos alimentos

Segundo registra a doutrina, a história dos alimentos remonta já aos princípios da civilização, sendo naquela época, todavia, dever moral sem regra jurídica a lhe sustentar a exigibilidade⁵.

É que, ao contrário do que se passa atualmente, originalmente os alimentos não tinham a conotação e nem a natureza de verba periódica a representar obrigação por meio da qual, então, o alimentante vê-se obrigado a custear as necessidades vitais do alimentado. Como acentua o Des. Gastaldi Buzzi⁶, inicialmente os alimentos representavam mais um dever moral (*officium pietatis*), concedido que eram com base na *pietatis* causa para os necessitados, do que obrigação legalmente imposta, mesmo porque a sociedade reinante naquela época – no caso a sociedade romana – não estava ainda estruturada e não se encaixava no conceito atual de família.

Esse, a propósito, também é o ensinamento de Yussef Said Cahali:

4 BUZZI, 2004, p. 24.

5 BUZZI, 2004, p. 25.

6 BUZZI, 2004, p. 26.

“Em realidade, a doutrina mostra-se uniforme no sentido de que a obrigação alimentícia fundada sobre as relações de família não é mencionada nos primeiros momentos da legislação romana”.

Segundo se ressalta, essa omissão seria reflexo da própria constituição da família romana, que subsistiu durante todo o período arcaico e republicano; um direito a alimentos resultante de uma relação de parentesco seria até mesmo sem sentido, tendo em vista que o único vínculo existente entre os integrantes do grupo familiar seria o vínculo derivado do pátrio poder; a teor daquela estrutura o *pater familias* concentrava em suas mãos todos os direitos, sem que qualquer obrigação o vinculasse a seus dependentes, sobre os quais, aliás, tinha, *ius vitae et necis*; gravitando à sua volta, tais dependentes não poderiam exercitar contra o titular da *patria potestas* nenhuma pretensão de caráter patrimonial, como a derivada dos alimentos, na medida em que todos eram privados de qualquer capacidade patrimonial⁷.

É bem verdade que, segundo também diz a doutrina, teria sido igualmente no Direito Romano que os alimentos (antes concedidos como simples dever moral) sofreram a metamorfose que acabou dando a partida para que eles passassem a ter a atual natureza de obrigação derivada notadamente do parentesco, legalmente estabelecida.

Para elucidar, traz-se novamente a lição de Yussef Said Cahali:

“Não há uma determinação precisa do momento histórico a partir do qual essa estrutura foi se permeabilizando no sentido do reconhecimento da obrigação alimentar no contexto da família.

“Terá sido a partir do principado, em concomitância com a progressiva afirmação de um conceito de família em que o vínculo de sangue adquire uma importância maior, quando então se assiste a uma paulatina transformação do dever moral de socorro, embora largamente sentido, em obrigação jurídica própria, a

7 CAHALI, 2002, p. 41 e 42.

que corresponderia o direito alimentar, tutelável através da *cognitio extra ordinem*⁸.

Todavia, acrescenta-se, é com o Direito Justinianeu e com o Direito Canônico que o instituto dos alimentos finalmente se desloca de maneira definitiva de obrigação moral para obrigação jurídica, tendo por base, então, principalmente, as relações de parentesco, ou, como também se diz, o “vínculo de sangue”⁹, a exemplo do que também ocorre na atualidade.

2.3. Os alimentos no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, por sua vez, o instituto dos alimentos teve suas raízes lançadas pelo Direito Lusitano, conforme destaca Gontijo¹⁰:

“[...] quando da descoberta do Brasil, o direito português regia-se pelas Ordenações Manuelinas e, logo depois, pelas Ordenações Filipinas que disciplinaram toda a Península Ibérica e com elas as colônias portuguesas, transmudando o direito brasileiro. Não houve alteração significativa quanto a raízes fincadas sempre no direito canônico e no horror à família ilegítima, em especial à adulterina. Aqui a eficácia da maior parte das Ordenações Filipinas perdurou praticamente até o Código Civil”.

Desse modo, nas Ordenações Filipinas o instituto dos alimentos encontrava amparo inicialmente no Livro I, Título LXXXVIII, § 15, quando esse Diploma legal, ao tratar da proteção dos órfãos, descrevia os elementos que haveriam de compor a obrigação alimentar devida a eles.

Mais tarde, adveio o Assento de 9-4-1772, que recebeu força e autoridade por meio do Alvará de 29-8-1776, que nada obstante destacasse o dever de cada um alimentar e sustentar a si mesmo, estabelecia, expressamente, certas exceções em favor de descendentes legítimos e ilegítimos, ascendentes, irmãos legítimos e ilegítimos, primos e outros consangüíneos legítimos e

8 CAHALI, 2002, p. 42 e 43.

9 CAHALI, 2002, p. 45.

10 *Apud* BUZZI, 2004, p. 32.

ilegítimos, situação que, *a contrario sensu*, portanto, criava obrigação alimentar em favor desses parentes.

Posteriormente, destaca-se no estabelecimento da obrigação alimentar, derivada de origem familiar, o Código Civil de 1916, paternalista e patrimonialista, que trazia em seus arts. 396 e ss. os alimentos que os parentes podiam exigir uns dos outros para subsistir, cujo espírito foi seguido e adotado pelo Decreto-Lei n. 3.200/41, e cujo exercício foi regulado pelas Leis ns. 5.478/68 e 6.515/77, além das disposições gerais do Código de Processo Civil, aplicáveis de modo subsidiário, logicamente.

Ressalta-se, contudo, que já no antigo Código Civil ficou bastante claro que os alimentos devidos ao alimentado não se apresentavam unicamente como aqueles originados do Direito de Família ou da relação sangüínea, já que segundo o seu art. 1.537, II, eram também concedidos em razão de ato ilícito, sendo devidos pelo ofensor às pessoas a quem o defunto os devia, em caso de homicídio, ou quando a ofensa causasse defeito ou aleijão que diminuísse o valor do trabalho da vítima, em importância correspondente a uma “pensão” – segundo diz o próprio Código Civil de 1916 – proporcional ao valor da depreciação (art. 1.539 do antigo Código Civil).

Por outro lado, as Leis ns. 8.971/94, em seu art. 1º, e 9.278/96, em seu art. 7º, já atendendo ao que dispõe o art. 226 da Constituição Federal de 1988, asseguraram ao companheiro(a) o direito de pleitear alimentos em face da união estável havida.

Derradeiramente, sem prejuízo das outras espécies de alimentos, que não são tão relevantes neste trabalho, registra-se que o Código Civil vigente dispõe sobre os alimentos de natureza familiar em seus arts 1.694 e ss. e sobre os derivados de relação obrigacional – *ex delicto* – no art. 948, em se tratando de homicídio, e em seu art. 950 quando houver a diminuição da capacidade laboral.

3. Classificação e características dos alimentos

Os alimentos, tomados como gênero, podem ser classificados segundo sua natureza, como quanto à causa jurídica, quanto

à finalidade, quanto ao momento da prestação e quanto à modalidade da prestação¹¹.

Assim, com relação à natureza, quando os alimentos são aqueles estritamente necessários para a manutenção da vida de uma pessoa, compreendendo tão-somente a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ou seja, somente as necessidades primeiras e inadiáveis da vida, diz-se que eles são *naturais* (também chamados côngruos).

Já quando se quer abranger, além dessas necessidades primeiras, outras não tão primordiais, tais como aspirações intelectuais e morais e até mesmo a recreação do alimentado, denominam-se os alimentos de civis (ditos necessários).

Do ponto de vista da causa jurídica, os alimentos são classificados como originados diretamente da lei, da vontade humana e em razão de delito perpetrado. Resultantes da lei são os alimentos legítimos, ou seja, aqueles devidos em razão de expressa imposição legal. São os que vêm *ex iure sanguinis* (por direito de sangue) e foram assim dispostos pelo legislador. Apenas esses alimentos estão inseridos no Direito de Família.

Por seu turno, advindos de manifestação de vontade voluntária são aqueles estabelecidos mediante declaração *inter vivos* ou *mortis causa*. Podem, assim, estar afetos ao Direito das Obrigações ou ao das Sucessões (na forma de legado, para esse ramo do Direito, e como renda vitalícia, usufruto, constituição de capital, por exemplo, para aquele).

Ainda derivados da ação humana, mas agora involuntária (quanto aos alimentos, porque o ato ilícito pode, logicamente, ser doloso e direto), estão os alimentos derivados de ato ilícito, que constituem, em primeira análise, segundo a maioria da doutrina, espécie de indenização *ex delicto* (daí por que sustentam contrariamente ao agora defendido que não cabe a prisão civil pela inadimplência).

Quanto à sua finalidade, os alimentos podem ser divididos em provisionais, ou *in litem*, fixados que são durante uma deman-

11 CAHALI, 2002, p. 18.

da e que têm por finalidade assegurar a subsistência do alimentado, e definitivos ou regulares, estabelecidos de forma final a bem do necessitado.

Em relação ao momento da prestação, os alimentos podem ser separados em futuros e pretéritos. Estes são aqueles que têm por origem e são estabelecidos anteriormente a acordo realizado entre alimentante e alimentado ou, então, antes de qualquer decisão judicial, ao passo que aqueles são conceituados como sendo os alimentos que se prestam e advêm justamente depois dos mesmos momentos¹².

Por fim, no que toca à modalidade dos alimentos, a doutrina os separa, ainda, em próprios e impróprios (ou obrigação alimentar própria e imprópria, respectivamente), em face do conteúdo da prestação alimentar concedida em favor do alimentado. Alimentos próprios seriam aqueles concedidos como a prestação daquilo que é diretamente necessário à subsistência do credor e alimentos impróprios, aqueles que têm como conteúdo o fornecimento dos meios idôneos à aquisição de bens necessários à manutenção do alimentado¹³.

Destarte, como salientado anteriormente, nada obstante as classificações expostas, certamente necessárias ao bom desenvolvimento do tema, especialmente no que toca às modalidades de alimentos segundo sua causa jurídica, a análise a ser feita adiante deve-se limitar àqueles originados do Direito de Família e

12 Como destaca CAHALI (2002, p. 27), Pontes de Miranda entendia que *alimenta futura* são os alimentos que se prestam e são advindos por força de sentença transitada em julgado e a partir da coisa julgada ou, então, em razão e tão-somente a partir de acordo realizado entre as partes, enquanto os *alimenta pretérita* seriam aqueles anteriores a qualquer desses momentos (Tratado de Direito Civil, IX, § 1.000, p. 210). Todavia, adverte o mesmo autor que no sistema jurídico nacional, porém, esse conceito não é de todo correto, uma vez que os alimentos futuros independem do trânsito em julgado da decisão que os concederam (art. 520, II, do Código de Processo Civil e § 3º do art. 13 da Lei da Ação de Alimentos), sendo devidos, a partir da instauração da lide e mora do devedor (como determina, aliás, o § 2º do art. 13 também da Lei que disciplina a ação de alimentos – matéria já sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça pelo verbete n. 277) ou do acordo firmado.

13 CAHALI, 2002, p. 28.

do Direito das Obrigações, ou seja, respectivamente, àqueles derivados diretamente da lei e oriundos de ato ilícito.

3.1. Alimentos legítimos: função, características e pressupostos para sua concessão

Alimentos legítimos são aqueles que têm por causa jurídica uma disposição expressa de lei que assegura mútua assistência a pessoas ligadas por vínculo de sangue e que necessitem de ajuda material para poder subsistir. São, em última análise, os alimentos devidos por uma relação de parentesco.

Isso se dá justamente porque desde o instante em que o legislador concedeu a ação ao alimentado, para ele poder exigir do Estado o socorro que lhe é necessário, nasceu para o devedor dos alimentos uma obrigação de caráter estritamente jurídico e não tão-somente moral, tal como inicialmente se dava.

– Salienta-se que o critério de parentesco foi adotado pelo legislador como origem do direito subjetivo do alimentado justamente porque é no seio da família que nasce o ponto de expressão mais forte do inegável dever de solidariedade que deve existir entre os homens, todos irmãos segundo a mesma lei natural.

Essa, a propósito, a lição de Pelissier:

“[...] como todos os homens são irmãos, cada um deve, segundo a lei natural, vir em auxílio do outro na sua miséria; mas esse dever de solidariedade é muito geral para ser consagrado pelo direito; assim sendo, não serão senão em agrupamentos limitados, claramente definidos, que aquele dever de solidariedade dá nascimento a uma obrigação alimentar; o grupo mais restrito, aquele onde esta solidariedade é mais expressiva, é o agrupamento familiar; os membros de uma mesma família são unidos por vínculos de afeição e de interesses particularmente fortes¹⁴.

“É a partir daí que os alimentos derivados de relação de parentesco se tornaram a obrigação alimentar típica, agora disposta no art. 1.694, *caput*, do Código Civil, que disciplina que

14 *Apud* CAHALI, 2002, p. 31.

“podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender as necessidades de sua educação”.

De outra banda, com relação às características dos alimentos, a doutrina elucida que essa obrigação é, primeiro, direito personalíssimo do alimentado, uma vez que a subsistência é intimamente ligada à sua personalidade e, pois, inata ao direito de ver asseguradas sua manutenção e integridade física.

É também irrenunciável, embora possa ser momentaneamente dispensada, conforme diz o art. 1.707 do Código Civil, sustentando este princípio o fato de que o direito à vida (possível graça aos alimentos) é logicamente indisponível e, ainda, porque o Estado tem interesse que a pessoa necessitada seja socorrida com brevidade, em atenção ao próprio conceito de Estado Social.

Como decorrência de direito personalíssimo que é, a obrigação alimentar em si também é, outrossim, intransmissível, ou seja, a morte do alimentante ou do alimentado a extinguem (nada obstante o que dispõe agora o art. 1.700 do Código Civil, cuja discussão não será aprofundada porque não faz parte do seu âmbito principal), sendo também insuscetível de cessão.

Por fim, em apertada síntese, ainda nesse tocante é pacífico que por ser verba destinada à subsistência do alimentado a obrigação alimentar não se extingue pelo não exercício do direito, tendo os alimentos, por outro lado, como principais características a impenhorabilidade (veja-se o art. 649, II, IV e VII, do Código de Processo Civil), o fato de serem insuscetíveis de compensação (art. 373, II, do Código Civil) e de repetição (salvo o direito de terceiro – art. 871 do Código Civil), a preferência, porque logicamente o crédito que sustenta a vida tem de ser satisfeito primeiro, a irretroatividade (*in praeteritum non vivitur*), a periodicidade, a alternatividade (art. 1.701 do Código Civil), a condicionalidade e variabilidade, uma vez que sua concessão e manutenção são bitoladas pelas necessidades do alimentado e pela fortuna do alimentante, a divisibilidade, e, ainda, a reciprocidade (art. 1.696 do Código Civil).

Já no que toca aos pressupostos para a concessão dos alimentos legítimos, é necessário, antes de tudo, a existência de um vínculo familiar, assim descrito – ainda sob a égide do antigo Código Civil – por Orlando Gomes:

“A existência do vínculo de família constitui o fato básico do qual a lei faz derivar a obrigação. Não são todas as pessoas ligadas por laços familiares que estão sujeitas, porém, às disposições legais atinentes aos alimentos, mas somente os ascendentes, os descendentes, os irmãos, assim germanos como unilaterais, e os cônjuges. Limita-se aos colaterais de segundo grau de obrigação proveniente de parentesco. Quanto aos cônjuges, a obrigação pressupõe a dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial, visto que, na constância do matrimônio, o dever do marido de sustentar a mulher e o desta de concorrer para as despesas do casal são efeitos jurídicos imediatamente decorrentes do casamento. Do mesmo modo, a obrigação dos pais diz respeito aos filhos adultos, pois, enquanto menores, devem-lhes sustento¹⁵.

Mas além dessa indispensável relação de parentesco, é imprescindível se fazer presente, igualmente, efetiva e real necessidade de o alimentado receber ajuda para que possa subsistir e, ainda, possibilidade de o alimentante conceder alimentos sem que, com isso, prejudique sua própria manutenção, como de sua família.

Essa é regra, a propósito, que vem expressamente prevista no art. 1.695 do Código Civil, complementada que é pelo disposto no § 1º do art. 1.694 do mesmo Diploma legal. Vejam-se, respectivamente:

“Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

“Art. 1.694.

15 GOMES, 1999, p. 433 e 434.

“§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

Desse modo, é fácil perceber que, além da existência de parentesco, o primeiro fator a legitimar a pretensão de receber alimentos é, portanto, a necessidade (*ad necessitatem*), cujo teor, a propósito, é bem dissecado por Yussef Said Cahali:

“Para além do vínculo de família, a exigibilidade da prestação alimentar pressupõe que o titular do direito não possa manter-se por si mesmo, ou com o seu próprio patrimônio; assim, só serão devidos alimentos quando aquele que os reclama não tem bens, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção” (CC, art. 399)¹⁶.

Em contrapartida, sobre a possibilidade (*ad possibilitatem*), fator que também influi diretamente sobre o valor da prestação alimentar a ser prestada, de modo a atender às necessidades do alimentando sem levar o alimentante à miséria, discorre o mesmo autor:

“A teor do art. 399 do CC (art. 1.695 do novo Código Civil), para que exista obrigação alimentar é necessário que a pessoa de quem se reclama os alimentos possa fornecê-los sem privação do necessário ao seu sustento; se o devedor, assim, não dispõe senão do indispensável à própria manutenção, mostra-se injusto obrigá-lo a privações acrescidas tão-só para socorrer o parente necessitado¹⁷.

Ainda sobre o tema, para finalizar, oportuno trazer à colação a lição de Sílvio de Salvo Venosa, que, com a maestria de sempre, também bem explica a questão:

“O dispositivo coroa o princípio básico da obrigação alimentar pelo qual o montante dos alimentos deve ser fixado de acordo com as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante, complementado pelo art. 1.694, § 1º, já transcrito (an-

16 CAHALI, 2002, p. 717 e 718.

17 CAHALI, 2002, p. 723.

tigo, art. 400). Eis a regra fundamental dos chamados alimentos civis: ‘os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada’.

“Não podemos pretender que o fornecedor de alimentos fique entregue à necessidade, nem que o necessitado se locuplete a sua custa. Cabe ao juiz ponderar os dois valores de ordem axiológica em destaque. Destarte, só pode reclamar alimentos quem comprovar que não pode sustentar-se com seu próprio esforço. Não podem os alimentos converter-se em prêmio para os néscios e descomprometidos com a vida. Se, no entanto, o alimentando encontra-se em situação de penúria, ainda que por ele causada, poderá pedir alimentos. Do lado do alimentante, como vimos, importa que ele tenha meios de fornecê-los: não pode o Estado, ao vestir um santo, desnudar o outro”¹⁸.

Destarte, demonstrada de forma sucinta a função e os meandros para a concessão dos alimentos legítimos, passemos à análise da verba alimentar que tem por causa jurídica uma sentença condenatória que impõe o pagamento de alimentos em razão da prática de ato ilícito.

3.2. Os alimentos derivados de ato ilícito

Os alimentos *ex delicto* encontram amparo expresso nos arts. 948 e 950, ambos do Código Civil, que assim dispõem, respectivamente:

“Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

[...]

“II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

“Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do

18 VENOSA, 2003, p. 374.

tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”.

Para a concessão dessa espécie de alimentos são necessárias as seguintes condições:

“a) A existência de homicídio doloso ou culposo, ou de lesões corporais. A indenização no homicídio consiste no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e luto da família, bem como na prestação de alimentos a quem o defunto os devida (art. 1.537, CC). Resultando da ofensa que impeça ao ofendido exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe reduzir a capacidade laboral, a indenização, além das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim de convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para o qual se inabilitou, ou da depreciação sofrida (art. 1.539 do CC);

“b) Ser a vítima devedora de alimentos. Ao ensejo da morte, a vítima deve ser devedora a terceiros da mesma obrigação alimentar, em virtude do exercício do pátrio poder, do *jus conjugii*, ou do vínculo parental, presentes os demais pressupostos da obrigação [...];

“c) O binômio necessidade e possibilidade, com conotações específicas, em função da natureza e da origem do encargo. Os bens do devedor sujeitam-se ao cumprimento da obrigação. Quando a sentença condenatória por ato ilícito inclui prestação alimentar, o devedor é condenado a constituir um capital cuja renda assegure o cumprimento. Embora o fator necessidade *in casu* seja submetido a restrições, não pode ser afastado como conceito aplicável em cada caso concreto”¹⁹.

Especificamente, em relação à indenização no caso de homicídio, que mais interessa ao presente trabalho (mas que não exclui de forma absoluta a verba devida por lesões corporais), e no que toca aos alimentos a que se refere o inciso II do art. 948 do Código Civil, a jurisprudência, à míngua de disposição legal a

19 MARMITT, 1993, p. 130.

respeito, encarregou-se de definir seus parâmetros, definindo como tais os proventos do defunto e sua provável sobrevivência²⁰.

Assim, tem-se entendido de forma mais ou menos pacífica (porque há também julgados noutros sentidos) que o valor da pensão (alimentos) deve ser fixado em 2/3 dos ganhos da vítima, endereçado aos seus dependentes, supondo-se que o restante seria relativo à própria pessoa do falecido.

Para tanto, se o falecido não era assalariado, ou não possuía ganhos capazes de ser provados, a jurisprudência também fixou o patamar de um salário mínimo como referência²¹.

Havendo vários beneficiários, a pensão é dividida entre eles, sendo um terço para o cônjuge sobrevivente, se for o caso, e os demais para os outros dependentes, assegurado o direito de crescer entre eles (aqui também existem vozes divergentes).

Quanto à duração da pensão, leva-se em consideração a vida presumível da vida, como agora registra a cabeça do art. 950 do Código Civil, para o que a jurisprudência – com alguma oscilação, a bem da verdade – fixou, então, a idade de 65 anos.

Assim sendo, dissecadas de modo bastante breve as características dos alimentos derivados de obrigação *ex delicto*, resta analisar, por fim, como preâmbulo da discussão central, o próprio instituto da prisão civil.

20 “No tocante à pensão mensal, em virtude da morte do pai que mantinha economicamente a família, o direito a recebê-la é inquestionável. A indenização, todavia, em se tratando de homicídio, consiste na prestação de alimentos às pessoas a quem o *de cujus* devia, além do dano moral, inteiramente pertinente nestes autos. Aliás, ‘a par de inúmeros precedentes jurisprudenciais, cabe à viúva, em caso de morte decorrente de ato ilícito, direito à pensão no valor de dois terços do salário mínimo até a idade provável da vítima, qual seja, sessenta e cinco anos. Às filhas, no mesmo norte, é devido pensão no valor de um terço do salário mínimo até que completem vinte e cinco anos (Ap. Cív. n. 1998.001326-7, de Tubarão, rel. Des. Carlos Prudêncio)’” (Ap. Cív. n. 2002.024362-6, de Itajaí, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

21 “[...] pensão mensal. Falta de comprovação dos rendimentos auferidos pela vítima. Indenização com base no salário mínimo. Não havendo nos autos comprovação dos rendimentos da vítima, para a fixação dos alimentos devidos a título de indenização, deve a pensão ser calculada com base em um salário mínimo” (Ap. Cív. n. 2001.001647-3, de Laguna, rel. Des. Carlos Prudêncio).

4. Prisão civil: origem, natureza e pressupostos

A prisão civil constitui reminiscência dos tempos nos quais o devedor respondia com o corpo pela obrigações que havia inadimplido. No Direito Romano, essa prática teve fim com o advento da Lei Paetelia Papíria²².

Ainda do ponto de vista histórico, tem-se que a denominada prisão civil decorrente de obrigação não adimplida percorreu certos estágios. Primeiro, por meio da prática da escravidão, pela qual se tornava o devedor escravo do credor até que, mediante o produto do seu trabalho, conseguisse satisfazer o débito existente. Depois, tomou o caráter mesmo de prisão, como forma de penalizar o devedor em virtude do não cumprimento da obrigação assumida. Por fim, o instituto da prisão civil surgiu como meio vexatório de coerção a fim de constranger o devedor e, assim, impedi-lo de sonegar o que se afigurava devido aos seus dependentes ou credores.

Hodiernamente, por outro lado, em nosso ordenamento jurídico, embora o § 2º do art. 733 do Código de Processo Civil fale em “pena”, a prisão civil não constitui, em absoluto, modalidade de pena, mas tão-somente medida com o fim de compelir o devedor a honrar sua obrigação, limitada pela Constituição Federal às hipóteses “do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (art. 5º, LVXII).

Como ressalta Azevedo, “A prisão por débito alimentar não é pena, mas meio coercitivo de execução, para compelir o devedor ao pagamento da prestação de alimentos. Essa prisão não existe, portanto, para punir o devedor, tanto que, pagando-se o débito, a prisão será levantada”²³.

No mesmo norte segue a lição de Arnaldo Marmitt:

“A prisão existente na jurisdição civil é simples fator coercitivo, de pressão psicológica, ou de técnica executiva, com fins de

22 Revista do Tribunais 468/297.

23 *Apud* CAHALI, 2002, p. 145.

compelir o depositário infiel ou o devedor de alimentos, a cumprirem com sua obrigação. Insere-se na Constituição Federal como exceção ao princípio da inexistência de constrição corporal por dívida. Sua finalidade é exclusivamente econômica, pois não busca punir, mas convencer o devedor relapso de sua obrigação de pagar. É sempre consequência da aplicação de um processo coercitivo, com o fito de despertar o inadimplente, de conscientizá-lo dos compromissos que assumiu, para que ele satisfaça o *quantum* que lhe é exigido, ou devolva a coisa que lhe foi confiada.

“[...] A prisão civil, pois, nenhuma vinculação possui com a pena imposta ao infrator no juízo criminal. Não tem essa índole de retribuição e de penalização, ou de expiação pela prática de um delito”²⁴.

Ainda que houvesse alguma controvérsia na doutrina sobre em que casos seria cabível a medida privativa de liberdade, atualmente está pacificado que ela é cabível tanto em face do devedor de obrigação alimentar definitiva, como do inadimplente de alimentos provisórios e provisionais²⁵, posição que já se encontra albergada, até mesmo, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁶.

5. Da possibilidade da prisão civil do devedor de alimentos originados de ato ilícito

Enfim, chegado o momento do embate principal, a par da idéia aqui defendida, registra-se, a bem da verdade, que doutrina e jurisprudência majoritárias são contrárias à decretação da prisão civil do devedor de alimentos originados de ato ilícito, ao argumento de que essa verba derivada de obrigação *ex delicto* não teria caráter efetivamente alimentar, mas indenizatório, não sendo permitida, por isso, a utilização da medida privativa de liberdade que, segundo sustentam, é absolutamente excepcional e teria

24 MARMITT, 1989, p. 7-8.

25 CAHALI, 2002, p. 1.014.

26 JSTF 51/363, RTJ 104/137 e RT 489/439.

sido autorizada pela Constituição Federal somente nos casos de alimentos que encontram lastro em vínculo familiar²⁷.

Contudo, *data venia*, é imperativo discordar dessa posição. É que, embora seja certo que a prisão civil constitua medida de exceção, limitar sua aplicação aos alimentos ditos legítimos, ou seja, aqueles que têm por origem o vínculo familiar, não parece ser a melhor interpretação e, tampouco, espectro de aplicação dos mandamentos legais, notadamente diante da hodierna concepção do processo como instrumento da jurisdição na implementação da pacificação social. Pensar assim, restringindo a prisão civil aos alimentos de família, é limitar os direitos do alimentado em razão da fonte da obrigação alimentar, como se os alimentos devidos em razão da ligação de sangue fossem mais importantes do que aqueles originados de obrigação *ex delicto*, sobretudo quando inegavelmente ambos se prestam justamente a garantir a subsistência do alimentado.

Nessa linha, o descompasso da corrente restritiva sobressai, primeiro, no que toca ao disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, porque em nenhum momento a Carta Magna li-

27 “[...] constitucional. Prisão civil por dívida. Inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. Dívida decorrente de relação jurídica de direito de família e não de responsabilidade civil *ex delicto*. Inteligência do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal.

“Somente é cabível a prisão civil por dívida do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia quando a verba alimentar decorrer de relação jurídica de direito de família, vedada sua cominação nos casos de pensão arbitrada com base na responsabilidade civil *ex delicto*” (*Habeas Corpus* n. 2003.004010-2, de Urussanga, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben).

“[...] alimentos. Prisão civil. Exceção à proibição constitucional, a autorização legal para prisão do devedor de alimentos deve ser interpretada restritivamente, abrangendo, então, apenas os alimentos previstos nos arts. 231, III, e 396 e seguintes do CCiv, fundados no casamento e no parentesco; inadmissível sua ampliação aos alimentos derivados de responsabilidade civil *ex delicto*” (*Habeas Corpus* n. 2001.020717-6, de Tangará, rel. Des. Cesar Abreu, j. 5-11-01).

“A prisão civil por dívida como meio coercitivo para o adimplemento da obrigação alimentar é cabível apenas no caso dos alimentos previstos nos arts. 231, III, e 396 e seguintes do CC, que constituem relação de direito de família” (Agravado de Instrumento n. 2000.014592-0, de Ponte Serrada, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 10-4-01).

mita a aplicação do instituto da prisão civil somente em face de alimentos derivados do vínculo familiar. A Constituição Federal se limita a falar em “alimentos”, não criando qualquer outra distinção ou restrição, não sendo possível ao legislador ou ao intérprete, portanto, fazê-lo, pena de subverter o próprio significado do dispositivo e, assim, infringir regra comezinha de hermenêutica constitucional, que é justamente conferir a maior aplicação possível aos mandamentos constitucionais, segundo ensinamento sempre presente de Canotilho²⁸.

E não convence o só argumento de que disposições restritivas de direitos devem ser interpretadas restritivamente, porque aqui a situação que se apresenta é de nítido choque de direitos fundamentais (o devedor dos alimentos com relação à sua liberdade individual e o credor no que toca à sua própria existência), a exigir maior exercício de interpretação, sobretudo a fim de que seja realizada a ponderação dos valores em jogo.

Ademais, ainda que seja certo que disposições restritivas de direitos não podem ser alargadas, isso somente se verifica quando o for de forma injustificada, o que não é o caso da prisão do devedor de alimentos originados de ato ilícito, mesmo porque é também certo que, “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Bem por isso, uma vez sopesados os bens envolvidos (a vida e a liberdade), parece não haver nenhuma dúvida de que a situação há de se resolver a favor do credor dos alimentos, para que assim reste preservado o bem jurídico mais valioso: a vida.

Oportunas, aqui, *mutatis mutandis*, afiguram-se as palavras de Arnaldo Marmitt:

“Desde priscas eras, ainda antes do cristianismo, a orientação é a de que não se responde por dívida com o corpo, mas só com o patrimônio. Entretanto, por melhores e mais jurídicos argumentos que se apresentem em tal sentido, a verdade é que a prisão por vezes se impõe, por um dever de consciência e de

28 *Apud* MORAES, 2002, p. 44.

justiça. [...] Mil vezes pior e mais desumano que prender alguém, para obrigá-lo a alimentar os filhinhos que procriou, é deixá-los passar por privações e necessidades. Haverá injustiça e injuricidade maior do que esta? Valem aí as palavras de João Claudino de Oliveira e Cruz: ‘Pior do que a prisão do devedor é a necessidade ou a fome do alimentando’ (Dos Alimentos no Direito de Família – p. 362). Afinal, onde fica o direito à vida dessas crianças? Não é o direito à vida maior que qualquer ato que vise forçar o inadimplemento a alimentar a quem deve? Pode alguém viver sem alimentação? Mesmo que fosse abominável o aprisionamento em tais condições efetuado, mais detestável seria, sem dúvida, deixar morrer o ser humano, sem alcançar-lhe o indispensável para a sobrevivência. Isso é natural e lógico. Pretender o contrário seria irracional, absurdo e indigno da espécie humana.

“A violência da medida encontra respaldo nas graves consequências resultantes da negativa do pagamento de alimentos a quem os necessita, máxime para sobreviver. *Alimenta denegans, necare videtur*, já afirmavam os antigos romanos”²⁹.

De todo modo, essa é a interpretação que, atendendo até mesmo ao que dispõe o art. 1º, III, da Constituição Federal³⁰ – deve servir de baliza à compreensão dos demais dispositivos constitucionais, porque nossa Constituição é plástica, na exata expressão de Raul Machado Horta³¹ –, confere real eficácia e garante aplicação efetiva do disposto no inciso LXVII da Carta Magna.

Nada obstante, ainda que se insista no raciocínio combatido, de se ver que em reforço à tese aqui defendida está o fato de que a própria Constituição Federal, à míngua de dispositivo expresso no rol do art. 5º, indica em seu art. 100, §1ºA, o que se

29 MARMITT, 1989, p. 18 e 19.

30 E nem se diga, por obviedade, que o fato de o credor de alimentos ficar na penúria não constituir ofensa ao princípio da dignidade humana.

31 Diz esse autor ser a Constituição Federal “plástica” porque, em a analisando, vê que a precedência dos princípios fundamentais da República “serve à interpretação da Constituição, para extrair dessa nova disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador” (*Apud* MORAES, 2002, p. 44).

deve entender por alimentos, definindo-os como sendo aqueles decorrentes de “indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado”, de modo que, também por isso, inegavelmente autorizado está o uso da prisão civil em face do inadimplente de alimentos derivados de ato ilícito.

Incorrem em novo equívoco também os que censuram a prisão civil por inadimplemento de obrigação *ex delicto* quando dizem que isso se dá porque os alimentos a que se refere o art. 948 do Código Civil não constituem propriamente verba alimentar, mas, sim, indenizatória. Isso porque, nada obstante a falta de técnica legislativa que fez constar apenas como “indenização” o disposto no Capítulo II, do Título IX, da Parte do Direito das Obrigações do Código Civil vigente, exsurge claro dos próprios termos do art. 948 do mesmo Diploma legal que os alimentos serão pagos justamente “às pessoas a quem o morto os devia”. Ou seja, como dizer que essa verba não é alimentar, se ela se presta claramente a saciar os alimentos (compreendido o termo como verba necessária a suprir as necessidades primeiras da vida) que eram prestados pelo falecido?

Como querer tachar tal verba de indenizatória, se a própria jurisprudência elegeu o valor dos rendimentos do falecido, assim como a idade provável de sobrevivência dele (agora taxativamente disposto na cabeça do art. 948 do Código Civil) e aquela de seus dependentes como parâmetros para fixação da dita pensão?

Na verdade, a par dessas indagações, é bastante ilógico querer impingir o título de indenização aos alimentos previstos no art. 948 do Código Civil, uma vez que os danos materiais – verdadeira indenização, pois – são indenizados à parte, ao lado de eventuais danos morais. Os alimentos, no caso, são devidos tão-somente em razão do ofensor ter ceifado a fonte de sustento daqueles que dependiam do falecido, de modo que, repita-se, ganhará o Reino dos Céus aquele que conseguir afirmar, então, considerando o que dispõe o art. 948, II, do Código Civil, que essa verba não se prestará ao sustento daqueles a quem o defunto os devia.

– A propósito, o próprio termo “indenização” (*in dene*; sem dano) usado por aqueles que sustentam a natureza indenizatória

da verba recebida a título de alimentos pelos dependentes do falecido reflete o equívoco havido, já que não há por força da verba prevista no art. 948, II, do Código Civil nenhuma recomposição de prejuízo experimentado, mas tão-somente transposição para o ofensor da obrigação de sustento daqueles a quem o defunto mantinha.

Ademais, *data venia*, há contradição na doutrina e jurisprudência restritivas quando se vê, por exemplo, que o Superior Tribunal de Justiça, embora sustentando que a pensão por ato ilícito tem natureza indenizatória, admitiu, com base no art. 602, § 3º, do Código de Processo Civil, a majoração de pensão fixada por ato ilícito³². Ora, ou essa verba tem natureza indenizatória, e aí, de fato, não haveria lugar para majorar nenhuma indenização fixada – porque em regra ela é definida em razão do dano experimentado –, ou então se admite a majoração da pensão nos termos do dispositivo legal mencionado, sendo forçoso se admitir, em contrapartida, conseqüentemente, que essa verba tem natureza alimentar!

De todo modo, diante desses argumentos, ligados ao conceito de jurisdição como instrumento de pacificação social e resolução de injustiças, só é possível pensar contrariamente à prisão civil do devedor de alimentos em razão de obrigação *ex delicto* quando nos deixamos contaminar pelo ranço do processo como instrumento intocável e frio, desinteressado do resultado útil da demanda e da efetiva solução dos conflitos apresentados ao Estado-Juiz, ou, ainda, quando não realizada a ponderação de bens jurídicos como vida e liberdade, ou, então, tal como diz Luiz Guilherme Marinoni, se considerarmos “que os filhos daquele que se afasta do lar merecem tutela jurisdicional mais efetiva do que os filhos que têm o pai morto em acidente automobilístico”³³.

32 “Ato Ilícito – Indenização – Alimentos. Embora não se confundam com os alimentos devidos em razão do Direito de Família, tendo caráter indenizatório, de ressarcimento, sujeitam-se à revisão, havendo modificação nas condições econômicas, consoante dispõe o artigo 602, §3º, do CPC. Hipótese em que o indexador utilizado teria levado a que prestações devidas sofressem sensível redução de seu valor real” (REsp n. 22.459-1, de São Paulo, rel. Ministro Eduardo Ribeiro, j. 23-3-93).

33 *Apud* SOUZA FILHO, 2004.

A propósito, imprescindível invocar novamente as palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

“No CPC, especificamente entre os arts. 732 e 735, é prevista a chamada ‘execução de prestação alimentícia’. Sustenta-se que esse procedimento não é aplicável aos alimentos indenizativos, mas apenas aos alimentos de direito de família. Assim não seria possível, para se dar efetividade aos indenizativos, o uso da prisão (art. 733, § 1º, CPC) ou o desconto em folha (art. 734, CPC).

“Essa última posição entende que a diversidade da fonte dos alimentos pode justificar a diferenciação dos meios de execução. Mas a conclusão é extraída de premissa falsa, pois a fonte dos alimentos não importa quando aponta para o mesmo grau de necessidade. Ora, como é absolutamente lógico, o que deve levar à discriminação dos meios executivos é a necessidade da soma em dinheiro, e não a fonte dos alimentos.

“Se a necessidade do credor de alimentos de direito de família é a mesma da do credor de alimentos indenizativos, e se esse último possui direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, é obrigatória a conclusão de que os meios executivos que estão nos arts. 733 e 734 do CPC são aplicáveis aos alimentos fundados em ato ilícito. Frise-se, aliás, que a Constituição Federal, ao afirmar que a prisão civil é possível em caso de dívida alimentar (art. 5º, LXVII, CF), teve a intenção de deixar evidenciada a possibilidade de se usar a prisão, como meio de coerção, em relação a qualquer espécie de obrigação alimentar. Tanto é que não fez qualquer alusão à fonte dos alimentos que por ela poderiam ser beneficiados”³⁴.

No mesmo sentido comenta Arnaldo Marmitt:

“Na forma do artigo 1.537, II, do Código Civil, ‘a indenização, no caso de homicídio, consiste na prestação de alimentos às pessoas a que o defunto os devia’. Essa espécie de indenização tem caráter alimentar, e não raro é procrastinada de todas as for-

34 MARINONI, 2004.

mas. Os devedores muitas vezes se mostram totalmente insensíveis e até desrespeitosos, tanto para com o credor, como para com a própria justiça, ao relutarem em não pagar o que devem, e em criarem os mais diversos obstáculos para que a prestação jurisdicional se retarde o mais possível, apesar das necessidades prementes dos postulantes.

“Em razão disso, ao serem intimados para efetuarem o pagamento do *quantum* devido em um tríduo, pena de prisão de até noventa dias, impetram mandado de segurança, julgando-se no direito líquido e certo de não precisarem sofrer semelhante ameaça e humilhação.

“Todavia, não tem consistência a sua irresignação. Se na qualidade de demandados em ação ressarcitória foram condenados a pagar pensão alimentícia, sem cumprirem a sentença transitada em julgado, nenhum direito líquido e certo lhes assiste, e que seja amparado por mandado de segurança. A própria Constituição Federal autoriza a decretação judicial da prisão civil por inadimplência de obrigação alimentar. Não resta outra alternativa aos inadimplentes em circunstâncias que tais, do que submeter-se à coisa julgada e satisfazer a condenação, não havendo nem mesmo amparo legal a que seja dado efeito suspensivo a agravo de instrumento que acaso tenham interposto.

“Ensina a propósito Carvalho Santos que o ‘cônjuge sobrevivente, os ascendentes, descendentes e irmãos terão direito à indenização correspondente aos alimentos que o falecido teria de prestar se fosse vivo’. Na determinação dessa obrigação, continua o provecto jurista, ‘aplicam-se as regras estabelecidas nos artigos 396 e seguintes, com as adaptações exigidas pelas circunstâncias (Clóvis Beviláqua, ob. cit., observação ao art. 1.537), mesmo porque, como está no texto do artigo que comentamos, só têm direito à indenização referente à prestação de alimentos as pessoas a que se referem os arts. 396 e seguintes, do Código Civil’ (Código Civil Brasileiro Interpretado – 21/83).

“A jurisprudência conforta essa interpretação, autorizando o decreto da medida restritiva da liberdade ao devedor de alimen-

tos devidos na forma do artigo 1.537, II, do Código Civil, e permissivo constitucional atinente” (JTACSP – 102/85)³⁵.

Assim, uma vez fixada a natureza alimentar da obrigação decorrente de ato ilícito, cabível, sem prejuízo do disposto no art. 461 do Código de Processo Civil, que o credor dos alimentos mova execução dessa verba pelo rito previsto no art. 733 do mesmo Diploma Legal, ainda mesmo que esses alimentos sejam decorrentes de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, valendo-se, portanto, da prisão civil do inadimplente.

Nesse sentido, traz-se novamente a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

“Problema maior surge quando nos deparamos com a sentença que condena ao pagamento de soma em dinheiro. Nesses casos, a tutela antecipatória estará a serviço de um direito conexo ao direito de crédito (soma em dinheiro). É o direito que depende da imediata realização do direito de crédito que pode ser lesado. Note-se que os conhecidos ‘alimentos provisionais’ constituem exemplo de antecipação da soma em dinheiro, já que visam justamente tutelar um direito conexo do direito de crédito. Não há razão, portanto, para não admitir tutela antecipatória de soma em dinheiro em ação que vise à condenação em dinheiro por ter sido praticado um dano (quando esse dano faz surgir situação que exige que o lesado tenha que urgentemente desembolsar soma em dinheiro para que dano diverso não seja ocasionado).

“Quando se pensa na tutela antecipatória em face da sentença condenatória somente é possível pensar em tutela que possa ser efetivada no curso do processo, já que de outra forma teremos uma tutela concedida, mas que não pode ser utilmente efetivada, o que é o mesmo que transformar a tutela antecipatória em uma ‘tutela pela metade’, ou em tutela que não traz nenhum resultado útil”³⁶.

Adiante, arremata o mesmo autor:

35 MARMITT, 1989, p. 138-139.

36 MARINONI, 2005, p. 218.

No caso em que se pretende soma em dinheiro, o autor não deseja, como é evidente, apenas penhora do bem do devedor (para assegurar o recebimento futuro da soma), ou assegurar a efetividade da sentença condenatória. O que pretende o autor é obter, desde logo, soma em dinheiro para que outro bem não seja irreparavelmente lesado. O problema é que o procedimento comum da execução por quantia certa, previsto no CPC, é sabidamente muito demorado. Desse modo, quando a soma postulada pode ser qualificada de alimentar (v.g., alimentos indenizativos), a execução poderá ser feita de conformidade com as regras previstas entre os arts. 732 e 735 do CPC, pouco importando a fonte do direito aos alimentos (se legal ou fundada em ato ilícito), até porque não há como se dar meios executivos diferentes para hipóteses substancialmente iguais (ou melhor, hipóteses que exigem imediata satisfação do direito de crédito). Ora, o credor de alimentos, seja qual for sua fonte, não pode dar-se ao luxo de esperar o tempo dos procedimentos comuns de conhecimento e de execução”³⁷.

Insista-se: diante de todas as assertivas declinadas, não se diga em nenhum momento que a prisão é medida odiosa, já que a ponderação dos valores em jogo (a vida e a liberdade), sobretudo, inegavelmente se debruça a favor da manutenção do alimentado, a bem de quem a efetividade do processo, outrossim, deve ser assegurada.

A propósito, Araken de Assis ressalta:

“[...] contra o meio executório da coação pessoal se opõe tenazmente a força do preconceito, ignoradas a utilidade e a natureza do mecanismo. Entretanto, o estudo científico dos meios executórios, avaliados e pesados como expedientes práticos, predispostos com o único propósito de realizar as operações materiais destinadas ao implemento executivo da eficácia sentencial condenatória, revela a verdade. A prisão civil do alimentante não merece a pátina de coisa obsoleta, entulho autoritário e violento só a custo tolerado e admitido no ordenamento jurídico contem-

37 MARINONI, 2005, p. 218.

porâneo. Em nome da ideologia liberal, preocupada em preservar o princípio da intangibilidade física, ainda que provoque a dor, a penúria e mesmo a morte do alimentário, avalia-se desfavoravelmente o aprisionamento do executado”³⁸.

Enfim, de qualquer ângulo que se vê a questão, seja pelo fato de a Constituição Federal não vedar a prisão civil em caso de alimentos derivados de ato ilícito, seja porque esses alimentos não têm natureza indenizatória, mas sim alimentar, como demonstrado, bem se vê que a autoridade judiciária pode, sim, amparada pelo ordenamento jurídico nacional, decretar a prisão civil do devedor de alimentos advindo de obrigação *ex delicto*, nos mesmos termos que o faz quando se cuida dos ditos alimentos legítimos.

Registra-se, derradeiramente, que essa é, sem dúvida, a solução que mais se aproxima do conceito moderno de processo como instrumento para efetiva realização do direito material almejado, bem como para consagração da justiça e da pacificação social.

Nessa ótica, para finalizar, traz-se as palavras sempre sábias do eminente Des. Pedro Manoel Abreu:

“A concepção social do processo, como instrumento político de efetivação do próprio direito, de fato, parece ser o grande desafio a ser vencido na construção de uma nova justiça no Brasil e no mundo, numa perspectiva de democratização e de cidadania.

“Nesse norte, o processo não é apenas um instrumento técnico. Tem-se destacado repetidamente o seu conteúdo ético como instrumento que permite à jurisdição a realização de seus escopos sociais e políticos. E, para que sejam legítimos, necessitam representar as mais verdadeiras aspirações da sociedade.

“Para Cintra, Grinover e Dinamarco, se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um processo de massa, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supra-individuais e relativa su-

38 ASSIS, 1993, p. 120-121.

peração das posturas individualistas dominantes; se postulamos uma sociedade pluralista, marcada pelo ideal isonômico, é preciso ter também um processo sem óbices econômicos e sociais ao pleno acesso à justiça; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com os seus escopos, é preciso também relativizar o valor das formas e saber utilizá-las e exigi-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objeto que justifica a instituição de cada uma delas”³⁹.

6. Considerações finais

Diante de todo o demonstrado, resta claro que a concepção tradicional de que a prisão civil como medida de exceção, somente possível no caso de alimentos não adimplidos originados da relação de parentesco (ou seja, quando a obrigação for originada do Direito de Família), não mais encontra lastro no ordenamento jurídico nacional, notadamente quando se busca a efetiva realização do direito material e a implementação de uma ordem jurídica justa.

Nada obstante, a corrente majoritária sobre o tema, restritiva e mais dogmática, a posição agora defendida vem ganhando força, sobretudo, na doutrina nacional, justamente ao argumento de que, como demonstrado, os alimentos, sejam originados da relação de parentesco ou derivados de ato ilícito, sempre se prestam a garantir a subsistência do alimentado, bem maior que a Constituição Federal buscou defender, tanto que a Carta Magna não faz nenhuma distinção no que toca à prisão civil do devedor de alimentos.

Ademais, em exercício de interpretação sistemática, vê-se que a própria Constituição Federal, em seu § 1ºA, do art. 100, traz a definição do que sejam alimentos, definindo-os, dentre outras fontes descritas, como sendo “aqueles decorrentes de indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado”.

39 ABREU, 2004, p. 44 e 45.

Bem por isso tem-se que a prisão civil do devedor de alimentos é medida executiva que não pode ter sua aplicabilidade restringida por conta da fonte da obrigação alimentar. Alimentos, *lato sensu*, abstraída sua fonte, são destinados à subsistência do alimentado e como tais devem ser tratados à luz do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. Não pode o intérprete, por isso, limitar a proteção destinada ao necessitado por meio de uma concepção restritiva, notadamente quando cotejados os bens jurídicos envolvidos, e, ainda, quando considerados o princípio da efetividade do processo e o fim maior da jurisdição, qual seja, a realização efetiva e prática da justiça.

Oportuna, aqui, então, a lição de Araken de Assis, quando destaca que “o verdadeiro espírito da lei é o de franquear meios executórios mais lesto e eficazes aos alimentários em geral, deixando de discriminá-los em razão da fonte da obrigação alimentar”⁴⁰.

De todo modo, diante desses elementos, vê-se que a prisão civil do devedor de alimentos derivados de ato ilícito é medida que encontra lastro no ordenamento jurídico e acrescenta valor à própria concepção de justiça, valendo trazer a respeito, então, em arremate, os valiosos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni:

“A tese que discrimina o credor de alimentos indenizativos, ilógica e distante da realidade social, certamente será superada pelo juiz atento ao espírito da reforma do Código, que realça com mais força, em nome do princípio da isonomia, o valor da efetividade. Todos os que conhecem a realidade da prática forense sabem que os réus de ações de indenização, principalmente quando o autor é economicamente frágil, valem-se da demora do processo para obter vantagens econômicas. De fato, o autor, nestas ações, não raramente é obrigado a abrir mão de parte de seu direito apenas por não poder suportar a lentidão da justiça”⁴¹.

Destarte, diante de todos esses motivos, expostos ainda que de forma contrária ao que se vem aplicando, conclui-se, *data*

40 *Apud* MARINONI, 1999, p. 204.

41 MARINONI, 1999, p. 205.

venia, que não há o intérprete ou o julgador querer restringir o alcance da prisão do devedor de alimentos (de extrema importância na realização prática do direito material perseguido) tão-somente àqueles advindos do Direito de Família.

7. Referências bibliográficas

ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ASSIS, Araken de. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. São Paulo: RT, 2001.

BRASIL. *Código Civil. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Código Civil. Lei n. 10.446/02, de 11 de janeiro de 2002*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2001.

_____. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. In: *Código Civil*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Lei n. 5.478/68*. Dispõe sobre a ação de alimentos. In: *Código de Processo Civil*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 22.459-1, de São Paulo. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Brasília, 23 de março de 1993. Disponível em: <www.stj.sc.gov.br/jurisprudencia/menu.htm>. Acesso em: 20 set. 2005.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *Alimentos transitórios: uma obrigação por tempo certo*. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 11. ed., Forense: Rio de Janeiro, 1999.

MARMITT, Arnaldo. *Prisão civil por alimentos e depositário infiel*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

_____. *Pensão alimentícia*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed., São Paulo: RT, 2005.

_____. *A antecipação de tutela*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *A efetividade da multa na execução da sentença que condena a pagar dinheiro*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 500, 19 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5953>>. Acesso em: 26 jul. 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 2003.004010-2, de Urussanga. Relator Desembargador Luiz Carlos Freyesleben. Florianópolis, 3 de abril de 2003. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/menu.htm>. Acesso em: 20 mar. 2005.

_____. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 2001.020717-6, de Tangará. Relator Desembargador Cesar Abreu. Florianópolis, 5 de novembro de 2001. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/menu.htm>. Acesso em: 20 mar. 2005.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2000.014592-0, de Ponte Serrada. Relator Desembargador Carlos Prudêncio. Florianópolis, 10 de abril de 2001. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/menu.htm>. Acesso em: 20 mar. 2005.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2001.001647-3, de Laguna. Relator Desembargador Carlos Prudêncio. Florianópolis, 25 de fevereiro de 2003. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/menu.htm>. Acesso em: 20 mar. 2005.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2002.024362-6, de Itajaí. Relator Desembargador Francisco Oliveira Filho. Florianópolis, 22 de setembro de 2003. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/menu.htm>. Acesso em: 20 set. 2005.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

SOUZA FILHO, Luciano Marinho de B. E. *Breves considerações acerca da prisão civil por inadimplemento de pensão alimentícia*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 182, 4 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4670>>. Acesso em: 26 jan. 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de família*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

A IDÉIA DE VALOR COMO FUNDAMENTO DO DIREITO

Moacyr Motta da Silva¹

Sumário: O estudo sobre o conceito de valor como fundamento do Direito desenvolve-se, no presente trabalho, do ângulo da Filosofia do Direito. A primeira providência metodológica consiste na determinação dos objetivos. Objetivo geral: investigar a categoria valor, do ponto de vista multidisciplinar, para teorizá-lo como manifestação da Sociedade. Objetivos específicos: a) formular proposições destinadas à construção de valor, que considerem o Ser humano o centro de todas as atenções; b) teorizar a idéia de valor como fundamento do Direito. A exigência metodológica consiste na indicação dos critérios que examinam o conceito de valor. Indica-se, para o primeiro momento, o método dedutivo com o aporte de reflexão dialética.

Palavras-chave: Direito – Justiça – Valor

Abstract: *The Idea of Value as a foundation of Law*

1 Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor aposentado da Universidade Federal de Santa Catarina, Curso de Direito: Programas de Mestrado e de Doutorado. Professor titular do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí: Programas de Mestrado e de Doutorado. Professor Pesquisador do CNPq.

Abstract: *The study on the concept of value as a foundation of Law is developed here from the standpoint of the Philosophy of Law. The first methodological task consists in determining the objectives. General objective: to investigate the category value from a multidisciplinary point of view in order to theorize about it as a manifestation of Society. Specific objectives: a) to formulate propositions directed to the construction of value that considers the human being as the center of all attention; b) to theorize about the idea of value as a foundation of Law. The methodological demand consists in indicating the criteria that examine the concept of value. At first, the deductive method plus the contribution of a dialectical reflection is indicated.*

Introdução

O presente estudo vem homenagear o Professor Doutor Osvaldo Ferreira de Melo, por seus dez anos dedicados à criação do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali. Particularmente, sou grato à vida, por haver conhecido o mestre Osvaldo Ferreira de Melo. Independente do elevado conhecimento da Filosofia do Direito, três virtudes morais destacam-se no mestre de todos nós: a humildade, a prudência e a justiça.

O artigo denominado “A idéia de Valor como fundamento do Direito” apresenta como base teórica o pensamento de Platão, Aristóteles, Tomaz de Aquino, Karl Marx, Johannes Hessen e Miguel Reale. O texto acha-se estruturado a partir dos seguintes capítulos: Valor como Idéia – Valor como Realidade – A Justiça como valor para a Filosofia Cristã – Valor e Trabalho Humano – Valor e Experiência – Valor e Cultura. Trata-se de trabalho científico vocacionado ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali.

O trabalho inicia com a proposta de investigar aspectos da categoria valor para admiti-lo como expressão da Sociedade. Por “expressão da Sociedade” entende-se o modo de viver, de pensar, de agir livremente do ser humano, considerado em sentido coletivo, em forma de vida organizada. As manifestações de bem viver, do bem comum, inspiradas na paz, na justiça, geradas nos interesses comuns do povo, que dimanam da vida humana em

Sociedade, são reconhecidas como valores para o Direito. Reconhece-se a complexidade que envolve o tema. Por esse motivo faz-se a observação. Uma das dificuldades a ser enfrentada no trabalho reside no sentido polissêmico do termo. A categoria valor possui amplo campo de aplicação. Daí a versatilidade de apropriação da palavra, em diversas áreas do saber, com sentido próprio. Do ângulo da Filosofia,² o estudo que se ocupa da teoria dos valores denomina-se Axiologia. Esta instância de saber investiga as coisas materiais e imateriais que podem ser objeto de juízo de valor. A Axiologia indaga a natureza dos valores, como estes se apresentam, qual a sua essência, de que forma se constituem. O campo de investigação da Axiologia é infinito.

O valor permite ser observado em todas as esferas em que se encontre o homem, seja na política, na jurídica, na social. O valor pode ser estudado em todas as formas de Sociedades. Em princípio, não há escala hierárquica de valores de critério universal. Por este entendimento, o princípio da relatividade conceitual se ajusta a esta investigação. Como regra, o grau de hierarquia para a classificação dos valores depende do ângulo de observação daquele que formula a escala de grandeza.

A pesquisa toma como marco teórico o pensamento dos seguintes filósofos: Platão, Aristóteles, Tomaz de Aquino, Karl Marx, Johannes Hessen e Miguel Reale. Por necessidade acadêmica, o autor socorre-se de inúmeros pensadores, tanto para entender com maior profundidade os assuntos estudados quanto para elucidar determinadas categorias lingüísticas. A lógica de investigação aproxima-se do método dedutivo, acompanhado do reflexivo-dialético. O leitor observa que a proposta acadêmica consiste em reunir pensamentos de diversos tratadistas, com o fim de alcançar uma formulação geral e objetiva. Esta opção metodológica estimula o estudo numa visão reflexiva-dialética.

2 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi *et al.*, 2. ed., São Paulo: Mestre Jou, 1962, p. 96.

Desenvolvimento

Valor como idéia

Platão foi o pensador selecionado para iniciar a busca de aspectos do conceito de valor³. O autor tem clara a noção de que se trata de tarefa complexa, sobretudo pelo volume de obras do filósofo. Segundo pesquisa bibliográfica realizada, Platão foi um intelectual interessado na organização política de sua pólis⁴. Durante a vida, foi incansável pensador voltado para um modelo de organização política justa. A leitura das obras *A República*⁵ e *As Leis*⁶ revela o Estado ideal pensado por Platão. Uma das maiores preocupações do filósofo talvez se concentrasse nas questões ligadas ao conhecimento, o saber (*epistémē*). Somente pelo conhecimento (*epistémē*) se alcançaria o sentido da virtude, da linguagem, da música, das artes, da ética, da estética, da justiça. Essas disciplinas constituíam a base do saber necessário para a Sociedade ateniense alcançar a felicidade. Entre os temas referidos por Platão, destaca-se o pensamento atribuído a Protágoras⁷: “o homem é a medida de todas as coisas”⁸. Embora a locução pareça ser enigmática, respeitadas particularidades históricas e lingüísticas, é possível extrair-se certas idéias que o pensamento evoca.

-
- 3 PLATÃO. Nasceu em Atenas, pequena ilha grega do mar Egeu. A data de seu nascimento não é precisa, entre 428 ou 427 a.C. Sua família pertencia à alta aristocracia ateniense. O nome descende de seu avô, Aristocles. O nome Platão designa alcunha que lhe foi dada para designar o extraordinário volume de sua testa ou a largura excepcional dos ombros. Ainda na tenra idade foi encaminhado para receber educação destinada às crianças das famílias nobres. Platão estudou com Sócrates, entre os anos a. C. 408 a 399, a partir de seus vinte anos. PLATÃO. *Gaston Maire*. Trad. de Rui Pacheco. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996, p. 10.
 - 4 PLATÃO *Diálogos*. Apologia, Críton, Eutífron, Íon, Lisis, Cármides, Hípias Menor, Hípias Mayor, Laquês, Protágoras. Trad. J. Calonge *et al.* Madrid: Editorial Gredos — Protágoas 319, 1997.
 - 5 PLATÃO. *A República*. 8. ed. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
 - 6 PLATÃO. *As Leis*. Trad. Edson Bini. Bauru. São Paulo: Edipro. 1999.
 - 7 Protágoras, nascido em Abdera, por volta de 492 a. C, falecera aproximadamente em 422 a. C. Protágoras integra, ao lado de Górgias, Hípias, Crítias, Trasímaco, a Escola dos Sofistas.
 - 8 Platão. *Diálogos*. Teeteto Crátilo. Trad. direta do Grego, Carlos Alberto Nunes. 3. ed., Editora Universitária. UFPA 2001, par. 178 b.

Do ângulo da teoria do conhecimento, o homem, como representante do gênero humano, constitui o centro de atenção de todo saber. O traço distintivo do ser humano, nesta linha de pensamento, apóia-se na aptidão de pensar, de agir, de deduzir. Esta marca nenhum outro ser da escala biológica a possui. Por sua capacidade de raciocinar, o ser humano é capaz de criar novas condições de ambiente artificiais para si, aproveitando o que as leis da natureza lhe oferecem. Este segundo mundo artificial, de acordo com a teoria do conhecimento, denomina-se cultura. Constituem modalidades culturais: a organização política da Sociedade, o direito, a justiça, a ética, a moral, as religiões e outras instituições humanas. No plano da harmonia da Sociedade política, a combinação das categorias culturais destacadas aparece com o sentido do belo. Instituições imateriais que o ser humano escolhe como valores necessários para a convivência pacífica em Sociedade. A razão humana seleciona um conjunto de valores sem os quais nenhuma Sociedade consegue viver. A necessidade de combinação de valores como o direito, a justiça, a ética, a moral, a religião são pensados no sentido do belo, como modelo ideal de Sociedade organizada. Inspirado nesse entendimento, o autor do presente estudo procurar destacar pontos conceituais correspondentes à estética⁹. O belo como valor estudado por Dufrene¹⁰ recupera os ensinamentos de Platão.

9 Estética. A palavra estética, do grego *aísthesis*, *aisthanesthai*, designa percepção pelos sentidos, pela inteligência. Designa, também, sensação ou conhecimento daquilo que agrada. Foi empregada para o estudo da beleza sensória. Na Clássica Filosofia Platônica e Aristotélica, parece não ter sido empregada a palavra estética. Platão trata o belo puramente do ângulo das idéias, desprovido de qualquer sentido empírico. Para esse filósofo a verdade, o bem, a perfeição constituem expressões do belo. Aristóteles focaliza o belo em relação ao mundo real. Na filosofia de Kant, aparece a Estética Transcendental. In KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Valério Roden *et al.* São Paulo: Abril Cultural. 1980. par. 33 e Analítica do Belo – Crítica do Juízo. In KANT, I. *Textos Seleccionados*. Trad. Tânia Maria Bernkopf *et al.* São Paulo. Abril Cultural. 1980, parágrafos 1-22. Na obra: HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do espírito*. Volume único. Trad. Paulo Menezes *et al.*, 7ª ed., Petrópolis: Vozes, 2002, encontram-se inúmeras passagens que parecem atribuir o sentido de estética como forma de percepção do sentido: Obra de Arte Abstrata, 705-719, Obra de Arte Viva, 720-726 e A obra de Arte Espiritual, 720-747.

10 DUFRENNE, Mikel. *Estética Filosófica*. Trad. Roberto Figurelli. São Paulo. Perspectiva, 2004.

Os discursos desenvolvidos por Platão no Banquete¹¹ revelam temas voltados à percepção do belo. Significa a capacidade intelectual de identificar, de perceber o belo. Este representa a sensação que causa prazer ao espírito. No discurso apresentado por Erixímaco, o palestrante trata da arte musical¹². O texto focaliza a idéia do belo no sentido da harmonia. Heráclito, como interlocutor, assinala que na arte musical aparecem instrumentos de diferentes formas. Há som agudo e som grave. O sentido de arte musical reside na combinação harmônica entre o grave e o agudo, a concordância entre o antes e o depois. Ainda que o som grave e o agudo constituam unidades distintas, será no conjunto de ambos que surge a harmonia¹³. A beleza musical funda-se na combinação dos diferentes graus de sons. Platão, ao colocar em seus diálogos temas sobre a arte musical, lança a idéia do belo, do equilíbrio, da harmonia, do ponto de vista da percepção subjetiva.

A teoria estética de Platão denota que não só o belo voltado à arte musical causa sensação agradável. Igualmente, o amor, a sabedoria, as leis morais, a justiça, a educação representam formas ideais do belo¹⁴. A educação como expressão estética é tratada por Platão como conhecimento¹⁵. Representa o conhecimento a partir das idéias. Segundo Platão, o conhecimento, a verdade provêm das idéias¹⁶. A teoria do conhecimento (*epistémé*) desenvolvida por Platão afasta-se do conhecimento pelos sentidos (empírico). O Estado constitui a instituição natural da

11 BANQUETE. Trata-se de um conjunto de discursos. Vários são os personagens que aparecem nos trechos. Os temas são de diferentes tipos, indo desde o amor, a justiça, a educação, as virtudes, o bem e o mal. Inclui temas relativos ao belo, à harmonia, à uniformidade. Neste aspecto, é correto falar-se em estética.

12 *Op. cit.*, par. 187, in PLATÃO. *Mênon-Banquete – Fedro*. Trad. Jorge Paleikat. 5. ed., Porto Alegre, 1962.

13 *Op. cit.*, par. 187 c.

14 *Op. cit.*, par. 208-211.

15 Livro II, in PLATÃO. *As Leis*. Trad. Edson Bini. Bauru. São Paulo: Edipro. 1999. Para a filosofia contemporânea, educação corresponde à Teoria do Conhecimento.

16 Par. 100 a, in PLATÃO. *Diálogos*. O Banquete – Fédon – Sofista – Político. Trad. José Cavalcante de Souza *et alii*, 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983.

geração do conhecimento¹⁷. A educação do jovem deve estar comprometida com os fins do Estado, a segurança, a justiça, a paz, a felicidade. A ausência da educação torna o ser humano insolente, despreparado para conviver em Sociedade. A educação orienta o jovem a amar a si, o próximo, as instituições. A política da educação deve dirigir-se para o Ser, desde a juventude, em sentido pleno. Somente o conhecimento exclusivo de técnicas, de habilidades manuais não torna o ser humano educado. Há necessidade da formação intelectual e espiritual. O conhecimento das virtudes morais precede ao conhecimento de técnicas. Virtude moral designa o conhecimento pela razão que orienta as ações no sentido do bem, em oposição ao mal. Concretiza-se com as práticas sociais. O bem volta-se para a idéia da luz, da verdade. A justiça só se desenvolve por pessoas educadas na formação da virtude. O método, na teoria de Platão, constitui um dos elementos necessários ao conhecimento¹⁸. Há um momento da vida do ser humano em que a educação deve iniciar. A criança, por sua natureza, desenvolve duas sensações: a alegria e a dor. Nenhum Ser pode viver movido por esses dois extremos. Se assim ocorresse, o mundo seria o caos, a desordem. É neste momento que aparece a educação como instrumento necessário para a organização da vida em Sociedade. Na medida em que a educação se desenvolve, o Ser passa a conhecer, controlar e orientar as sensações de alegria e de dor. Do mesmo modo, dá-se com o ódio, a injustiça, a intemperança, a imprudência, a violência. O valor da educação, nessa linha de estudo, revela-se como instrumento de aperfeiçoamento físico, espiritual e moral do Ser humano.

Valor e o plano do sensível

O estudo da palavra valor, tratada no primeiro momento deste capítulo, apresenta observações de ordem da linguagem. Leitura desenvolvida na obra de Chauí revela que a linguagem grega da clássica filosofia da antigüidade não dispunha de pala-

17 *Op. cit.*, p. 89.

18 *Op. cit.*, p. 85.

vras próprias para designar o que nosso idioma distingue como: *valor e causa; norma e regra; ser e realidade*¹⁹. Segundo registros de Chauí, a filosofia grega adotava a categoria *lógos*²⁰ com significação ampla para qualquer das categorias referidas. O termo *lógos*, dependendo do contexto da linguagem, equivalia à idéia de valor. Diante da impossibilidade de se encontrar a palavra valor, conforme o demonstrado, esta dificuldade motiva-nos a buscar outra categoria, cujo sentido temático se aproxime da idéia de valor. A investigação em torno da obra *Metafísica*, de Aristóteles²¹, revela a existência de Categorias²². Entre as formuladas por Aristóteles, destaca-se a qualidade²³. Provavelmente, a criação de categorias construídas por Aristóteles foi com objetivos científicos. As categorias são formuladas para agrupar os gêneros de palavras, as espécies e acidentes²⁴. A partir do estudo particularizado de cada categoria, torna-se possível investigar se uma é

19 CHAUI, Marilena. *Introdução à História da Filosofia*. Dos Pré-Socráticos a Aristóteles. Volume I, 2ª edição revista e ampliada. São Paulo. Companhia das Letras. 2002, p. 37.

20 O infinitivo de *lego* (1ª pessoa do singular do presente do indicativo do verbo *legere*, 3ª conjugação latina) é *legere*. Significa 1. reunir, colher, contar, enumerar, calcular; 2. narrar, pronunciar, proferir, falar, dizer, declarar, anunciar, nomear, discutir; 3. pensar, refletir, ordenar; 4. querer dizer, significar, falar como orador, contar, escolher; 5. ler em voz alta, recitar, fazer.

21 ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Patrício de Azcárate. Madrid: Espasa Calpe, 1999.

22 Categorias em Aristóteles representam gêneros de palavras tomadas no sentido isolado. Categorias representam o modo do ser. São elas: *princípio; causa; elemento; natureza; necessário; unidade; ser; substância; identidade; heterogeneidade; diferença; semelhança; oposto e contrário; anterioridade; posterioridade; poder; qualidade; quantidade; relação; perfeito; término; em que e porque; disposição; estado; paixão; privação, posse, ser e provir de; parte; todo; truncado; gênero; falso; acidente*. ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Patrício de Azcárate. Madrid: Espasa Calpe, 1999.

23 Livro quinto, par. XVn. ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Patrício de Azcárate. Madrid: Espasa Calpe, 1999.

24 Acidente. Aristóteles, na *Metafísica*, conceitua Acidente: “*se dice de lo que se encuentra en un ser y puede afirmar-se con verdad, pero no es, sin embargo, ni necesario ni ordinario*”. In Livro quinto, par. XXX. ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Patrício de Azcárate. Madrid: Espasa Calpe, 1999. Portanto, Acidente representa certa propriedade da substância que, necessariamente, pode ter ou deixar de ter, sem afetar a sua essência. O acidente não é essencial à substância. Por exemplo, um tecido de cor verde. A pigmentação do verde não retira a essência do tecido.

reduzível de outra. No entendimento do autor, a linguagem aplicada à dimensão temática de determinada categoria constitui a chave de precisão designativa destas. As orações devem ser claras, objetivas, evitando-se o emprego de palavras vagas²⁵ ou ambíguas²⁶. Pensa-se que a classificação por categorias de Aristóteles procure estimular a linguagem depurada de sentido²⁷. Para estabelecer-se certa conexão teórica entre valor e qualidade obtida da filosofia de Aristóteles, o autor formula os principais elementos conceituais da palavra. Valor evoca idéia de importância, de satisfação, de elevação para o ser humano. Algo transcendental que toca os sentimentos mais puros do coração humano. Inesgotável, do ponto de vista de sua representação ideal. Valor, como objeto, recai no bem, na virtude, na justiça, no universal, na paz, em oposição ao mal, ao vício, à injustiça, ao particular, ao conflito. O ser humano constitui o centro de irradiação e de convergência do(s) valor(es). Nenhuma espécie de valor, por maior força de argumento, supera o valor da pessoa humana. Os dados indicados esboçam a concepção de valor para a lógica deste estudo.

25 A vagueza das palavras explica-se pelo sentido denotativo. Em geral, a vagueza não se orienta por regra definida para a sua aplicação. Ao usuário cabe, em cada contexto, estudar a palavra adequada. Por exemplo, as palavras calvo, pesado, neutro, escuro, claro constituem palavras vagas, ou seja, destituídas de precisão designativa. Quando a oração diz Pedro é calvo, o texto apenas assinala que Pedro possui pouco cabelo. Diante da falta de precisão de sentido, há necessidade de outra frase para explicar a extensão da calvície. Igual critério se aplica aos termos pesado, neutro, escuro, claro.

26 A ambigüidade compreende a palavra dotada de mais de um sentido designativo. Por exemplo, a palavra corda aplica-se a uma peça de relógio; peça de instrumento musical; fios longos de fibra, de aço, de nylon entrelaçados; medida de cumprimento.

27 Importante destacar que Platão, na obra PLATÃO. *Diálogos*. O Banquete – Fédon – Sofista – Político. Trad. José Cavalcante de Souza *et al.* 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983 (*In* Sofista, par. 254 d e 255 a – e) já tratara de gêneros supremos como: ser e não ser; repouso; movimento; o outro. Os modelos de gêneros supremos em Platão guardam relativa semelhança com as categorias aristotélicas. É de se pensar que, talvez, Aristóteles, como discípulo de Platão, tenha-se inspirado em seu mestre para criar suas categorias. Trata-se, neste particular, de hipótese que necessita ser confirmada em outro trabalho.

Busca-se, a seguir, a inteligência da categoria qualidade²⁸ em Aristóteles. A investigação em torno da idéia de qualidade tenta descobrir se, em seu interior, há campos designativos que permitam entendê-la com sentido de valor. Sendo correto esse raciocínio, a categoria qualidade pode ser pensada como valor. O filósofo considera a qualidade um atributo da substância²⁹ em movimento. O termo qualidade possui amplo campo de aplicação. Há qualidades duradouras e outras de duração breve. A saúde, a doença podem encontrar-se entre os dois extremos. Determinadas espécies de qualidades acham-se, diretamente, relacionadas com a potência natural do Ser. Por exemplo, o atleta, o artista reservam em estado latente potência para esses fins. A virtude, o vício representam qualidades em relação ao Ser. Qualidade denota algo (valor) que distinguimos em certa substância em relação à outra (substância). Por exemplo, a substância representada por determinado ser humano em relação à substância correspondente a outro ser humano. Admitindo-se que qualidade representa um atributo da substância, significa que podemos considerá-la um atributo de ordem moral, de ordem ética. O termo atributo, em princípio, corresponde a algo que se afirma ou se nega sobre determinada pessoa. Na linguagem da *Metafísica*³⁰, em Aristóteles, atributo corresponde à essência. O discurso que afirma o homem justo é virtuoso, significa que a virtude moral constitui um atributo do homem justo. O homem despojado de virtude moral não é justo. É da essência da virtude a justiça. O agente da virtude e da justiça corresponde ao modo de ser do humano. A consciência livre, a vontade são elementos que integram a idéia virtude. O agir com habitualidade, no sentido do bem em oposição ao mal, constitui o traço distintivo da virtude. Qua-

28 Qualidade constitui uma das categorias de Aristóteles. Ver ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Patrício de Azcárate. Madrid: Espasa Calpe, 1999.

29 Pela ordem de classificação, substância representa a oitava, na ordem de categorias. Constitui os corpos simples, como a terra, a água e todas as demais coisas análogas. Os seres humanos, as partes dos corpos são igualmente consideradas substância. Esta não representa atributo de um sujeito, mas ela mesma como sujeito de outros seres. Representam, também, substância os animais e os seres divinos. ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Patrício de Azcárate. Madrid: Espasa Calpe, 1999, p. 143.

30 *Op. cit.*, Cap. XIV.

lidade funda-se na diferença entre duas ou mais essências do mesmo tipo de substâncias. O termo qualidade pressupõe o modo pelo qual o objeto se apresenta para nossos sentidos. A idéia de qualidade, no plano sensível, age em nossos sentidos como impressões tanto positivas quanto negativas. A categoria qualidade de um objeto dado ou pensado pressupõe certa relação com outro do mesmo gênero. Esse raciocínio leva ao entendimento de que a idéia de qualidade não se estabelece em sentido isolado. A medida que distingue certa qualidade em relação à outra identifica-se como valor. Por esse entendimento, valor denota sentido de guia de uma substância em relação à outra.

Aceito este raciocínio, parece coerente deduzir-se que certa substância pensada no sentido de qualidade evoca certo valor. Quando se anuncia, por exemplo, Pedro tem qualidades, quer-se significar que Pedro foi observado pela idéia de valores positivos do ponto de vista do bem para a Sociedade. Do mesmo modo, a afirmação Pedro é uma pessoa sem qualidades quer significar que Pedro submeteu-se a igual critério de valores negativos em relação à Sociedade. Diante desses argumentos, parece correta a conexão entre qualidade e valor. Em face das considerações expostas, parece lógico o entendimento segundo o qual a categoria valor acha-se compreendida dentro da qualidade. Aceitando-se lógico o pensamento, parece não haver incorreção em considerar a justiça, o bem universal, a paz como valores (qualidades) no plano aristotélico das substâncias.

O segundo texto pesquisado na obra de Aristóteles corresponde à *Tópica* e *Argumentos Sofísticos*, Livro III³¹. O estudo realizado no citado Livro aponta questões sobre o valor³². Em forma de consulta, Aristóteles debate temas que podem ser mais

31 ARISTÓTELES. *Tópicos: dos argumentos sofísticos*. Trad. Leonel Valandro *et al.* 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983.

32 A palavra valor pesquisada no segundo momento da pesquisa: *Tópicos* III – Dos Argumentos Sofísticos, de Aristóteles aparece sem nenhuma advertência, ou seja, nota segundo a qual o idioma grego da Filosofia da Antigüidade não prevê, especificamente, o termo valor. No referido texto, a palavra valor aparece sem qualquer restrição. Uma das explicações sobre este dado talvez decorra da tradução. A versão da obra ARISTÓTELES. *Tópicos: dos Argumentos Sofísticos*. Trad. Leonel Valandro *et al.* 2ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983, foi traduzida do idioma inglês para o português.

desejáveis entre si. Um dos primeiros indicativos da idéia de valor aparece no momento em que o filósofo indaga qual a preferência do homem entre a riqueza ou a felicidade³³. O termo preferência traz implícito o sentido de valor. Aristóteles, no Livro pesquisado, emprega a palavra preferível, em diversos textos, para discutir qual a opção, por exemplo, entre o homem sábio e a lei justa; o que é mais duradouro e seguro em relação ao efêmero e menos seguro; homens hábeis, em determinadas ocupações, como o médico e o carpinteiro, diante da maior necessidade no meio social³⁴. Releva observar que Aristóteles ora emprega o termo preferência, com a idéia de prazer, ora com a concepção do útil; ora com a noção de desejável³⁵. Ao discutir o valor pessoal entre Ájax³⁶ e Ulisses³⁷, Aristóteles entende que Ájax era superior a Aquiles³⁸ porque se assemelhava mais a Aquiles³⁹. Discute o critério quanto ao modo de valorar, ponderando que seria possível que Ájax não tivesse a mesma aparência de Ulisses⁴⁰. Importante destacar que Aristóteles recorre à literatura de um dos mais notáveis escri-

33 *Op. cit.*, par. 116 a.

34 *Op. cit.*, par. 116 a (15).

35 Talvez a partir destes textos se possa pensar que Aristóteles constitui um dos criadores da Axiologia.

36 ÁJAX . Herói da Mitologia Grega. Filho de Télamon, Rei de Salamina. Portador de elevada força física e vigoroso corpo. Na Guerra de Tróia, Ájax teria resgatado o corpo de Aquiles das mãos dos troianos. Na Mitologia Grega, figura de outro personagem chamado Ájax. Estudo detalhado sobre a Guerra de Tróia encontra-se na obra: HOMERO. Trad. de Antonio López Eire. 7. ed., Madrid. Cátedra Letras Universitárias, 1999, 1.034 p.

37 ULISSES, Herói grego revelado na Ilíada. A mitologia indica-o como rei de Itaca e esposo de Penélope. Lutou na Guerra de Tróia. Detalhes sobre Ulisses encontram-se na obra: HOMERO. Trad. de Antonio López Eire. 7. ed., Madrid. Cátedra Letras Universitárias, 1999, 1.034 p.

38 AQUILES Personagem da obra Ilíada, de Homero. Obra: HOMERO. Ilíada. Trad. Antonio López Eire. 7. ed., Madrid. Cátedra Letras Universitárias 1999. 1.034 p. Aquiles herói grego, filho de Peleu e de Tétis. Aquiles é conhecido na Mitologia Grega como homem veloz nas corridas. Marchou com os gregos sobre Tróia, tornando-se famoso guerreiro. Estudo detalhado sobre a Guerra de Tróia encontra-se na obra já indicada.

39 ARISTÓTELES. *Tópicos: dos argumentos sofísticos*. Trad. Leonel Valandro *et al.* 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983. par. 117 (15).

40 *Op. cit.*, par. 117 (15).

tores de sua época, Homero⁴¹. A leitura da referida obra revela a tendência de Aristóteles em colocar a idéia de valor ligado à experiência sensível. Enquanto Platão opera com o mundo das idéias, com o fim de se libertar do mundo sensível Aristóteles orienta-se pelo mundo da experiência. Na medida em que Aristóteles indaga qual das coisas é a mais desejável, qual provoca maior prazer, qual a mais vantajosa, situa-se no plano existencial dos valores. As formas de discutir o(s) valor(es) aproximam-no da idéia de realidade do mundo. Nesta linha de entendimento, parece que o pensamento de Aristóteles se encaminha para a Axiologia. A parcela da Filosofia que se ocupa dos valores, denominada Axiologia, provavelmente tem suas matrizes teóricas lançadas no pensamento de Aristóteles, particularmente o livro *Tópica e Argumentos Sofísticos*, Livro III⁴². Enquanto que a filosofia contemporânea ligada à Axiologia tratava do valor do útil, do agradável, do valor da vida, num amplo campo temático, Aristóteles já se ocupara da teoria da argumentação tópica⁴³.

41 HOMERO. Escritor e poeta grego do Século VIII a.C. Entre suas obras, destaca-se a *Ilíada*. Trata-se de um conjunto de versos sobre a Guerra de Tróia. A importância literária da obra de natureza épica funda-se na capacidade criativa de seu autor.

42 ARISTÓTELES. *Tópicos: dos argumentos sofísticos*. Trad. Leonel Valandro *et al.*, 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983.

43 O emprego da expressão argumentação tópica inspira-se na leitura das obras: ARISTÓTELES. *Organon II. Sobre la Interpretación – Analíticos Primeros – Analíticos Segundos*. Tradução de Miguel Candel Sanmartín. Madrid. Editorial Gredos. 1985. ARISTÓTELES. *Tópicos: dos argumentos sofísticos*. Trad. Leonel Valandro *et al.* 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983. ARISTÓTELES. *Física*. Tradução Gilhermo R. de Echandia. Madrid. Editorial Gredos. 1995. BITTAR, Eduardo C.B. *Curso de Filosofia Aristotélica*. São Paulo. Manole, 2003. GUTHRIE, W. K. C. *Historia de la Filosofia Griega*. Introducció a Aristóteles, v. VI. Trad. Alberto Medina Gonzáles. Madrid: Editorial Gredos, 1999. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Directo*. 2. ed., São Paulo. Editora Atlas, 1994. ROESLER, Cláudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade*. Florianópolis. Momento Atual, 2004. Num esforço de síntese, pode-se indicar particularidades que compõem a idéia de argumentação tópica. A categoria tópica provém de *tópos*, do idioma grego. Do Latim *Lócus*. Do ponto de vista da semântica, denota lugar (lugar comum). A tópica expressa modo de organizar o raciocínio, sem, no entanto, apropriar-se de proposições prontas, acabadas. Releva observar que a tópica varia as categorias, em função de espaço e de tempo. O nome dialética origina-se do idioma grego *dialektikós*. No Latim escreve-se *dialecticus*. O âmbito de reflexão e de discussão em que se opera a tópica é o

A Justiça como valor para a Filosofia Cristã

O estudo focaliza aspectos do pensamento de Tomaz de Aquino⁴⁴, voltado à concepção de justiça como valor moral. A importância do pensamento de Tomaz de Aquino para a Filosofia do Direito encontra-se na forma pela qual o referido pensador modificou a linha do pensamento escolástico⁴⁵ da Filosofia Cristã⁴⁶.

raciocínio dialético. Entende-se por raciocínio dialético aquele que se funda em premissas aceitas como verdades pela consciência da Sociedade. Na demonstração dialética, a arte da argumentação funda-se em premissas que se opõem entre si. A argumentação dialética mostra-se infinita, como discussão. O emprego da tópica, mediante a utilização de proposições razoavelmente aceitáveis, não conduz à segurança do discurso. Significa que a argumentação tópica, por sua natureza, não tem por vocação o alcance pleno de determinado discurso. A magnitude da tópica encontra-se na forma de organizar o raciocínio lógico como instrumental teórico para repensar o discurso da Ciência e da Filosofia.

- 44 Tomaz de Aquino nasceu na comunidade na Roccaseca, Itália, no ano de 1225. Descendia de família nobre, estirpe de Aquino. Foi educado em Monte Cassino, transferindo-se, depois, para Nápoles, onde estudou artes liberais. Entrou para a Ordem Dominicana, renunciando a todas as riquezas do mundo, com exceção das ciências. Estudou, mais tarde, teologia e filosofia, sob orientação de Alberto Magno, seu co-irmão e mestre nas universidades de Paris e Colônia. No ano de 1252, Tomaz de Aquino voltou a Paris onde colou grau acadêmico e ensinou durante alguns anos. Faleceu no ano de 1274, no Mosteiro de Fossanova, entre Nápoles e Roma, a caminho de Leão.
- 45 A Escolástica desenvolveu-se no período da história do pensamento cristão, que vai do início do século IX até o fim do século XVI. A Escolástica designa o espaço de tempo da predominância do pensamento cristão da Idade Média. Caracterizava-se pelo método de o estudo desenvolver-se nas escolas dos conventos; nas catedrais e, posteriormente, nas Universidades. As matérias ensinadas eram as representadas pelas artes liberais: trívio (o que se expande em três caminhos), gramática, retórica, dialética e quadrívio (o lugar no qual há encruzilhada, quatro caminhos), aritmética, astronomia, música e geometria. Tomaz de Aquino elevou a escolástica ao mais alto grau de reflexão e razão crítica. O filósofo destaca-se entre os demais pensadores da escolástica por haver reestudado os dogmas e princípios religiosos em harmonia com os princípios da Filosofia clássica.
- 46 Filosofia Cristã. Parte da Filosofia Geral. Um dos traços distintivos desta linha do pensamento especulativo, reflexivo, crítico encontra-se na forma de situar o ser humano no plano espiritual e no físico. Os ensinamentos de Jesus Cristo, voltados para o amor ao próximo, fundados na solidariedade na fé e na esperança, constituem as bases da Filosofia Cristã. A ação do ser humano guia-se pelo livre-arbítrio. O pensamento filosófico cristão tem por matriz o amor ao próximo; por símbolo, a redenção de Jesus Cristo, no Calvário. A Filosofia Cristã procura mostrar a

Leitor e pesquisador da filosofia de Aristóteles consegue adequar à doutrina cristã as concepções de seu mestre sobre a virtude, a justiça, a lei. A contribuição de Tomaz de Aquino consiste em assimilar o pensamento de Aristóteles, de índole filosófica, para teorizá-la em doutrina cristã⁴⁷.

Até então, a escolástica inspirava-se nas idéias do pensamento do neoplatonismo⁴⁸. Certamente, por este motivo, os fundamentos, as palavras, os escritos de Tomaz de Aquino continuam a ser objeto de indagações para o mundo contemporâneo⁴⁹.

distinção entre o bem e o mal, segundo as palavras de Jesus Cristo. A Filosofia Cristã, como forma de pensar, dirige sua atenção para o desenvolvimento dos valores morais e intelectuais da pessoa humana. A paz, a concórdia entre os homens em Sociedade depende de cada um em particular e de todos como síntese ideal. A Filosofia Cristã busca, por meio de regimes democráticos de governo, a Justiça Social, destinada a reduzir as desigualdades materiais e morais entre as pessoas hipossuficientes, carentes de alimentação, de educação, de habitação e de vestuário.

- 47 RUSSEL, B. *História do pensamento ocidental*. Trad. Laura Alves et al. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro. 2001, p. 216.
- 48 Neoplatonismo. Denota a fusão da filosofia de Platão com doutrinas religiosas, pitagóricas e outras. A escola de Atenas orientou o Neoplatonismo no sentido teológico, porém anticristão. Em outros lugares, combinou-se o pensamento cristão e Neoplatônico. No Islamismo, no Judaísmo e no Cristianismo há combinações de idéias que se podem considerar de Neoplatonismo. O Neoplatonismo teve influência na filosofia medieval e renascentista. No Cristianismo, a idéia de imortalidade da alma, desenvolvida por Platão, constitui o Neoplatonismo. In BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Trad. Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, 437 p.
- 49 A seguir, indicam-se, entre outras, obras contemporâneas que se referem a Tomaz de Aquino: MONCADA, L. C. *Filosofia do Direito e do Estado*, v. 2, Coimbra: Editorial Coimbra, 1965, 359 p. PADOVANI, U. e CASTAGNOLA, L. *História da Filosofia*. 13. ed., São Paulo: Melhoramentos, 1981. REALE, M. *Filosofia do Direito*. 20. ed., atual. São Paulo: Saraiva. 2002, 749 p. SICHES, Luiz Recasens. *Tratado General de Filosofia Del Derecho*. 9. ed., México. Porrúa, 1986, 717 p. BODENHEIMER, E. *Teoria del Derecho*. Trad. Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, 426 p. MARTÍNEZ, S. *Filosofia do Direito*. 2. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1995, 762 p. RADBRUCH, Gustav *Filosofia do Direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra, 1997 430 p. VAZ, Henrique C. de Lima *Escritos de Filosofia II Ética e Cultura*. São Paulo. Loyola 2000, 293 p. VAZ, Henrique C. de Lima *Escritos de Filosofia III Filosofia e Cultura*. São Paulo. Loyola 1997, 376 p., VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito. Definições do Direito*. Os meios e os fins do Direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. Martins Fontes. São Paulo, 2003,

A pesquisa que ora se realiza tem por fonte temática a Súmula Teológica – *Summa Theologiae*⁵⁰, o marco teórico selecionado pelo filósofo para expressar que o direito recai na justiça⁵¹. Para compreender a idéia de justiça, o teólogo discute, primeiramente, a noção de direito. Considera direito a prescrição contida na norma. Tomaz de Aquino teoriza o direito em direito natural e direito positivo⁵². Há, também, o direito divino que não é positivo, nem direito natural. A vontade humana constitui a fonte criadora do direito positivo. O direito natural apresenta-se imutável e idêntico para todas as pessoas⁵³. O direito natural é ditado pela razão natural do homem⁵⁴. Resulta da essência racional do homem. Mostra-se imutável e universal. O direito natural é igual em toda a parte. Representa a inclinação do homem para agir em conformidade com o bem e evitar o mal. O direito natural não é o direito divino⁵⁵. Decorre das coisas naturais da vida em Sociedade. Por exemplo, se uma pessoa entrega determinada coisa a alguém, por empréstimo, torna-se devedor do primeiro. Aquele que emprestou a coisa adquire o direito de crédito. Ao direito natural corresponde a justiça natural, que não é a justiça legal. A idéia de justo para o direito natural corresponde à ação em conformidade com o respeito ao outro. Embora o direito natural não tenha a

464 p. HEGEL, G. W. F. *Introdução à História da Filosofia*. 4. ed., Trad. A. Pinto Carvalho. Armênio Amado Editor. Coimbra, 1980, 181 p. CHAUÍ, Marilena. *Introdução à História da Filosofia*. Dos Pré-Socráticos a Aristóteles. Volume I. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo. Companhia das Letras, 2002, 539 p. Kelsen, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*. Trad. João Baptista Machado. 2. ed., Coimbra, 1979, 175 p. MARITAIN, Jacques. *Introdução Geral à Filosofia*. Trad. Ilza das Neves et al., 5. ed., Rio de Janeiro, 1959, 185 p. VECCHIO, Jorge Del. *Persona, Estado y Derecho*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1957, 582 p.

- 50 Suma Teológica constitui tratado da ciência teológica. Elaborada no período da universidade medieval, cristaliza síntese do pensamento cristão sobre aspectos políticos, éticos e teológicos relativos ao Estado, à família, ao homem. O estudo acha-se estruturado em 16 volumes. No presente trabalho, a pesquisa centraliza-se no seguinte tomo: AQUINO, S. T. *Suma de Teologia*. III Parte II-II (a). Trad. Ovídio Calle Campo et al. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1995, 612 p.

51 C. 57 a. 1.

52 C. 57 a. 1.

53 C. 57 a. 1.

54 C. 57 a. 2.

55 C. 57 2 3.

mesma matriz do direito positivo, as regras entre um e outro não colidem. Outro exemplo: o direito natural não reconhece o roubo. Tal comportamento repugna a justiça natural das coisas. Aquilo que repugna, por si, a lei natural, afronta a justiça natural. O mesmo ato que afronta a lei natural não pode ser recepcionado como justo no plano do direito positivo. Deduz que a justiça natural das coisas apresenta certa igualdade com a justiça legal. As coisas sagradas regulam-se pela lei divina e as coisas humanas regem-se pelo direito positivo⁵⁶. Há, portanto, distinção entre lei divina e lei como regra dos homens. A lei humana não é o direito em si mesmo, mas certa norma de direito. A lei não representa outra coisa senão uma constituição política, formalmente escrita. Tomaz de Aquino distingue o direito natural do direito positivo⁵⁷. Chama de direito positivo aquele criado pelo homem⁵⁸. Como categoria de ato humano, o direito positivo expressa-se mediante lei. Sua função política é regular a vida em Sociedade, por isso tem caráter geral. O direito positivo é, essencialmente, um direito político, visto que decorre de atos da vontade humana. Tomaz de Aquino reconhece haver dificuldade na teorização do direito, em face de a natureza do ser humano mostrar-se mutável, posto que pode variar de comportamento em função de diversos fatores.

A leitura da obra⁵⁹ de Tomaz de Aquino indica que o tema é tratado em dois níveis: justiça geral e justiça particular⁶⁰. A primeira corresponde à ação humana orientada pelas virtudes. A vontade individual, orientada pela livre consciência de si, inclina-se pela realização de ações virtuosas, tais como a bondade, a humildade, o perdão, a solidariedade, a justiça. Chama-se injusto, do ponto de vista da justiça geral, aquele que transgride um comando relativo às ações virtuosas. O hábito representa um dos pontos essenciais da virtude.

A justiça particular, na teoria de Tomaz de Aquino, apresenta-se em dois níveis: justiça comutativa e justiça distributiva⁶¹.

56 C. 57 a. 1.

57 C. 57 a. 2.

58 C. 57 a. 2.

59 AQUINO, S. T. *Suma de Teologia*. III Parte II-II (a). Trad. Ovídio Calle Campo *et al.* Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1995.

60 C. 58 a. 7.

61 C. 61 a. 2.

A justiça particular opera-se entre as pessoas em caráter particular. Significa compreender certa pessoa no sentido individual, em relação à comunidade, como a parte do todo. Em outras palavras, o individual está para a comunidade assim como a parte está para o todo. Logo, o que é comum ao todo o é comum à parte. O que é da essência da comunidade é, também, da parte. Há, portanto, certa proporcionalidade de igualdade entre a parte e o todo. Resulta, deste raciocínio, a existência de determinada proporcionalidade de igualdade entre o particular e a comunidade. A justiça comutativa representa a forma de dispor as relações mútuas entre duas pessoas do ponto de vista privado. Tem lugar na troca, na permuta entre dois particulares. A justiça comutativa é aquela que regula as obrigações positivas ou negativas. Aplica-se às questões que envolvem obrigações de dar uma certa coisa a outrem por motivo de dívida. A natureza dessas obrigações decorre de convenção contratual. Aquele que se obriga a fazer ou deixar de fazer certa coisa perante outrem torna-se devedor em relação ao outro. O objeto da dívida pode envolver quaisquer bens, inclusive título de propriedade. Na justiça comutativa a dívida incide sobre honrarias ou outros bens imateriais. Nessa modalidade, a troca que se realiza entre duas pessoas é decorrente de débito. A troca que não decorre de obrigação não pode ser classificada como justiça comutativa. As doações voluntárias, em princípio, não representam justiça comutativa. Se, no entanto, a troca voluntária gera obrigação de certo débito, como nas operações de compra e venda, as duas partes envolvidas têm obrigações recíprocas para cumprir. Tomaz de Aquino assinala: “Se alguém furtou um boi ou uma ovelha, e os matar ou os vender, restituirá cinco bois por um e quatro ovelhas por uma”⁶². Segundo o princípio da equidade comutativa, o devedor é obrigado a restituir o bem equivalente ao credor e mais uma recompensa pelos prejuízos que causou. A equidade comutativa representa a recompensa pelos danos causados. A justiça comutativa recai sobre a obrigação de restituir o bem equivalente. Um dos fundamentos da justiça comutativa está no sentido de que a obrigação de res-

62 AQUINO, S. T. *Suma de Teologia*. III Parte II-II (a). Trad. Ovídio Calle Campo *et al.* Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos. 1995 . C. 61 a. 4.

tituir envolve não só a pessoa do ofendido mas a Sociedade por inteiro. A dignidade das pessoas constitui o critério pelo qual se funda a justiça distributiva. Tomaz de Aquino destaca que, pelo critério da justiça distributiva, aquele que tem maior participação na direção do governo proporcionalmente recebe soma mais elevada na distribuição dos bens comuns da Sociedade. A dignidade desta função mede-se pela virtude, pela aristocracia no trato das coisas do governo. A justiça distributiva não leva em conta, diretamente, o valor objetivo dos bens comuns, considerados individualmente, mas a razão de proporção entre as pessoas e as coisas. Ela é responsável pela distribuição dos bens a uma pessoa particular, em razão de esta fazer parte da sociedade como um todo. O critério da distribuição proporcional será menor ou maior de acordo com a importância da pessoa no contexto social. Daí o princípio da justiça distributiva, na qual a igualdade corresponde não à quantidade, mas à proporção.

A virtude como padrão ético modela a justiça no sentido da realização do justo. Aquele que age em correspondência com a ética rege-se pela justiça. A virtude se traduz por atos do bem, que se realizam inspirados pela razão. Identifica-se por atos de retidão. Funda-se na ação consciente, voltada para um fim ético. A justiça funda-se no hábito de agir, elegendo-se aquilo que é justo, segundo o direito. A justiça, como manifestação de retidão no sentido do bem, constitui uma modalidade de virtude. Para Tomaz de Aquino as boas obras se fundam em quatro modalidades de virtudes: temperança; prudência; fortaleza e justiça. A temperança designa a capacidade de controle de nossas inclinações diante daquilo que nos pode proporcionar prazer material. A prudência constitui o conhecimento que se tem da coisa pela qual se pode desejá-la ou rejeitá-la. Fortaleza significa a força interna que nos leva a refletir sobre tudo quanto nos perturba. Justiça constitui o amor a Deus e a síntese de todas as virtudes. Entre as espécies mencionadas, a justiça representa a virtude dotada do mais elevado valor ético. Pode-se deduzir que toda justiça contém elementos da virtude, mas nem toda virtude compreende a justiça. A justiça, como expressão da virtude ética, dirige-se às coisas que pertencem ao outro⁶³. É de sua natureza a idéia do outro. Para

63 *Op. cit.*, C. 58. a. 1.

Tomaz de Aquino, o conceito de justiça não pode ser considerado como virtude indeterminada. Isso só se torna compreensível quando reconhece que a justiça é sempre considerada em relação ao outro⁶⁴. A justiça é compreensível nos limites da alteridade. Por alteridade se entende a necessidade da existência do outro, uma pessoa humana. Justiça pressupõe a relação entre homens. O vínculo que une os homens entre si, do ângulo da justiça, é de natureza ética. Para o filósofo, a virtude não existe parcialmente, mas no seu todo. O filósofo dá como exemplo o sol que ilumina os corpos no planeta, em todas as latitudes, atingindo a todos com o mesmo brilho e calor⁶⁵.

É reconhecido que todo aquele que investiga o pensamento de Aristóteles é levado a pensar que Tomaz de Aquino fundamentou sua teoria sobre a Justiça nas lições do mestre da clássica filosofia da Grécia Antiga. Deve-se, igualmente, destacar que, como filósofo do pensamento Cristão da Idade Média, teve o cuidado de separar o âmbito do direito divino do direito natural. Na passagem do capítulo 57 a. 1 consta *“que lo sagrado es ley divi-*

64 A palavra “outro” empregada por Tomaz de Aquino em relação à justiça, no C. 57. a 1 da obra AQUINO, S. T. *Suma de Teologia*. III Parte II-II (a). Trad. Ovídio Calle Campo *et al.* Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1995, parece corresponder à expressão “ao próximo”, citada por ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. de Mário da Gama Kury. 3. ed. Universidade de Brasília, c 1985, 1992, par. 1.130. Nesse particular, a dedução que se extrai do emprego da expressão “ao próximo”, é a de que Aristóteles tenha-se inspirado na Teoria do não Ser como Alteridade de Platão. A leitura dos Sofistas *In* PLATÃO. *Diálogos*. O Banquete – Fédon – Sofista – Político. Trad. José Cavalcante de Souza *et al.* 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983. O filósofo discute a idéia outro, como não Ser, como alteridade. Deve-se considerar que o Ser teorizado por Platão encontra-se no plano das idéias. Portanto, sem nenhuma relação com o mundo da realidade empírica. O Ser na leitura do Sofista em Platão (par. 257 a.) denota algo sobre o qual se pensa. Tudo que é pensado representa o Ser. O não Ser compreende o outro Ser. O Ser é igual a si próprio e diferente do não Ser. O não Ser representa o outro, em relação ao Ser (resto dos gêneros). O não Ser não é contrário do Ser, mas outro Ser em si próprio. O não Ser é entendido como o Outro. Representa, pois, a Alteridade. O entendimento do Ser e do não Ser teorizada no Sofista por Platão inspira-se na leitura da obra: CHAUÍ, Marilena. *Introdução à História da Filosofia*. Dos Pré-Socráticos a Aristóteles. Volume I. 2. ed., revista e ampliada. São Paulo. Companhia das Letras, 2002.

65 C. 58 a. 4.

na; en cambio, el derecho es ley humana". A seguir, lê-se no Capítulo 57 a. 2 "*El derecho divino no es derecho natural, ya que sobrepasa la naturaleza humana*". Aqui, certamente, encontra-se uma das matrizes teóricas que distingue o direito natural do direito divino⁶⁶. Segundo a leitura que se faz da filosofia de Tomaz de Aquino, o direito natural é produto da razão humana, sem nenhuma ligação com entidade transcendental.

Valor e trabalho humano

A situação econômica, social e política vivida na Europa do Século XIX, particularmente a da Alemanha, foi inspiradora de importantes pensadores da época⁶⁷. Destaca-se, neste cenário, a filosofia de Karl Marx⁶⁸. O pensamento de Marx, que contribuiu

66 Esta nota tem por objetivo registrar, para futuros estudos, um dos marcos teóricos que separa o Direito Natural do Direito Divino.

67 O estudo da Alemanha do século XIX permite várias leituras. O cenário que, provavelmente, inspirou Marx a desenvolver sua filosofia sobre o Socialismo parece ter sido o político diante das questões sociais. O progresso industrial que se instalou na Alemanha, sobretudo no Século XIX, criou uma nova ordem social urbana. Esse fenômeno decorreu da elevada concentração das pessoas nas áreas urbanas, atraídas pelo trabalho nas fábricas. O baixo salário, a falta de habitação, a ausência de políticas públicas de higiene e de saúde, de educação formavam um mosaico de questões em abandono do Estado em relação ao povo. A classe burguesa reivindicava liberdade de ação para fomentar o crescimento econômico. O Liberalismo, que originariamente nascera voltado para fins de economia, passa a constituir um modelo de Estado. O Liberalismo, como fenômeno político voltado ao Estado, na realidade histórica, vem-se desenvolvendo progressivamente, com o desmoronamento do Estado Absoluto, a partir da Inglaterra do Século XVII e na França no Século XVIII. A explicação teórica sobre o Estado Liberal funda-se no acordo de vontade entre indivíduos livres para uma convivência pacífica. Em oposição ao predomínio das idéias do individualismo e do pensamento liberal, surgem na Alemanha e na Inglaterra teóricos que procuram criar uma consciência de mudança dos modelos vigentes.

68 Karl Max filósofo, economista e socialista alemão, 1818-1883. Nasceu em Trier, na Alemanha, e morreu em Londres. Inicialmente, estudou nas universidades de Berlim e de Iena. Nesta última, obteve o grau superior em Filosofia. No ano de 1842 foi contratado para trabalhar no Jornal Renano. Pouco tempo depois foi despedido por defender idéias que à época eram consideradas radicais. No ano de 1844 mudou-se para a cidade de Paris. Criou o primeiro jornal Anais germânico-franceses, de índole de esquerda hegeliana. No ano seguinte travou conhecimento com Friedrich Engels (1820-1895), político alemão e teórico do comunismo, cuja ami-

para os fundamentos do presente estudo, encontra-se na obra *O Capital*⁶⁹. A leitura do Tomo I apresenta um rico estudo de idéias, de argumentos sobre a concepção de valor. O tema central que constitui a teoria de valor em Marx, do ângulo da Filosofia, corresponde ao trabalho humano. Do ponto de vista contextual, o trabalho humano, para o filósofo, acha-se comprometido com a história, no sentido econômico. Marx, como teórico, era atento observador das questões sociais de sua época. Acompanhava os movimentos políticos que ocorriam na Europa, sobretudo as condições de trabalho. Constituía-se num crítico teórico do emprego da mão-de-obra de crianças e mulheres nas atividades industriais. Preocupava-se com as condições de miséria das famílias dos trabalhadores: higiene, moradia, saúde e educação. Marx entendia que o erro da política da geração de riqueza devia-se ao engano de considerar o trabalho humano como simples mercadoria de troca, em lugar de atribuir-lhe o valor social⁷⁰.

Na obra *O Capital*, Marx desenvolve a teoria do valor a partir de duas idéias: valor de uso e valor de troca⁷¹. No conceito de

zade duraria anos. Expulso da França, Karl Max viajou para Bélgica, cidade em que publicou, com Friedrich Engels, no ano de 1848, o Manifesto Comunista, constituindo-se o esboço do marxismo. Após ter sido expulso por facções contrárias às suas, acabou radicando-se em Londres. No ano de 1864 fundou com a ajuda de amigos a Associação Internacional dos Operários, tema central que mais tarde se transformou na I Internacional. Da grande obra que escrevera com Friedrich Engels, *O Capital*, somente foram publicados os dois últimos volumes por Engels. Entre outras obras do filósofo destacam-se: *O Dezoito Brumário de Luiz Bonaparte*, *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*; *O Capital*.

- 69 MARX, Karl. *Das Kapital*. *O Capital*. Esta obra se constitui de três livros. O primeiro foi publicado antes da morte de Marx. Tem por título *Crítica da Economia Política*. O segundo recebe o nome de *Processo de Produção do Capital*. O terceiro denomina-se *Processo de Conjunto da Produção Capitalista*. Os livros dois e três foram publicados por ação de Friedrich Engels. *O Capital*, atualmente, acha-se publicado em inúmeros idiomas. A obra *O Capital* permite várias leituras: Direito, Economia, Moral, Política, Sociologia e outras. O autor faz análise da Sociedade burguesa e do sistema capitalista.
- 70 MARX, Karl. *O Capital*. *Crítica da Economia Política*. *O Processo de Produção do Capital*. Volume I, Livro Primeiro. Tomo I, Capítulos I a XIII, Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. 3. ed., São Paulo: Nova Cultural, 1988. Leitura do Capítulo I. RUBIN, Isaak Ilich. *A Teoria Marxista do Valor*. Trad. José Bonifácio de S. Amaral Filho. São Paulo: Editora Polis, 293 p.
- 71 MARX, Karl. *O Capital*. *Crítica da Economia Política*. *O Processo de Produção do Capital*. Volume I, Livro Primeiro. Tomo I, Capítulos I a XIII. Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe, 3. ed., São Paulo, Nova Cultural, 1988.

valor de uso, há embutida uma grandeza representada por quantidade. A expressão é empregada para representar a idéia de consumo⁷². Há determinadas espécies de bens, consideradas como valor de uso, que não exigem esforço de trabalho. O valor de troca, como o próprio nome indica, designa a permuta entre bens de valor de uso de uma espécie por outros de diferente espécie⁷³. O trabalho, qualquer que seja a forma ou modo de realizar, é igual em si, por ser produzido pela pessoa humana⁷⁴. O trabalho tomado no sentido da Sociedade representa a força média do valor do trabalho social⁷⁵. Em regra, o valor designa uma utilidade porque o conceito envolve o trabalho humano. A substância do valor, para Marx, funda-se no trabalho humano⁷⁶. Significa que a idéia de valor não existe sem a participação do trabalho humano. O valor, na teoria de Marx (mercadoria), expressa-se pelo tempo de trabalho socialmente despendido na sua execução⁷⁷. Observa a existência de coisas que têm valor de uso, porém não encerram a idéia de valor. Para a filosofia de Marx, o valor só assume condição de si quando resulta da força de trabalho nele empregado. Cita, como exemplo, o ar atmosférico, o solo virgem, os gramados naturais⁷⁸. Provavelmente aqui se possa identificar um dos fundamentos da sua teoria socialista. Segundo o filósofo, o que o homem não investiu como força de seu trabalho, de seu esforço, não pode ser objeto de troca, de mercadoria. O conceito de valor que se extrai do pensamento de Marx não se explica apenas pela idéia de utilidade, senão pelo trabalho humano empregado no objeto. As coisas produzidas pela natureza, embora úteis, das quais o ser humano não incorporou força de trabalho, não constituem valor. A terra somente é para o homem valor de riqueza, na medida em que este a utiliza na agricultura⁷⁹. O valor, nesta lógi-

72 *Op. cit.*, p. 46.

73 *Op. cit.*, p. 46.

74 *Op. cit.*, p. 48.

75 *Op. cit.*, p. 48.

76 *Op. cit.*, p. 48.

77 MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. Trad. José Carlos Bruni *et al.* 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. XX.

78 MARX, Karl. *O Capital*. Crítica da Economia Política. O Processo de Produção do Capital. Volume I Livro Primeiro. Tomo I, Capítulos I a XIII. Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe, 3. ed., São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 49.

79 MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. Trad. José Carlos Bruni *et al.* 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 4.

ca de raciocínio, encontra-se na força de trabalho que o homem empresta a ela. A terra, no entanto, tem sua existência natural independente da ação do homem⁸⁰.

A leitura da obra de Marx⁸¹ revela certa tentativa de diferenciar a concepção de valor, puramente econômico, para uma perspectiva de valor numa dimensão do trabalho social. Parece que a visão corrente do Liberalismo econômico estava preocupada com o fenômeno do valor puramente ligado às questões quantitativas. O valor de troca dos bens colocava em segundo plano o valor decorrente das relações de produção. Esta linha de pensamento não permitia a idéia do trabalho como valor social⁸². A linha de

80 *Op. cit.*, p. 5.

81 MARX, Karl. *O Capital*. Crítica da Economia Política. O Processo de Produção do Capital. Volume I, Livro Primeiro, Tomo I, Capítulos I a XIII. Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe, 3. ed., São Paulo. Nova Cultural, 1988.

82 A doutrina do Materialismo Histórico elaborada por Marx e Engels tem seus fundamentos lançados na primeira parte da Ideologia Alemã, formulada por Marx e Engels, entre 1845 e 1846 e publicada no ano de 1936, na Introdução à Crítica da Economia política (1858) e no Manifesto do Partido Comunista de 1848. Segundo essa doutrina, o desenvolvimento da Sociedade humana ou, mais precisamente, do espírito humano, sob o ângulo da moral, do direito e da política decorrem do modo de desenvolvimento das relações econômicas de produção, de distribuição dos bens de subsistência. A teoria hegeliana da História, na visão de Marx e Engels não passa de mera representação abstrata, simples ilusão teórica. A concepção materialista da história teoriza que a história hegeliana não possui consistência concreta. Para os autores, o Materialismo Histórico representa a base real da história. Os teóricos da história, notadamente os ingleses e os franceses, reduziram a história a problemas políticos. A história verdadeira é aquela criada pelo homem, fruto de seu trabalho, a história natural do homem envolvido nas condições materiais de sua existência. Marx e Engels não aceitam o determinismo econômico. A situação econômica, o modo de produção são fatores determinantes da história. A história é, assim, o resultado da interação do homem às condições de produção econômica. A idéia que se obtém do pensamento de Marx e de Engels é no sentido de que os autores apresentam um estudo científico sobre o modelo de Sociedade capitalista de sua época. A partir desse referente, propõem a interpretação materialista da história. Este texto foi inspirado na leitura das obras: MARX, Karl. *Manifesto do Partido Comunista*. Karl Marx e Friedrich Engels. Prólogo de José Paulo Netto. São Paulo: Cortez, 1998. 58 p. MARX, Karl. *Teorias da Mais Valia*. História Crítica do Pensamento Econômico. Livro 4. *O Capital*. Volume I, 2. ed., Trad. Reginaldo Santana. Difusão Editorial. 447 p. LARA, Tiago Adão. *A Filosofia Ocidental do Renascimento aos Nossos Dias*. 6. ed., Petrópolis. Vozes. 1999, 174 p. LOGOS. *Enciclopédia Luso Brasileira de Filosofia*. Lisboa – São Paulo. Volume 3, p. 738.

pensamento de Marx parece admitir que o trabalho de cada um, em particular, somente encerra sentido de valor quando é realizado de uns para os outros⁸³. Argumenta o filósofo que o trabalhador não dispõe de terras, não é dono de ferramentas, não é proprietário de fábrica. Diante dessas circunstâncias, o único caminho que restava para sobreviver era a permuta da força de trabalho. A troca da força de trabalho pelo salário, na Teoria de Valor, corresponde à permuta do valor ético pelo valor econômico. A força de trabalho é considerada mercadoria, por isso pode ser adquirida. Constitui, portanto, um valor, na razão direta do tempo gasto na sua execução. O valor ético da força de trabalho depende do valor econômico que este é capaz de gerar. O salário que o capitalista paga ao operário pela venda da força de trabalho corresponde apenas ao mínimo necessário para sua sobrevivência. Estimulado pela visão do lucro, o detentor do capital se apropria da força do trabalho incorporada pelo trabalhador. A teoria da mais-valia representa, do ângulo da ética, a medida de exploração da força de trabalho humano no sistema capitalista. O pensamento de Marx leva a entender que, na Sociedade capitalista, o valor de uma determinada mercadoria é diretamente proporcional à quantidade de trabalho necessário a sua produção. O trabalho que corresponde ao valor de certa mercadoria encerra, além do sentido quantitativo, o valor social. A concepção de valor social do trabalho toma, como ponto de partida, não diretamente, o trabalho individualmente realizado. O trabalho só adquire valor social na medida em que é considerado dentro de um grupo social. Observa-se da leitura da obra de Marx que os dados empíricos relativos ao ambiente social, geográfico e político, no qual viveu, foram importantes para o desenvolvimento da teoria do valor do trabalho. Os ensinamentos que se recebem da filosofia do valor em Marx apóiam-se em três idéias que consideramos essenciais: valor pressupõe necessidade; valor utilidade; valor como medida de trabalho social.

83 MARX, Karl. *O Capital*. Crítica da Economia Política. O Processo de Produção do Capital. Volume I, Livro Primeiro, Tomo I, Capítulos I a XIII., Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. 3. ed., São Paulo. Nova Cultural.1988, p. 70.

Valor como experiência

A teoria dos valores desenvolvida por Joahannes Hessen⁸⁴, na obra *Filosofia dos valores* Hessen⁸⁵, examina o conceito de valor do ângulo da Ontologia⁸⁶, da Gnoseologia⁸⁷, da Antropologia⁸⁸ e da Teologia⁸⁹ dos valores. A investigação privilegia, particularmente, aspectos da obra de Hessen do ângulo da Ontologia. O estudo, a pesquisa sobre a idéia do Ser em sua identidade, essência e estrutura de si mesmo, integra a área de saber da Ontologia.

A leitura da obra de Hessen destaca que a idéia de valor constitui um conceito próprio, exclusivo do ser humano. Nessa linha de entendimento, a categoria valor permite a classificação

84 Joahannes Hessen. Sacerdote católico e filósofo. Nasceu em Lobberich, Renânia, 1889, tendo falecido no ano de 1971. Foi professor de Filosofia na Universidade de Colônia, a partir de 1927. Seu pensamento é fortemente influenciado pelas idéias cristãs de Santo Agostinho. Entre as inúmeras obras destacam-se: *Tratado de Filosofia*, em três volumes: *Doutrina* (Doutrina da Ciência, Doutrina dos Valores e Doutrina da Realidade) *Filosofia da Religião*, em dois volumes. (*Métodos e formas da Filosofia da Religião* e *Sistema de Filosofia da Religião*) e *Teoria do Conhecimento*. *Filosofia dos Valores*. LOGOS. Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia, n. 2 Verbo. Lisboa, São Paulo. 1990, p. 1.166.

85 HESSEN, Joahannes. *Filosofia dos Valores*. Tradução de L. Cabral Moncada. 5. ed., Coimbra, Armênio Amado. 1997, 253 p. O estudo de Hessen focaliza aspectos de teorias sobre a concepção de valor. Entre elas destacamos: teoria do cosmologismo; teoria do logicismo; teoria do naturalismo; teoria do ontologismo; teoria do psicologismo; teoria do relativismo; teoria do subjetivismo.

86 Ontologia. Conceitua-se como o estudo do Ser enquanto Ser. Esta concepção extrai-se da leitura da obra ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Patrício de Azcárate. Madrid: Espasa Calpe. 1999, 372 p. Releva observar que Aristóteles não emprega o nome Ontologia. O conteúdo desta área de saber aparece em Aristóteles, com o título *Metafísica*. Autores pesquisados como Immanuel Kant, in *Crítica da Razão Pura*, par. 108, Edmund Husserl (1859-1938), Nikolai Hartmann (1882-1950), Martin Heidegger (1889-1976) e Miguel Reale (1910) dedicam-se ao estudo da Ontologia.

87 Gnoseologia. Uma das partes da *Metafísica*. Ontologia se ocupa da Teoria do Conhecimento.

88 Antropologia. No sentido amplo, compreende a Ciência do Homem em Geral. Tem por objeto o estudo, a observação sobre a origem do ser humano, sua evolução, suas variações e tendências, como membro da Humanidade.

89 Teologia. Ciência de Deus como ente espiritual e suas relações com o homem e o mundo.

em três formas de significação⁹⁰. Ainda que a ordem temática possa ajudar a compreender o sentido de valor, trata-se de uma fração do conhecimento. O autor reconhece a impossibilidade de discutir a totalidade do valor. A primeira forma de significação situa-se na vivência do valor. Trata-se de fenômeno ligado à experiência, algo vivido, experimentado, sentido⁹¹. A idéia de valor integra a consciência do homem. Valor decorre da manifestação psíquica, portanto, no domínio do psiquismo. Valor representa, nesta forma de expressão da consciência, identidade com o mundo dos objetos. O processo de seleção passa, necessariamente, pela ação psíquica. A admiração, a preferência constituem formas de manifestação do valor. O desejo, como manifestação psíquica, para esta leitura, não integra idéia de valor. O Ser cognoscente pode admirar, preferir um quadro artístico, sem, no entanto, desejá-lo. O mundo sensível da experiência constitui a fonte de geração do valor. Toda a idéia de valor, sob esta perspectiva, encerra-se no mundo da existência humana. A segunda forma de significação corresponde à idéia de valor como qualidade⁹². Algo tem valor em função da idéia de qualidade. Para auxiliar a compreensão da categoria qualidade, busquemos o conceito desta categoria na filosofia de Aristóteles⁹³ e de Kant⁹⁴. Na obra *Metafísica*, Livro XIV, Aristóteles relaciona a palavra qualidade à essência⁹⁵. O que distingue um elemento do outro é a essência. O ser humano possui qualidade porque é bípede. A essência do ser humano, neste estudo, é a condição bípede. Do mesmo modo, a essência da figura do círculo consiste em não ter ângulos. A qualidade aplica-se, igualmente, aos atributos das coisas em movimento. O calor, o frio, o branco, o negro, o ligeiro e o vagaroso representam idéias que expressam certa mudança, movimento. A filosofia de Kant,

90 HESSEN, Joahnnnes. *Filosofia dos Valores*. Tradução de L. Cabral Moncada. 5. ed., Coimbra, Armênio Amado, 1997, p. 43.

91 *Op. cit.*, p. 43.

92 *Op. cit.*, p. 43.

93 ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Patrício de Azcárate. Madrid: Espasa Calpe, 1999.

94 KANT. Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Tradução Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo. Abril Cultural, 1980.

95 ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Patrício de Azcárate. Madrid: Espasa Calpe, 1999, p. 152.

no tratado sobre as substâncias, focaliza os conceitos puros do entendimento⁹⁶. Entre as espécies de substâncias teorizadas por Kant, destaca-se a qualidade. Segundo se depreende do pensamento de Kant, a categoria qualidade apresenta-se como conceito puro, originário do entendimento. O conceito de qualidade, como os demais referidos na Taboa de Categorias⁹⁷ são pensados, *a priori*, independente de qualquer referência à realidade empírica. A idéia de qualidade é construída puramente pelo intelecto, sem o recurso do mundo empírico. Uma das deduções que se extrai da filosofia de Kant funda-se na capacidade de o filósofo elaborar uma teoria que busca isolar da construção do conceito qualquer fundamentação a partir da realidade. A idéia de valor subsume-se da categoria qualidade.⁹⁸ A terceira forma de significação dirige-se para o valor como idéia⁹⁹. A categoria valor constitui Ser ideal, ou seja, aquilo que pertence à esfera das coisas não sensíveis. O sentido de valor afeta o sentimento do homem no plano das idéias. O valor como ente ideal representa o modelo perfeito, completo, capaz de ser realizado. Pode-se dizer que o valor ideal decorre da qualidade, da utilidade e da essência da coisa selecionada. No universo dos valores há ideais que constituem preferência do Ser humano como gênero. Destaca-se, entre os valores ideais, o valor à vida, à liberdade, à justiça, à moral. A idéia de qualidade estudada na Taboa de Categorias de Kant, e apresentada como atividade intelectual *a priori*, não considera a realidade empírica.

O estudo de valor, como já referido, comporta ser observado no plano da existência. Nessa esfera de teorização, Hessen discute o valor como fenômeno observável no mundo empírico. Por exemplo, uma tese de natureza científica, uma obra de arte musical, uma ação voltada para o bem, com sentido moral, são

96 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Tradução Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo. Abril Cultural, 1980, par. 106.

97 *Op. cit.*, par. 106.

98 *Op. cit.*, par. 107.

99 HESSEN, Joahannes. *Filosofia dos Valores*. Tradução de L. Cabral Moncada. 5. ed., Coimbra, Armênio Amado, 1997, p. 43.

realidades dotadas de valor. A própria cultura humana¹⁰⁰, como síntese de suas manifestações, constitui valor. Cultura humana designa, para o presente estudo, o conjunto de valores representados pela ação do ser humano em Sociedade, correspondente a tudo aquilo que é incorporado a sua condição social. Nessa linha de entendimento, o valor assume natureza real, por representar práticas culturais. Valor em relação às pessoas. Valor sobre a pessoa tem por objeto sua forma de pensar, de agir, de relacionar-se em Sociedade. Valor tem por parâmetro o bem em relação ao mal, o justo em relação ao injusto, a virtude em relação ao vício. Esses modelos são buscados, como síntese, nos costumes, nas práticas sociais, nos modos de convivência humana aceitos pela Sociedade. As ações individuais ou coletivas, de natureza social, podem atingir o âmbito da moral, da ética, e até mesmo o jurídico. A prática de ação injusta como a omissão das autoridades públicas pelo abandono de políticas de saúde voltadas à prestação de serviços públicos hospitalares repercute nos três âmbitos. Outro exemplo: a morte do ser humano decorrente da falta de atendimento médico representa ofensa aos valores da dignidade da pessoa humana. Significa que a repercussão de um valor não é estanque em relação a outro.

Juízo de valor e Juízo de realidade. Quando o Ser cognoscente afirma A estátua é bela, formula um juízo de valor, do ângulo estético. Reconhece, na estátua, certa harmonia plástica que a considera valiosa. O juízo de valor não considera, em separado,

100 Cultura. Pesquisamos a noção de Cultura nas seguintes obras: BHABHA, Homi K. *O Local da Cultura*. Trad. Myram Alves *et al.* Belo Horizonte, 2003, 395 p. CALDAS, Walidenyr. *Cultura*. São Paulo. Global, 1986, 94 p. LARAIVA, Roque de Barros. *Cultura um Conceito Antropológico*. 16. ed., Rio de Janeiro. Zahar 2003, 117 p. REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. 2. ed., Campinas. Bookseller, 2000, 340 p. SONIA E. Álvares. Organizadora. *Cultura e Política nos Movimentos Sociais Latino-Americanos*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2000, 538 p. Selecionou-se, para este estudo, o conceito: “um modo de vida – abrangendo as idéias, atitudes, linguagens, práticas, instituições e estrutura de poder, como uma ampla gama de práticas culturais, formas artísticas, textos, cânones, arquitetura, mercadorias de produção em massa e assim por diante”. Autor: Raymond Willians, in SONIA E. Álvares. Organizadora. *Cultura e Política nos Movimentos Sociais Latino-Americanos*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2000, p. 18.

o volume da pedra, a cor, o peso. O sentido do belo destaca-se pelo conjunto harmônico. O juízo de realidade, ao contrário, o Ser cognoscente descreve o objeto tal como o pensa. Por exemplo, a proposição que afirma A porta encontra-se aberta, ou diz, A cólera pertence ao gênero humano, exprime tão-somente o objeto como o sente, sem indicar qualidade boa ou má.

Valor no sentido ideal e no sentido real. Pode-se considerar valor ideal ou valor real segundo a passagem da idéia para a ação. Por exemplo, a justiça social, a paz universal, a erradicação da pobreza mundial comportam ser estudados como valores ideais. É de se observar que os valores ideais, para este estudo, constituem pensamentos factíveis pela ação do Ser humano, basta-lhe boa vontade. O sentido de ideal não se confunde com quimera, algo fantástico, irrealizável. Por outro lado, permitem o estudo como valores de realidade, ações de solidariedade, de honestidade, de humildade. O agente exclusivo do juízo de valor recai no ser humano. Em regra, as pessoas emitem juízo de valor sobre a realidade que as cercam. Juízo de valor positivo e juízo de valor negativo. Ao primeiro, atribui-se o valor positivo, quando o Ser cognoscente reconhece qualidades que contribuem para o sentido do bem, no sentido da coletividade. Será de valor negativo, ao contrário, quando a idéia do bem, embora satisfaça certa minoria, confronta com o bem no sentido da Sociedade. O valor, em correspondência com o bem, não possui padrão absoluto para a Sociedade.

Tema de relevância substancial para este estudo corresponde ao conceito de Valor e do Dever-Ser¹⁰¹. A observação ini-

101 Ser e Dever-Ser. A categoria Ser, para este estudo, significa existência. Ser, como modo existencial, constitui um atributo que se aplica a todos os entes (pessoas). Ser designa Ser Social, pensado como membro natural da Sociedade. Identifica-se como pessoa ou Ser espiritual. Denota o Ser como autoconsciência de si. Ser corresponde ao sujeito racional. A categoria Dever envolve uma obrigação moral. Dever-Ser revela intencionalidade da razão que se manifesta para a formação da Cultura. Denota conhecimento (saber, educação) pelo qual o Ser humano adquire conhecimento de si. O Ser, na passagem para o Dever-Ser, revela-se, no momento em que este tem conhecimento de que não se constitui de simples matéria

cial dirige-se para a forma de explicar a idéia de valor e dever-ser. Segundo deduz-se da Axiologia de Hessen, particularmente no campo da fenomenologia¹⁰², os valores são explicados, fundamentados, com base na experiência. Aquilo que toca aos sentidos interiores de nosso ser, como algo elevado não é senão a consciência de valor. Por esse entendimento, os valores não constituem manifestações subjetivas, posto que penetram na consciência objetivamente¹⁰³. Assim considerado, os valores não assumem sentido subjetivo, o valor nasce de um valor abstrato, sem correspondência com a experiência¹⁰⁴. Em oposição à concepção da pura abstração de Kant, a fenomenologia de Hessen admite que todo Valor e Dever-Ser têm origem num valor. O que dá sentido ao dever é o valor. A obrigatoriedade que aparece no dever-ser nasce da própria idéia de valor, como algo obrigatório. Observa Hessen que o dever-ser não equivale ao sentido de de-

biológica, psíquica. Por sua consciência sabe que pode construir o mundo à sua imagem. Por esta perspectiva de entendimento, torna-se o Ser, no sentido de Dever-Ser. Observação. A Filosofia de Martin Heidegger (1889-1976) teoriza o Ser em relação ao tempo. O filósofo emprega a categoria Ser em correspondência com o idioma alemão (Sein). A categoria Sein, com a participação do substantivo neutro (das), forma (das Sein) o ser. Na filosofia de Martin Heidegger, a categoria Sein e Das Sein, o Ser aparece com diferentes aplicações. Para um estudo particularizado sobre o tema, recomenda-se a leitura das obras: ARISTÓTELES. *Física*. Tradução Gilhermo R. de Echandia. Madrid. Editorial Gredos. 1995, p. 88. ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Patrício de Azcárate. Madrid: Espasa Calpe, 1999. HEIDEGGER, Martin. *El Ser y El Tiempo*. Trad. José Gaos. México. Fondo de Cultura, 2000. HEIDEGGER, M. *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1999. HEIDEGGER, M. *De la phénoménologie à l'ontologie*. In: HUNEMAN, P. e COLIN, E. K. A. *Introduction à la phénoménologie*. Chapitre 2. Paris: s/ed., 1997.

102 Fenomenologia. Filosofia que se ocupa do Ser como centro de fenômenos da axiologia, da psicologia, da antropologia, da sociologia, da história, da cultura. Consultar a obra: SILVA, Moacyr Motta da. *Direito, Justiça, Virtude Moral e Razão: Reflexões*. Curitiba. Juruá, 2003.

103 *Op. cit.*, p. 85.

104 Par. 2, in KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Tradução Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo. Abril Cultural, 1980.

ver-fazer¹⁰⁵. Trata-se de um dever-ser ideal. Por exemplo, o valor existente na observação de uma tela não significa que alguém deva realizá-la.

A leitura da obra de Hessen revela a existência de ordens distintas para a discussão dos valores¹⁰⁶. Diante da impossibilidade da construção de uma classificação única que atinja os diversos âmbitos de valor, o filósofo elabora uma escala própria¹⁰⁷. Classifica como valor sensível a manifestação que provoca ou estimula sensação de prazer, de satisfação. Por exemplo, os alimentos, as bebidas, o vestuário. Trata-se de valor puramente material, transitório. A Filosofia Ética denomina-o de Hedonismo¹⁰⁸. Valores vitais ou valores ligados à vida (Bio-vida) constituem a seguinte ordem de classificação: valores à vida, à saúde, à higiene. Denominam-se valores de utilidade os que servem, diretamente, às necessidades do ser humano, como a alimentação, o vestuário, a habitação. Esta categorização é igualmente denominada de valor econômico. A seguinte ordem corresponde aos valores espirituais. São assim considerados por apresentarem essências abstratas, imateriais. Wojtyła¹⁰⁹, em sua tese sobre a Ética Cristã, adota o princípio da fenomenologia. Os valores éti-

105 HESSEN, Joahannes. *Filosofia dos Valores*. Tradução de L. Cabral Moncada., 5. ed., Coimbra, Armênio Amado, 1997, p. 74.

106 Hessen cita, entre outros, os seguintes axiologistas: Max Scheller (1878-1928) Heinrich Rickert (1863-1936), Dietrich Heinrich Kerler (1864-1937) Friedrich Nietzsche (1844-1900), Nikolai Hartman (1882-1950). In p. 75 a 85. HESSEN, Joahannes. *Filosofia dos Valores*. Tradução de L. Cabral Moncada. 5. ed., Coimbra, Armênio Amado, 1997.

107 *Op. cit.*, p. 91.

108 Hedonismo. No idioma grego lê-se *Eudaimonía* para significar felicidade, ser feliz, do ponto de vista ético. Doutrina de natureza moral que considera modo de vida ideal, fundado na expectativa de proporcionar maior grau de prazer com menor participação da dor. Sobre o tema, ver PLATÃO. *Diálogos*. O Banquete – Fédon – Sofista – Político. Trad. José Cavalcante de Souza *et al.*, 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983, par. 60. O Prazer e a Dor. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. de Mário da Gama Kury, 3. ed., Universidade de Brasília, c1985, 1992. Parágrafos 1.095 a 1.096 b; 1.099 b; 1.101 a; 1.104 b; 1.105 a.

109 WOJTYLA, Karol. *Max Scheler e a Ética Cristã*. Trad. Diva Toletto Pisa. Curitiba. Champagnat, 1993, 183 p.

cos jamais deixarão de ser captados fora da experiência¹¹⁰. Tocam diretamente à alma, à razão, ao intelecto. Têm natureza abstrata. Os valores considerados lógicos pertencem à classe dos valores espirituais. A função do conhecimento, do saber, no sentido de esforço intelectual para alcançá-lo, bem assim o conteúdo do conhecimento, do saber integram os valores espirituais. Em relação aos valores sensíveis, os espirituais distinguem-se pela durabilidade.

Do ângulo da Filosofia dos Valores¹¹¹, o Ser, como sujeito, é pensado no sentido de coletividade humana. O valor individual de uma pessoa, por si só, não gera idéia de valor. O Ser, para este estudo, representa o gênero humano ou Ser supra-individual¹¹². Observado por este ângulo, o Ser assume concepção de síntese dos membros da Sociedade. Diante dessa linha de raciocínio, parece correto pensar que o Ser, no sentido social, não se constitui da soma de unidades dos diversos Seres que integram a Sociedade. Do mesmo modo, o Ser não representa a maioria no contexto da Sociedade. O Ser denota a pessoa identificada como gênero humano. Os valores que decorrem das manifestações sociais variam segundo o tempo, o espaço e as condições culturais de cada Sociedade. Por esse entendimento, deduz-se que o conceito de valor mostra-se variável. Em cada época, em cada espaço, em cada cultura, a Sociedade constrói valores que correspondem ao Ser de seu tempo.

Valor e Cultura

O estudo sobre a idéia de valor, selecionada para este momento acadêmico, inspira-se no pensamento de Reale¹¹³. Releva

110 WOJTYLA, Karol. *Op. cit.*, 183 p.

111 Este parece ser o pensamento de Joahnnnes Hessen, com o qual se concorda.

112 HESSEN, Joahnnnes. *Filosofia dos Valores*. Tradução de L. Cabral Moncada. 5. ed., Coimbra, Armênio Amado, 1997. p. 51.

113 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 14^a ed. atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 1991 e REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. 2. ed., Campinas. Bookseller, 2000, 340 p.

anotar que o filósofo focaliza a concepção de valor num catálogo de teorias: Psicologia¹¹⁴, Sociologia¹¹⁵, Ontologia¹¹⁶ e Cultura¹¹⁷. Entre os conteúdos estudados, o que mais se aproxima do obje-

-
- 114 Psicologia. Sem a preocupação em destacar as diferentes linhas de pesquisa, a Psicologia designa a Ciência que se ocupa do Ser como consciência de si próprio. A concepção de valor resulta de manifestações psicológicas. Funda-se em teorias subjetivas para explicação dos valores. Valor é aquilo que nos proporciona satisfação. As manifestações de valor resultam de nossas manifestações psíquicas. Nessa linha de pensamento encontra-se a Teoria Hedonista (Valor é o que agrada, que causa prazer.)
- 115 Sociologia. Em sentido amplo, define-se como a Ciência que tem por objeto o estudo da organização e do funcionamento da Sociedade humana. Esta área de saber ocupa-se do valor, diferentemente da Psicologia. Valor representa manifestação não de uma pessoa, individualmente considerada. A Sociologia dos valores dirige-se para Sociedade. O estudo parte da concepção de que uma Sociedade não representa um aglomerado de pessoas, mas algo que une uns aos outros, por diversos laços. Nessa linha de entendimento, cria-se na Sociedade espécie de consciência coletiva, como síntese das manifestações do grupo social. As crenças, os ideais de justiça, de ordem, de trabalho, de solidariedade representam valores da Sociedade. O ser humano, em Sociedade, guia-se, entre outros, por essas categorias de valores.
- 116 Ontologia. Conceitua-se como o estudo do Ser como Ser. Esta concepção extrai-se da leitura da obra ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Patrício de Azcárate. Madrid: Espasa Calpe, 1999. Releva observar que Aristóteles não emprega o nome Ontologia. O conteúdo desta área de saber aparece em Aristóteles com o título Metafísica. Autores pesquisados como Immanuel Kant, in *Crítica da Razão Pura*, par. 108, Edmund Husserl (1859-1938), Nikolai Hartmann (1882-1950), Martin Heidegger (1889-1976) e Miguel Reale (1910) dedicam-se ao estudo da Ontologia. A Ontologia procura explicar que os valores não decorrem dos desejos do ser humano, tampouco de manifestações psíquicas. Os valores são pesquisados como descoberta do homem, na incursão da História.
- 117 Cultura. Pesquisamos a noção de Cultura nas seguintes obras: BHABHA, Homi K. *O Local da Cultura*. Trad. Myram Alves *et al.* Belo Horizonte, 2003. CALDAS, Walidenyr. *Cultura*. São Paulo. Global, 1986, LARAIVA, Roque de Barros. *Cultura um Conceito Antropológico*. 16. ed., Rio de Janeiro. Zahar, p. 203 REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. 2. ed., Campinas. Bookseller, 2000, 340 p. SONIA E. Álvares. Organizadora. *Cultura e Política nos Movimentos Sociais Latino-Americanos*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2000. Selecionou-se para este estudo o conceito de cultura: “um modo de vida – abrangendo as idéias, atitudes, linguagens, práticas, instituições e estrutura de poder, como uma ampla gama de práticas culturais, formas artísticas, textos, cânones, arquitetura, mercadorias de produção em massa e assim por diante.” Autor: Raymond Williams, in SONIA E. Álvares. Organizadora. *Cultura e Política nos Movimentos Sociais Latino-Americanos*. Belo Horizonte. Editora UFMG 2000, p.18.

tivo do trabalho encontra-se na dimensão da cultura. O nome cultura de *culturae* deriva do Latim. Aparece como substantivo feminino¹¹⁸. Designa costumes, instrução, educação. Cultura, na contemporaneidade, é estudada na área da Filosofia e da Ciência. Nenhum âmbito de saber pode reivindicar, para si, o domínio privativo do conhecimento. Esta proposição cabe ao estudo da cultura, no sentido de que esta não constitui visão exclusiva de determinada esfera do conhecimento. A filosofia da cultura em Reale toca a esfera da História. Nessa linha de entendimento, a história é examinada como instituição. História, nessa visão, tem por objeto o estudo reflexivo, da forma pela qual o ser humano, em cada época, em cada espaço, relaciona-se no contexto social. A disputa pelo poder político, as idéias de liberdade, as opressões políticas, as reivindicações sociais, todos como processo racional, integram o sentido de história. A história não se confunde com meros registros de dados, fragmentos de acontecimentos experimentados por determinada Sociedade. Nem mesmo como simples sucessão de experiências de determinada trajetória humana. A história, como teoriza Hege, “é o desenvolvimento do Espírito¹¹⁹ no Tempo, assim como a Natureza é o desenvolvimento da idéia no espaço”¹²⁰. Trata-se de história reflexiva, de natureza dialética. Envolve uma instância de saber de forma circular. O conceito de fim e de começo, para a história, constitui apenas uma opção metodológica do pesquisador. O estudo da história, nessa concepção, procura explicações sobre os dados históricos pesquisados. Não importa o presente ou passado; o que se busca são as idéias que concorreram para determinado acontecimento¹²¹. A pesquisa da história pode oferecer respostas ou indi-

118 Dicionário Latino Português, 5. ed., São Paulo. Melhoramentos, p. 151.

119 A palavra espírito, na filosofia de Hegel, apresenta diversas significações (*Geist der Zeit*) Espírito da época, do tempo. No texto reproduzido, sugere a idéia de produto cultural de uma época. Aquilo que determinado povo compartilha com espírito comum. In INWOOD, M. *Dicionário de Hegel*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. Recomenda-se a leitura da obra ROSENFELD, Denis Lerrer. *Filosofia passo a passo*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar, 2002.

120 HEGEL, G. W. F. *A razão na história*. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Moraes, 1990, 130 p.

121 *Op. cit.*, p. 49.

car caminhos. Ingressar na história significa estabelecer um diálogo entre a experiência do ser e dever-ser¹²². O Ser, como ente supremo do universo, constituído de índole política, busca, pelo conhecimento, criar leis morais para a convivência em Sociedade. A consciência da necessidade de regras morais, no sentido do bem coletivo, torna-o Ser do Dever-Ser. A intencionalidade do Ser, do Dever-Ser, forma a cultura. Ou seja, tudo que o Ser acresce à natureza do mundo, por sua vontade racional, no sentido de inovar, de modificar, de criar algo, constitui cultura. Reale emprega feliz idéia para definir a cultura. O ser humano, utilizando-se das leis naturais, construiu para si um segundo mundo sobre o mundo dado, consistente no mundo da cultura, mundo histórico¹²³. Valor como fenômeno cultural apresenta estreita relação com a história. Do ponto de vista da argumentação, diz-se fraca, inconsistente, a proposição que tenta demonstrar a idéia de valor

122 Ser e Dever-Ser. A categoria Ser, para este estudo, significa existência. Ser, como modo existencial, constitui um atributo que se aplica a todos os entes (pessoas). Ser designa Ser Social, pensado como membro natural da Sociedade. Identifica-se como pessoa ou Ser espiritual. Denota o Ser como autoconsciência de si. Ser corresponde ao sujeito racional. A categoria Dever envolve uma obrigação moral. Dever-Ser revela intencionalidade da razão que se manifesta para a formação da Cultura. Denota conhecimento, saber, educação, pelos quais o Ser humano adquire conhecimento de si. O Ser, na passagem para o Dever-Ser, revela-se, no momento em este tem conhecimento de que não se constitui simples matéria biológica, psíquica. Por sua consciência sabe que pode construir o mundo à sua imagem. Por essa perspectiva de entendimento, torna-se o Ser, no sentido de Dever-Ser. Observação. A Filosofia de Martin Heidegger (1889-1976) teoriza o Ser em relação ao tempo. O filósofo emprega a categoria Ser, em correspondência com o idioma alemão (Sein). A categoria Sein com a participação do substantivo neutro (das) forma (das Sein), o ser. Na filosofia de Martin Heidegger, a categoria Sein e Das Sein, o Ser aparece com diferentes aplicações. Para um estudo particularizado sobre o tema, recomenda-se a leitura das obras: ARISTÓTELES. *Física*. Tradução Gilhermo R. de Echandia. Madrid. Editorial Gredos. 1995, p. 88. ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Patrício de Azcárate. Madrid: Espasa Calpe, 1999. HEIDEGGER, Martin. *El Ser y El Tiempo*. Trad. José Gaos. México. Fondo de Cultura, 2000. HEIDEGGER, M. *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1999. HEIDEGGER, M. *De la phénoménologie à l'ontologie*. In: HUNEMAN, P. e COLIN, E. K. A. *Introduction à la phénoménologie*. Chapitre 2. Paris: s/ed. 1997.

123 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 14. ed. atualizada. São Paulo Editora Saraiva, 1991, p. 205.

isolada da história. O valor pensado, como manifestação cultural, vincula-se à experiência da vida. Equivale entender-se que a idéia de valor não convive separada da experiência histórica. Observa-se ser impossível entender o sentido de valor fora da experiência histórica¹²⁴. A posição teórica assumida por Reale, no sentido de inadmitir o conceito de valor como pura abstração, aproxima-o da filosofia fenomenológica¹²⁵. A categoria valor, na filosofia de Reale, não deve ser entendida como manifestação individual, portanto, singular, empírica. Valor representa a consciência do espírito, no sentido de universalidade.

Para o presente estudo, valor como expressão do espírito universal integra a história. Acha-se presente em cada momento histórico. A experiência histórica do Ser revela-se nas práticas sociais, por isso o valor não pode ser considerado estático. É de seu desenvolvimento dialético, demonstrado na experiência histórica, que a idéia de valor assume caráter permanente. Tal entendimento leva a deduzir que todo valor como manifestação do espírito universal encontra-se sempre em transformação. Valor não representa elemento abstrato, simples quimera, algo que jamais pode ser concretizado. Constitui um ideal correspondente à

124 REALE, Miguel. Ob. cit., p. 204.

125 Fenomenologia, para a lógica do presente estudo, compreende a parte da Filosofia que se ocupa da investigação sobre a natureza humana, em relação à essência do conhecimento. Investiga a forma pela qual o ser pensante consegue alcançar, com a idéia de certeza, uma realidade que compreende seu mundo exterior. Dedicase ao estudo das manifestações da consciência, em relação à realidade, como experiência. O objeto específico da Fenomenologia recai na investigação sobre as emoções, a cólera, o ciúme, o rancor, os impulsos de vingança, a cobiça, a razão. Nessa linha temática, a Fenomenologia dedica-se ao exame dos valores como manifestação da consciência. Volta-se, igualmente, aos valores que presidem as questões ligadas à ética, à moral, à religião. Destacamos os seguintes expoentes da Filosofia da Fenomenologia: Edmund Husserl (1859-1938) obra destacada: HUSSERL, Edmund. *Méditations Cartésiennes*. Introduction à La Phénoménologie. Trad. G. Peiffer et E. Levinas. Paris, 2001. SCHELER, Max (1873-1928) obra destacada: *Da reviravolta dos valores*. Trad. de Marco Antônio dos Santos Casa Nova. Petrópolis. Vozes. 1994. Nikolai Hartmann (1882-1950) obra: HARTMANN, N. *Ontologia IV. Filosofia de la naturaleza*. Teoria Especial de las Categorías. 2. ed., Trad. José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica. 1986. HARTMANN, N. *Ontologia V. Filosofia de la naturaleza y el pensar teleológico*, 2. ed., Trad. José Gaos. Fondo de Cultura Económica. México, 1986.

realidade. No mesmo sentido, não assume a integralidade do ideal pensado, sob pena de converter-se em realidade. Em nenhum momento, torna-se aspiração satisfeita, definitiva. Se tal ocorresse, perderia seu objeto. Constrói-se, idealmente, nos limites da realidade existencial. Valor jamais esgota seu caráter de idealidade. A matriz, a fonte geradora dos valores morais¹²⁶, éticos¹²⁷, re-

126 Moral deriva do Latim *mos, moris*, costumes. Conjunto de regras adquiridas pelo hábito. A moral realiza-se como prática de agir. A moral representa o modo de ser, de agir, de pensar do ser humano. A moral varia em função dos costumes de determinada Sociedade. Por exemplo, a antiga Grécia de Platão possuía sua moral; a Idade Média de Santo Tomaz de Aquino regia-se por costumes cristãos; o regime econômico do Feudalismo centrava seus costumes nos senhores feudais, nos servos da gleba. Os costumes políticos até a Revolução Francesa de 1789 orientavam-se pelo absolutismo. Por isso, pode-se falar em várias morais. O conceito de moral em relação à forma de agir individual é determinado pela harmonia com o agir da coletividade. O bom em relação ao mal, o justo em oposição ao injusto, a virtude em oposição ao vício constituem padrões de ação moral. A consciência moral subjetiva consulta: meu modo de agir corresponde à vontade da coletividade. Meu modo de pensar, de agir, em relação ao outro apóia-se na consciência moral da coletividade.

127 Ética. O estudo da ética metafísica aparece como ciência do *ethos*. *Ethos* pertence à língua grega. Escreve-se de duas formas. *Êthos* escrito com “e” minúsculo (*êthos*) significa morada, destinada aos seres humanos (moradia, casa) e aos animais (estábulo). Leva um acento sobre o ê. Esta forma de casa, de abrigo, não deriva da natureza. O ser humano a constrói. O *êthos* (moradia, casa) não representa algo definitivo, pois necessita, continuamente, de cuidados. *Ethos* escrito com a letra “E” maiúscula designa costumes, ou conjunto de valores criados e respeitados pela tradição cultural de determinada Sociedade. In BOFF, Leonardo. *Ethos Mundial*. Rio de Janeiro. Editora Sextante, 2003. Na obra: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. de Mário da Gama Kury. 3. ed. Universidade de Brasília, c 1985. 1992, encontramos na p. 215, nota n. 38, a palavra *ethiké*, no idioma grego, com o mesmo significado de *êthos*. Portanto, na filosofia de Aristóteles, *êthos* guarda o mesmo significado de *ethiké*. Pesquisa realizada no Dicionário de Latim-Português, de Antônio Ferreira Gomes, Porto Editora, 1996, aparece a palavra *êthos* (do grego), com dois sentidos: 1. Costumes, caráter. 2. Moral. Na modernidade, distingue-se Ética da Moral. Ética constitui o saber da filosofia que se dedica ao exame dos valores e condutas humanas. Nessa linha de entendimento, a Ética pesquisa a origem dos valores que orientam a conduta humana, os fundamentos e finalidades. A Ética guia-se pela idéia do bem em relação ao mal, da virtude e do vício, do justo e do injusto. A liberdade constitui o elemento essencial à Ética. A Ação para ser considerada Ética necessita da consciência livre e responsável. O sentido completa-se na medida em que o agente ético respeitar a racionalidade, a liberdade ética do outro.

presenta o espírito da Sociedade¹²⁸. Ou seja, a consciência do povo. Tal espírito não é senão a consciência geral do povo que se manifesta na criação de valores. Representa a vida ética de um povo, refletido pela consciência de si. O espírito da Sociedade orienta-se por um querer determinado, o bem comum. A consciência da Sociedade busca, continuamente, valores do bem em relação ao mal, por seu grau de auto-reflexão. O devir do espírito da Sociedade não se mostra uniforme. Por sua natureza mutante, o espírito evolui, regride, progride, em busca do bem comum.

Nesse particular, parece que a filosofia de Miguel Reale aproxima-se do pensamento de Hegel. A semelhança entre o pensamento de Reale com as idéias de Hegel aparece na obra *A Razão na História*¹²⁹. Trata-se de estudo que observa a história não somente com calendário cronológico de descobertas científicas, de expressões artísticas, de lutas políticas, de movimentos religiosos, de guerras militares, de movimentos sociais. Hegel pensa a história como processo evolutivo da razão. O Ser, consciente de si, representa o móvel determinante da história. Hegel desenvolve, nesses estudos, argumentos denominados dialética dos opostos¹³⁰. *A Razão na História* parece refletir a consciência

128 A expressão espírito da Sociedade adotada neste estudo inspira-se na leitura da obra: HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do Espírito*. Volume Único. Trad. Paulo Menezes et al. 7. ed., Petrópolis: Vozes, 2002, Capítulo V. Observação. Na filosofia de Hegel, a palavra espírito aparece como (Geist), com sentido amplo. Pesquisar sobre o assunto, a obra: ROSENFELD, Denis Lerrer. *Filosofia passo a passo*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar, 2002, 79 p.

129 HEGEL, G. W. F. *A razão na história*. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Moraes, 1990, 130 p.

130 Dialética dos Opostos, também denominada Método Dialético, é a expressão utilizada na linguagem que estuda o pensamento de Hegel. Trata-se de método lógico para formulação de um conjunto de proposições. Um dos traços característicos é a negação. A idéia do positivo conduz à idéia do negativo, que, por sua vez, formula um novo conceito como síntese. Parte-se do entendimento, segundo o qual todo conceito é unilateral, a tese. O seu contrário suscita, sempre, uma contradição, uma antítese. Por esse método lógico, surge a necessidade de novo conceito, que supere e elimine a contradição dos opostos, a síntese. Pelo método dialético, o processo de formulação dos raciocínios conduz à idéia do negativo, que, por sua vez, formula um novo conceito como síntese. A cada conceito que se formula pelo método da dialética dos opostos, o enunciado posterior apresenta maior riqueza conceitual do que o anterior. Platão é considerado um dos filósofos

de si da humanidade. A dialética da história, na teoria Hegel¹³¹, assinala que a história universal não se constitui de simples juízo de força, guiada por um destino cego. Tal concepção leva ao entendimento de que a evolução histórica, social e cultural da Sociedade se desenvolve ora por ondas de progresso, ora por on-

da antiga Grécia que se destacou no método dialético. Consultar a obra: Fédon in PLATÃO. *Diálogos*. O Banquete – Fédon – Sofista – Político. Trad. José Cavalcante de Souza *et al.*, 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983.

- 131 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, *op. cit.*, p. 307.

Positivismo jurídico. A raiz do pensamento positivista moderno encontra-se na filosofia do matemático francês Auguste Comte (1798-1857). Referida teoria distingue a evolução do conhecimento humano em três estágios: a) teológico, pelo qual todos os fenômenos têm explicação por causas sobrenaturais, com a intervenção de ente divino; b) metafísico, a partir do qual o pensamento busca respostas em princípios que dominam os acontecimentos do mundo, fora da vontade humana; c) positivo, aquele que não aceita qualquer explicação hipotética ou filosófica da história, da ciência. O Positivismo, segundo este entendimento, funda-se na observação empírica, no conhecimento pela razão pura. O pensamento positivista penetrou em vários ramos das ciências sociais, notadamente no jurídico. Dentre as classificações do positivismo jurídico destacamos: a) positivismo analítico; b) positivismo sociológico. A teoria analítica se ocupa da análise e interpretação do direito pelos órgãos de jurisdição do Estado. A teoria sociológica investiga as diversas formas de influência social em relação ao direito positivo. Em sentido amplo, afirma-se que o positivismo jurídico opõe-se ao jusnaturalismo. Procura limitar a interpretação do direito numa visão puramente empírica. Em consequência, procura afastar-se de tendências metafísicas. Revela-se como forma de pensamento monista. O positivismo jurídico não se orienta por teorias metafísicas. Ainda assim, o positivismo aceita a idéia segundo a qual os seres humanos são iguais e livres para construir uma ordem jurídica. O positivismo jurídico tem por objeto o direito vigente ou o direito positivo. Por essa linha de raciocínio, o positivismo jurídico não aceita vinculação com fonte externa de índole social, ou qualquer outra, de natureza axiológica. O direito, assim considerado, pressupõe a existência exclusiva do Estado, como expressão político-jurídica. Significa que fora do conceito de Estado não existe o direito positivo como expressão da vontade humana. A partir das linhas centrais do positivismo jurídico, aparecem outros segmentos do positivismo jurídico, como o pensamento de John Austin; positivismo de Hans Kelsen. Obras consultadas: BODENHEIMER, Edgar. *Teoria Del Derecho*. Trad. Vicente Herrero. México. Fondo de Cultura Económica, 1994, 426 p. CALERA, Nicolas Maria López. *Filosofía Del Derecho* (1) Granada. Editorial Granada, 1977, 278 p. LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Trad. Manoel de Alarcão Coimbra. Livraria Almedina. 1997, 267 p. LOYD, Dennis. *A Idéia da Lei*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo. Martins fontes. 1998, 440 p. MARTÍNEZ, Soares. *Filosofia do Direito*. 2. ed. Coimbra. Livraria Almedina. 1995, 762 p.

das de estagnação, ora por ondas de retrocessos. A Sociedade, em sua trajetória histórica, cultural, percorre caminhos tanto de elevação espiritual quanto de elevação cultural. Passa por guerras econômicas, racistas, ideológicas. Sofre os efeitos das epidemias, da fome, do desemprego, da degradação moral. A História da humanidade, assim como o pêndulo do relógio, caminha com variações dos valores de justiça, da moral, da ética, em contínuo processo de desenvolvimento e de retrocesso. Valor, como manifestação do espírito da Sociedade, representa o sentido moral como padrão de conduta de um povo. Ainda que a idéia de um valor moral corresponda a um ideal de determinado tempo, o conceito acha-se em permanente evolução. A justiça, o amor, a piedade, a solidariedade, a amizade constituem expressões de valor gerados pelo espírito da Sociedade. O catálogo de valores gerados pelo espírito alcança um sentido universal. Embora o decurso do tempo mude as condições de vida de um povo, a consciência da necessidade de organização da Sociedade aparece como valor moral.

Um dos valores morais de maior significação pregado à humanidade encontra-se nos ensinamentos de Jesus Cristo, no Evangelho de São Mateus, versículo 6: “Bem aventurados os que têm fome e sede de justiça: por que eles serão fartos”¹³² A grandeza dos ensinamentos do divino mestre está na simplicidade de suas palavras. A amplitude dos valores morais, contidos na locução, não se limita às pessoas de fé religiosa cristã. Por seu caráter ecumênico qualquer Sociedade busca a justiça como valor moral. Observado o pensamento de Jesus Cristo no plano do espírito da Sociedade, a aspiração da justiça como valor moral transcende a religiosidade. Pertence ao espírito da Sociedade criar modelo de justiça no sentido do bem em relação ao mal em harmonia com a consciência social.

132 BÍBLIA SAGRADA, Edição Ecumênica. Trad. de Pe. Antônio Pereira de Figueiredo. Rio de Janeiro, 1974.

Direito – concepção teórica

O autor reconhece a impossibilidade acadêmica de tratar, no presente trabalho, das inúmeras concepções do direito. O estudo da teoria geral do direito revela certa pluralidade de fontes, de explicações sobre conceito e classificação do direito. Há teorias que vêem o direito como fenômeno transcendental, vinculado à entidade divina; do mesmo modo, o direito pensado como produto da razão, em cuja matriz desenvolvem-se várias teorias; o direito como conjunto de valores morais criados e consagrados pela Sociedade; o direito representado por um conjunto de regras ditadas pelo Estado; direito como sistema de preceitos ligados ao poder político do Estado; direito no sentido comunitário (pluralismo jurídico); direito identificado com o justo para a Sociedade.

A leitura realizada em torno das teorias apontadas estimula o autor a indicar elementos que considera essenciais ao conceito do direito. O direito origina-se das práticas humanas consideradas como usos e costumes (*ethos*)¹³³, no meio social. A Sociedade humana, quando passou a se organizar como instituição política (Estado), já admitia, no seu *dever*, valores morais que os considerava indicadores de pauta de conduta. Os valores morais têm como referentes o justo, o bem, a virtude, em oposição ao injusto, ao mal, ao vício. O direito, nessa linha de entendimento, representa a medida que distingue os extremos, os excessos dos indicativos morais. Por vontade da razão política, o direito converte-se em mandamento imperativo de agir, representado pela norma de conduta. A sede própria do direito encontra-se na organização política da Sociedade (Estado). Para se distinguir a norma de conduta, de caráter imperativo, universalmente exigível, de outras formas de regras de agir (lei ética), a Sociedade política, pela necessidade de organização e de manutenção de si, confere à lei (norma de conduta) o sentido de império, de força como expres-

133 O entendimento deste tema inspira-se na leitura da obra: p. 95, in PLATÃO. *Diálogos*. Apologia, Críton, Eutifron, Íon, Lisis, Cármides, Hípias Menor, Hípias Mayor, Laquês, Protágoras. Trad. J. Calonge *et al.* Madrid: Editorial Gredos – Protágoras. 319, 1997.

são de poder, por este limitado (direito = lei). O Estado, como Sociedade política organizada, reserva para si a prescrição abstrata do modelo de conduta desejável à convivência pacífica das pessoas em Sociedade.

Considerações finais

O presente estudo, que por necessidade metodológica é considerado findo, nos limites em que nos propusemos, do ângulo da teoria do conhecimento, representa apenas um passo na infinita caminhada do saber. O esforço do autor concentra-se na pesquisa, na observação e na reflexão sobre a idéia de valor. O objetivo do empreendimento volta-se para a tentativa de demonstrar que a natureza dos valores ora estudados permite certa conexão teórica com o Direito. O entendimento demonstrado ao longo do estudo decorre da circunstância segundo a qual a idéia de valor representa síntese de padrões de conduta consagrados pela Sociedade, no sentido do bem, do justo, da virtude, em oposição ao mal, à injustiça, ao vício. Por essa linha de pensamento, a categoria valor reúne, como gênero, ideais construídos pela consciência moral da Sociedade. Admitindo-se que o Direito, como fenômeno social, cultural, é entendido como meio destinado a regular as relações humanas em Sociedade, mostra-se igualmente correto pensar que os valores morais, éticos, criados pela Sociedade, servem de fundamento para a sua explicação. Releva observar que os fundamentos morais e éticos, representados por valores ora demonstrados, constituem a essência do Direito.

Essa postura acadêmica procura romper com a tradicional concepção do Direito, puramente positivista¹³⁴. A linha de pensamento que considera a pauta de regras do direito como fenômeno existencial não constitui ineditismo. O estudo das obras de Platão, Aristóteles, Tomaz de Aquino, Marx, Hessen e Reale reúne fundamentos para estabelecer-se conexão teórica entre valor e Direito. Consideramos significativa a teoria de Hessen, fundada na Fenomenologia por Nikolai Hartmann, Max Scheller e Edmund

134 Positivismo jurídico. Sugere-se a leitura da obra SILVA, Moacyr Motta da. *Direito, Justiça, Virtude Moral e Razão: Reflexões*. Curitiba. Juruá. 2003.

Husserl¹³⁵. A conexão teórica que ora se formula apóia-se no entendimento segundo o qual o direito funda-se nos valores morais desejados pela Sociedade. Aceitando-se esse raciocínio, o direito como valor social, cultural constitui natureza existencial¹³⁶. Portanto, se o direito pode ser considerado um valor cultural, por igual lógica de raciocínio é razoável pensar que ele funda-se na experiência das relações sociais.

Estudos desenvolvidos, entre outros, pelos tratadistas Carlos Cossio, filósofo argentino (1903-1987)¹³⁷, com a obra *Teoria do Egoísmo Existencial*; os brasileiros Miguel Reale (1910)¹³⁸, mediante sua *Teoria Tridimensional do Direito*; Orlando Ferreira de Melo (1922-2004)¹³⁹, com *Hermenêutica Jurídica* e Antônio Carlos Wolkmer (1949) com a obra *Pluralismo Jurídico: Fundamentos para uma Nova Cultura do Direito*, indicam uma aproximação teórica ao trabalho que ora desenvolvemos. A fundamentação do direito, a partir dos valores criados pela cultura de uma Sociedade, não tem conexão, na linha deste estudo, com teorias do Direito Natural¹⁴⁰. O conceito de valor funda-se em aspirações que sintetizam a vontade da Sociedade. São valores que emanam da consciência coletiva da Sociedade. Entre os valores morais desta natureza destacam-se: justiça, igualdade, paz, ordem, dignidade, liberdade, solidariedade, saúde, educação e outros. A concepção de Direito que se formula para este estudo representa a síntese dos valores morais captados da Sociedade. Entre as

135 Para um estudo particularizado sobre os referidos filósofos, recomendamos a leitura de nosso trabalho acima referido.

136 A categoria existência designa o modo do Ser, na realidade vivida. Compreende o Ser e a experiência. Existência, neste estudo, opõe-se ao sentido de abstração. A idéia de existência inspira-se na leitura da obra: HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. Trad. Débora Danoski. São Paulo. Editora UNESP, 2001. Seção VI.

137 COSSIO, Carlos. *Radiografía de la Teoría Ecológica*. Buenos Aires. De Palma, 1987.

138 REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed., São Paulo. Saraiva, 1994.

139 MELO, Orlando Ferreira de. *Hermenêutica Jurídica: uma reflexão sobre novos posicionamentos*. Itajaí. UNIVALI, 2001, 213 p.

140 Direito Natural. Por se tratar de concepções de amplo espectro, Teoria Cósmica — Teoria do Direito Divino e Teoria da Razão Humana, o tema será objeto de investigação em outro estudo.

aspirações morais, a justiça, a igualdade, a liberdade constituem o tripé para a formação do direito. A idéia de valor inspira-se naquilo que a Sociedade elege como ideal universal para si. A compreensão de valor, como fenômeno de consciência da Sociedade, forma o elo com o Direito. A concepção de consciência coletiva de valor, da qual é titular a Sociedade, não deve ser interpretada como um feixe de valores individuais, em que cada ser idealiza, singularmente, seu valor, sua preferência. Do mesmo modo, os valores idealizados por grupos de pessoas ou de categorias representativas de interesses ou preferências particulares, que se opõem aos ideais construídos pela consciência da Sociedade, não integram o conceito de valores morais. Releva assinalar que os valores construídos pela consciência da Sociedade não pertencem a ninguém em particular, porque são inerentes ao ser humano, como ser social, ser cultural. O Direito como expressão dos valores sociais, culturais e morais da consciência da Sociedade, orientado pela razão, busca a paz, a harmonia, a justiça para o ser humano.

Referências bibliográficas

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi et al. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1962.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Aristotélica*. São Paulo. Manole, 2003, 1.436 p.
- BHABHA, Homi K. *O Local da Cultura*. Trad. Myram Alves et al. Belo Horizonte. 2003, 395 p.
- CALDAS, Walidenyr. *Cultura*. São Paulo. Global, 1986, 94 p.
- _____. *Dicionário Latino Português*. 5. ed., São Paulo. Melhoramentos. s/d, 649 p.
- ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. Trad. Antônio Pinto Carvalho. 14. ed., Rio de Janeiro: Edições Ouro, s/d.
- _____. *Metafísica*. Trad. Patrício de Azcárate. Madrid: Espasa Calpe, 1999, 372 p.
- _____. *Física*. Tradução Gilhermo R. de Echandia. Madrid. Editorial Gredos, 1995, 503 p.

- _____. *Organon II. Sobre la Interpretación – Analíticos Primeros – Analíticos Segundos*. Tradução de Miguel Candel Sanmartín. Madrid. Editorial Gredos, 1985, 460 p.
- AQUINO, S. T. *Suma de Teologia*. III Parte II-II (a). Trad. Ovídio Calle Campo *et al.* Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1995, 612 p.
- BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Trad. Desidério Murcho *et al.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, 437 p.
- CHAUI, Marilena. *Introdução à História da Filosofia*. Dos Pré-Socráticos a Aristóteles. Volume I. 2. edição revista e ampliada. São Paulo. Companhia das Letras, 2002, 539 p.
- DUFRENNE, Mikel. *Estética Filosófica*. Trad. Roberto Figurelli. São Paulo. Perspectiva, 2004, 266 p.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Directo*. 2. ed., São Paulo. Editora Atlas, 1994, 368 p.
- HARTMANN, N. *Ontologia IV. Filosofia de la naturaleza*. Teoria Especial de las Categorías. 2. ed. Trad. José Gaós. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, 576 p.
- _____. *Ontologia V. Filosofia de la naturaleza y el pensar teleológico*, 2. ed., Trad. José Gaós. Fondo de Cultura Económica. México, 1986, 396 p.
- _____. *Ontologia I, Fundamentos*, 3. ed., Trad. José Gaós. México: Fondo de Cultura Económica. 1986, 382 p.
- _____. *Ontologia II, Posibilidad y Efectividad*, 2. ed., Trad. José Gaós. Fondo de Cultura Económica. México, 1986, 565 p.
- _____. *Ontologia III, La fábrica del mundo real*. 2. ed., Trad. José Gaós. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, 685 p.
- HEIDEGGER, Martin. *El Ser y El Tiempo*. Trad. José Gaós. México. Fondo de Cultura. 2000, 478 p.
- _____. *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1999, 304 p.
- _____. *De la phénoménologie à l'ontologie*. In: HUNEMAN, P. e COLIN, E.K. K. A. *Introduction à la phénoménologie*. Chapitre 2. Paris: s/ed., 1997, 192 p.
- HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do espírito*. Volume Único. Trad. Paulo Menezes *et al.* 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, 549 p.

- HESSEN, Joahannes. *Filosofia dos Valores*. Tradução de L. Cabral Moncada, 5. ed., Coimbra, Armênio Amado, 1997, p. 51.
- INWOOD, M. *Dicionário de Hegel*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- HOMERO. *Ilíada*. Trad. Antonio López Eire. 7. ed., Madrid. Cátedra Letras Universales, 1999, 1.034 p.
- HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. Trad. Débora Danoski. São Paulo. Editora UNESP, 2001, 711 p.
- GUTHRIE, W. K. C. *Historia de la Filosofía Griega*. Introduccón a Aristóteles, v. VI. Trad. Alberto Medina Gonzáles. Madrid: Editorial Gredos, 1999, 483 p.
- KANT, Immanuel. *Textos Seleccionados*. Trad. Tânia Maria Bernkopf et al. São Paulo. Abril Cultural, 1980.
- _____. *Crítica da Razão Pura*. Tradução Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo. Abril Cultural, 1980, 415 p.
- LARAIVA, Roque de Barros. *Cultura um Conceito Antropológico*. 16. ed., Rio de Janeiro. Zahar 203, 117 p, SONIA E. Álvares. Organizadora. *Cultura e Política nos Movimentos Sociais Latino-Americanos*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2000, 538 p.
- MELO, Orlando Ferreira de. *Hermenêutica Jurídica: uma reflexão sobre novos posicionamentos*. Itajaí. UNIVALI, 2001, 213 p.
- MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. Trad. José Carlos Bruni et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 4.
- _____. *O Capital*. Crítica da Economia Política. O Processo de Produção do Capital. Volume I. Livro Primeiro. Tomo I Capítulos I a XIII. Trad Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. 3. ed., São Paulo. Nova Cultural, 1988.
- PLATÃO. *Diálogos*. Teeteto Crátilo Trad. direto do Grego, Carlos Alberto Nunes. 3. ed., Editora Universitária. UFPA, 2001, 226 p.
- _____. *Diálogos*. O Banquete – Fédon – Sofista – Político. Trad. José Cavalcante de Souza et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, 261 p.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 14. ed. atualizada. São Paulo: Editora Saraiva. 1991.

- _____. Teoria Tridimensional do Direito. 5. ed., São Paulo. Saraiva, 1994, 161 p.
- ROSENFELD, Denis Lerrer. *Filosofia passo a passo*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar. 2002, 79 p.
- ROESLER, Cláudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade*. Florianópolis. Momento Atual, 2004, 226 p.
- SILVA, Moacyr Motta da. *Direito, Justiça, Virtude Moral e Razão: Reflexões*. Curitiba. Juruá, 2003, 199 p.

O DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

Pedro Miranda de Oliveira*

Sumário: Introdução – 1. Alguns aspectos dos direitos humanos; 1.1 Conceito; 1.2 Os direitos humanos fundamentais; 1.3 Direitos humanos no Brasil – 2. O Princípio do devido processo legal – 3. O movimento por acesso à justiça – 4. O direito à razoável duração do processo na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) – 5. O direito à prestação jurisdicional num prazo razoável à luz dos direitos humanos e sua aplicação no Brasil – Conclusão – Bibliografia.

Introdução

O objeto do presente ensaio consiste na análise da questão do direito à razoável duração do processo à luz dos direitos humanos e da jurisdição internacional, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e sua aplicação no Brasil.

Esse instrumento internacional de proteção aos direitos humanos insere o direito de acesso à justiça como direito huma-

* *Especialista em Direito Processual Civil pela UFSC. Mestrando em Direito pela PUC/PR. Advogado em Santa Catarina.*

no fundamental ao devido processo legal (*due process of law*) e à prestação da justiça dentro de um prazo razoável.

Nesse sentido, busca-se analisar o sistema interamericano de direitos humanos acerca do direito à prestação da justiça sem dilações indevidas e sua aplicação em nosso País, procurando contribuir na construção de uma definição clara e segura do direito de acesso à ordem jurídica justa dentro de um prazo razoável.

1. Alguns aspectos dos direitos humanos

Conquanto fuja dos lindes deste ensaio um exame aprofundado acerca dos direitos humanos, passamos a analisar alguns de seus aspectos, os quais reputamos os mais sedutores.

1.1 Conceito

É por meio do reconhecimento e da proteção dos direitos humanos que o direito recupera seu sentido humanista e se restabelece o vínculo do direito com a justiça. O que na linguagem contemporânea nomeia-se como *direitos humanos* são as faculdades e possibilidades que decorrem da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana.

Aliás, a expressão direitos humanos já diz claramente o que esta significa. Direitos humanos são os direitos do ser humano. Diríamos que são direitos que visam a resguardar os valores mais preciosos da pessoa humana, ou seja, direitos que visam a resguardar a solidariedade, a igualdade, a fraternidade, a liberdade, a dignidade do ser humano. No entanto, apesar de facilmente identificado, a construção de um conceito que o defina não é uma tarefa fácil, em razão da amplitude do tema. Vejamos alguns dos conceitos elaborados pelos estudiosos da área sobre direitos humanos.

Para Fernando Barcellos de Almeida, “direitos humanos são as ressalvas e restrições ao poder político ou as imposições a este, expressas em declarações, dispositivos legais e mecanismos privados e públicos, destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitem a todo o ser humano manter e desenvolver suas qualidades peculiares de inteligência,

dignidade e consciência, e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais”¹.

Alexandre Moraes diz que “direitos humanos são uma idéia política com base moral e estão intimamente relacionados com os conceitos de justiça, igualdade e democracia. Eles são uma expressão do relacionamento que deveria prevalecer entre os membros de uma sociedade e entre indivíduos e Estados. Os direitos humanos devem ser reconhecidos em qualquer Estado, grande ou pequeno, pobre ou rico, independentemente do sistema social e econômico que essa nação adota”².

O ilustre mestre João Baptista Herkenhoff assim conceitua direitos humanos: “Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir”³.

Podemos afirmar, portanto, que se entende por direitos humanos aqueles inerentes à pessoa humana, que visam a resguardar a sua integridade física e psicológica perante seus semelhantes e perante o Estado em geral, de forma a limitar os poderes das autoridades, garantindo, assim, o bem-estar social por meio da igualdade, fraternidade e da proibição de qualquer espécie de discriminação.

Com efeito, os direitos humanos colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Por essas características, fica evidente que a ordem jurídica positiva não pode ser contrária aos direitos humanos, não se

1 Teoria geral dos direitos humanos, p. 24.

2 Direitos humanos fundamentais, p. 20.

3 Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos, p. 30.

admitindo que uma norma legal, sua interpretação e aplicação contrariem as exigências éticas da dignidade humana. Precisamente por tratar-se das faculdades e possibilidades que nascem com a pessoa humana elas devem ter na ordem jurídica positiva sua proteção e garantia da possibilidade de sua satisfação e expansão.

1.2 Os direitos humanos fundamentais

Dentre os chamados *direitos humanos fundamentais*, encontram previsão legal nos arts. 1º e 55 da Carta das Nações Unidas os princípios da *autodeterminação dos povos*, da *não discriminação* e o *princípio da promoção da igualdade*.

De acordo com o princípio da *autodeterminação dos povos*, o direito dos povos e nacionais à livre determinação é um requisito prévio para o exercício de todos os direitos humanos fundamentais.

O princípio da *não discriminação*, por sua vez, determina que o pleno exercício de todos os direitos e garantias fundamentais pertence a todas as pessoas, independentemente de raça, sexo, cor, condição social, genealogia, credo, convicção política, filosófica ou qualquer outro elemento arbitrariamente diferenciador.

Para Flávia Piovesan, “discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade”⁴.

Conforme determina a Declaração Universal dos Direitos Humanos, qualquer espécie de discriminação deve ser destruída, extirpada, de modo a assegurar a todos os seres humanos o pleno exercício de seus direitos civis, políticos, sociais, econômi-

4 Temas de direitos humanos, p. 132.

cos e culturais. Até mesmo nossa Magna Carta, em seu artigo 5º, inciso XLI, determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Com relação a esse assunto, Flávia Piovesan manifesta-se no seguinte sentido: “Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão/exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica na violenta exclusão e intolerância à diferença e diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação”⁵.

Dessa forma, havendo injustificada diferenciação no tratamento entre os indivíduos, estará caracterizada a discriminação. No entanto, não basta apenas *não discriminar*, é preciso, também, criar normas que possibilitem a esses grupos, já tão marginalizados, sua inclusão no contexto social do País, por meio da participação em instituições públicas ou privadas a fim de garantir a verdadeira e completa implementação do direito à igualdade.

1.3 Direitos humanos no Brasil

A Constituição Federal de 1988 apresenta um duplo valor simbólico: é ela o marco jurídico da transição democrática, bem como da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. A Carta de 1988 representa a ruptura jurídica com o regime militar autoritário que perpetuou no Brasil de 1964 a 1985⁶.

Desse modo, nossa Constituição além de oferecer formalmente todas as garantias que qualquer cidadão do país mais desenvolvido pudesse desejar, incorpora ainda àquele extenso rol outros meios de tutela que possam ter passado despercebidos por nosso constituinte, mas que integram tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

5 Temas de direitos humanos, p. 133.

6 Cf. Flávia Piovesan, *Temas de direitos humanos*, p. 206.

Ao dispor desse modo, os direitos enunciados em tratados internacionais passam a ser também constitucionalmente protegidos, o que faz com que nosso legislador ordinário não possa criar normas que de algum modo os viole, já que estes só poderão deixar de integrar a ordem jurídica nacional se o referido tratado for objeto de denúncia, sendo então subtraído do sistema⁷.

Tudo formalmente perfeito para nos coroar como uma das nações que mais respeitam os direitos humanos, não fosse a total ineficácia dos dispositivos mencionados, que viram letra morta dentro da realidade de subdesenvolvimento em que vivemos.

A gritante diferença entre o discurso normativo e a práxis é sustentada pela apatia política de nossos governantes, bem como pela própria ciência jurídica, que, dentro do seu rigor lógico, não poderia deixar de justificar teoricamente a distância entre o ideal positivo e a realidade.

Na ânsia por legitimar essa distorção, algumas normas constitucionais se transformam comodamente na categoria de *normas programáticas*, que não têm aplicação imediata por depender de complementação legislativa, sem a qual não consentem que os cidadãos as invoquem pedindo aos tribunais o seu cumprimento.

2. Princípio do devido processo legal

O devido processo legal é uma garantia do cidadão constitucionalmente prevista em benefício de todos os cidadãos, assegurando tanto o exercício do direito de acesso à justiça como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas. É uma forma de repelir a onipotência e a arbitrariedade do Estado, que detém o monopólio da jurisdição. No entanto, alerta Rui Portanova que, numa visão restrita, o devido processo legal confunde-se com o princípio da legalidade. Por isso, não se permite que o significado do preceito se mantenha estático⁸.

7 Cf. Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 99.

8 Cf. Princípios do processo civil, p. 145.

Como se vê, o princípio do *due processo of law* está inserido num contexto mais amplo: o das garantias constitucionais do processo. E, como tal, está expressamente previsto na Constituição Federal, no art. 5º, LIV, cuja redação preceitua que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Não podemos deixar de registrar, ao analisar esse princípio, que do ponto de vista histórico, suas raízes estão vinculadas ao velho direito medieval inglês, cuja matriz nascente é a cláusula *law of the land*⁹, que foi posta na Carta Magna de João Sem-Terra, de 1215.

Explica Luiz Rodrigues Wambier que, “à época, soberano absoluto do reino inglês, João Sem-Terra viu-se compelido a pactuar com as reivindicações crescentes, vindas do baronato de Runnymede, outorgando uma primeira carta de direitos que continha o reconhecimento de uma série de pretensões, expostas pelos barões em revolta”¹⁰. Na verdade, havia um clima de descontentamento provocado pelo abuso na taxaço de impostos e pelas sucessivas derrotas contra a França. Apoiados pelos burgueses, os senhores feudais impuseram ao Rei, documento que, entre outras disposições, consagrou o direito de cada cidadão inglês de ser submetido aos procedimentos de um processo justo decorrente de prévia disposição legal. Eis o texto do art. 39 da Carta Magna: “Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade ou liberdade, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos força contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pelas leis do País”.

9 A cláusula *law of the land* (lei da terra) é considerada o antecedente histórico das garantias constitucionais do direito processual.

10 E prossegue o autor: “Referida Carta Constitucional, verdadeiro embrião das modernas Constituições, embora contivesse apenas o resultado do acordo negociado pelo monarca com os revoltosos, não deixa de ter expressivo significado no surgimento e crescimento do Direito Constitucional contemporâneo, mormente no que tange ao reconhecimento de alguns direitos individuais da pessoa humana” (“Anotações sobre o princípio do devido processo legal”, RT 646/35).

Primeiramente, salienta-se a expressa alusão do dispositivo à velha máxima *barão julga barão*. Como se verifica, ainda, a referida cláusula, quando foi instituída no sistema jurídico inglês, ressaltava seu aspecto protetivo no âmbito do direito processual penal. No entanto, é fácil perceber que o preceito não ficaria restrito à mera regularidade formal do processo penal. Haveria de evoluir para garantir a regularidade de qualquer processo, manifestando-se, dessa forma, como requisito de validade da atividade jurisdicional¹¹.

Passados quase oito séculos de sua primeira redação, o dispositivo manteve, senão a redação original, o seu espírito. Com o passar dos anos, sua interpretação foi sendo ampliada, chegando-se ao patamar de garantia fundamental de que o cidadão ao requerer a entrega da prestação jurisdicional seja protegido por um processo justo.

Na própria Inglaterra, ocorreu a evolução dessa cláusula. O termo hoje consagrado em todo o mundo ocidental (*due process of law*) foi utilizado somente em 1354 no Reinado de Eduardo III. Em seguida, foi incorporado pela *commom law* do direito norteamericano, pela quinta emenda e, posteriormente, introduzido em praticamente todas as constituições das nações democráticas ocidentais¹², de modo a ser considerado embrião para a formação do que viriam a ser as declarações dos direitos fundamentais.

Em se tratando do Brasil, muito embora até a Constituição Federal de 1988 não tenha havido referência expressa à cláusula

11 O art. 39 da Carta de 1215 é tido por Ada Pellegrini Grinover como o “antecedente histórico das garantias constitucionais do processo” (*Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, p. 8).

12 Nesse sentido, a explanação de Luiz Rodrigues Wambier, que pela clareza e elegância, merece ser transcrita: “Um dos princípios que encontrou eco nas Constituições liberais-democráticas de todo o mundo refere-se ao direito atribuído ao cidadão do Estado de buscar abrigo para as questões relativas aos conflitos de interesses em que esteja envolvido numa esfera do poder estatal – o Judiciário – utilizando-se, para tanto, de mecanismos jurídicos previamente definidos na lei. Trata-se do princípio do devido processo legal” (Anotações sobre o princípio do devido processo legal, RT 646/33).

do devido processo legal, diversos autores a consideravam um princípio implícito. Ada Pellegrini Grinover já defendia sua incidência no ordenamento pátrio, em 1975, ainda sob a égide da Carta de 1967 que o direito brasileiro era informado por dois grandes princípios constitucionais: o direito à tutela jurisdicional (direito de ação) e o devido processo legal. E definia: “destes decorrem postulados como a instrução contraditória, o direito de defesa, assistência judiciária, o duplo grau de jurisdição, a publicidade das audiências e outros”¹³.

O principal argumento era o de que o Brasil era signatário de tratados internacionais, dentre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969.

Luiz Rodrigues Wambier vai ainda mais fundo para dizer que “anteriormente a 1946, embora não houvesse reconhecimento, pela doutrina, da adoção expressa do princípio do devido processo legal nas Constituições, havia, em cada uma delas, determinadas garantias que, interpretadas à luz do conjunto das garantias do cidadão e do sistema de governo admitido, poderiam dar margem ao entendimento de que, na verdade, o princípio estava adotado e garantido”¹⁴. Como se vê, os autores nacionais que trataram do assunto, não raras vezes, entendiam que o princípio, embora não constasse expressamente do texto constitucional, poderia ser considerado implícito, por meio de uma interpretação sistemática do ordenamento constitucional.

Diante de tudo o que foi dito, podemos concluir, sem receio de equívoco, que na base de todos os princípios processuais está o *devido processo legal*. Angélica Arruda Alvim, por exemplo, a ele se refere como o *princípio dos princípios*¹⁵. É o gênero do qual os outros princípios constitucionais do processo são espécies. Com efeito, dele decorrem alguns postulados básicos para o sistema democrático, tais como o do julgamento por um juiz natural, o da instrução contraditória com ampla defesa e a da necessida-

13 Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil, p. 11.

14 “Anotações sobre o princípio do devido processo legal”, RT 646/38.

15 Cf. “Princípios constitucionais do processo”, RePro 94/21.

de de um procedimento célere, com a entrega da prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável.

Bastaria, portanto, a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do art. 5º seriam dispensáveis. Porém, o legislador constituinte optou por explicitar as garantias fundamentais derivadas do *due process of law*, de modo a enfatizar a importância dessas garantias¹⁶.

A Constituição Brasileira de 1988 talvez seja a mais pródiga e detalhista do mundo em discriminação de direitos e garantias fundamentais. A razão imediata é histórica, política e até cultural. Tínhamos acabado de sair do regime de repressão. Estávamos ávidos por novas conquistas e por romper, como então se dizia, com o “entulho autoritário”¹⁷. Além disso, é da tradição brasileira a composição de legislações *estatutárias*, nos moldes dos estatutos, em que tudo se regula nos mínimos detalhes. Maior exemplo disso é a nossa própria Constituição Federal.

Ao optar por esse caminho, porém, o legislador constitucional acabou por esvaziar o significado do princípio. O devido processo legal restou por significar tudo! Ou nada! Apesar disso, pode-se dizer que a cláusula constitucional do devido processo legal significa a observância de todas as formalidades previstas na lei para a prática de cada um dos atos processuais, assegurando-se o contraditório, a ampla defesa e o acesso à justiça. Enfim, o princípio é tão amplo e significativo que legitima a jurisdição e se confunde com o próprio Estado de Direito.

José Afonso da Silva, ao referir-se às garantias constitucionais individuais, escreve à luz da nova Carta: “O princípio do de-

16 Cf. Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 41.

17 Adhemar Ferreira Maciel, “*Due process of law*”, *Ajuris* 61/37.

18 *Curso de direito constitucional positivo*, p. 378.

19 Nesse sentido, a lição de Willis Santiago Guerra Filho: “Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa – digamos, individual – termina por infringir uma outra – por exemplo, coletiva” (*Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 45 e 46).

vido processo legal entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado que vem da Magna Carta inglesa: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude da defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o processo, e quando se fala em 'processo, e não em simples procedimento', alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais, conforme autorizada lição de Frederico Marques"¹⁸.

Como se sabe, os princípios não têm incidência absoluta¹⁹. Aliás, esse é o traço distintivo entre regras e princípios: enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia, resolvendo-se pela perda de validade de uma delas, a colisão entre princípios resulta apenas em que se privilegia um, sem que isso implique no desrespeito do outro.

3. O movimento por acesso à justiça

Antes de adentrarmos no assunto proposto, no entanto, é necessário falarmos ainda do movimento por acesso à justiça, o qual tem representado, nos últimos tempos, talvez a mais importante expressão de uma radical transformação do pensamento jurídico e das reformas normativas e institucionais em um número crescente de países. Na visão de Mauro Cappelletti, trata-se da "principal resposta à crise do direito e da justiça em nossa época"²⁰.

A idéia de acesso à justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais. Na lição de Kazuo Watanabe, "não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*"²¹, no sentido

20 "O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época", *RePro* 61/144.

21 "Acesso à Justiça e sociedade moderna", in *Participação e processo*, p. 128.

de garantir o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, viabilizando o acesso a uma determinada ordem de valores fundamentais para o homem.

Ampliando essa ótica, e trazendo novas luzes, Calmon de Passos afirma ser necessário conceber o processo como instrumento de realização efetiva dos direitos individuais e coletivos, sendo então, em última análise, um instrumento político de participação social²².

Inquestionável, portanto, que o processo também está inserido nesse amplo contexto do acesso à justiça, à medida que, cada vez mais, se toma consciência de sua função instrumental e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca.

Quando se fala do direito do cidadão ao acesso à justiça, não basta que se assegure o acesso aos tribunais e, conseqüentemente, o direito ao processo. Delineia-se inafastável, também, diz José Rogério Cruz e Tucci, “a absoluta *regularidade* deste (direito no processo), com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça, *em breve prazo de tempo*, isto é, dentro de um *tempo justo*, para a consecução do escopo que lhe é reservado”²³.

Dessa forma, as legislações processuais modernas devem construir procedimentos que tutelem de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos. O ideal é que existam tutelas que, atuando

22 E continua: “Acredito estejamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, e sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização dos direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo” (“Democracia, participação e processo”, in *Participação e Processo*, p. 95).

do internamente no procedimento, permitam uma racional distribuição do tempo do processo.

Afinal, um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos. E, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão. Reportando-se ao pensamento de Bacon, “se a injustiça das sentenças as torna amargas, as delongas a fazem azedas”²⁴.

Não se pode olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo um lapso temporal razoável para a tramitação do processo, e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão não se procrastine mais do que o necessário. Obtendo-se um equilíbrio destes dois regramentos (segurança/celeridade), emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, incumbe ao ordenamento processual atender, do modo mais completo e eficiente possível, ao pleito daquele que exerceu o seu direito à jurisdição, bem como daquele que resistiu, apresentando defesa.

4. O direito à razoável duração do processo à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

Garantias de uma pronta e eficaz prestação da justiça podem ser encontradas em vários artigos do Pacto de San José da Costa Rica. O direito à liberdade, por exemplo, assegurado pela Convenção Americana contém, expressamente, a garantia à notificação (citação e intimação) e ao *habeas corpus* sem dilações

23 “Garantia do processo sem dilações indevidas”, RJ 277/23.

24 *Apud* J. M. Othon Sidou, *Processo civil comparado (histórico e comparado) à luz do Código de Processo Civil brasileiro*, p. 298.

indevidas. O art. 8º encerra, contudo, o pleno direito do cidadão de acesso à justiça, garantindo-lhe que, dentro de um *prazo razoável*, o direito a ser ouvido, a ser julgado por um tribunal imparcial e por autoridade competente, o direito à presunção de inocência e a produzir provas, o direito de não ser julgado mais de uma vez pelo mesmo fato (*bis in idem*) e de interrogar as testemunhas, o direito a apresentar defesa por si próprio e a recusar o defensor público indicado, o direito à pronta resposta à sua causa, seja ela criminal, civil, fiscal ou administrativa²⁵.

O § 1º do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica refere-se à garantia de um *prazo razoável* na solução dos litígios, *in verbis*: “Toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente pela lei, para a sustentação de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outro caráter”.

Não diferente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, explica Danielle Annoni, a Corte Americana também adotou critérios objetivos de interpretação para melhor analisar os casos, cujas denúncias indiquem a violação do direito à prestação da justiça num prazo razoável, ou seja, a violação ao art. 8º, § 1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Sustenta a autora que “não coincidentemente, os critérios adotados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos são os mesmos adotados pelo Tribunal Europeu, quais sejam: a complexidade do caso, a conduta das partes e a conduta da autoridade competente que apreciou o caso na ordem interna.

Isso se deve a um simples fato: a experiência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que herdou a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos e da extinta Comissão Européia de Direitos Humanos”²⁶.

25 Cf. Danielle Annoni, *Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional*, p. 156.

26 *Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional*, p. 158.

5. O direito à prestação jurisdicional num prazo razoável à luz dos direitos humanos e sua aplicação no Brasil

A atividade jurisdicional do Estado, meio para a realização objetiva dos direitos materiais, propiciando a pacificação social, impõe desafios comuns aos diversos ordenamentos jurídicos, despertando preocupações voltadas à consolidação de um sistema processual que esteja calcado em instrumentos que permitam a eliminação do litígio sem que a demora de sua resolução faça com que as partes suportem ônus maiores do que aqueles oriundos da insatisfação causada pela violação de seu direito²⁷.

A legislação brasileira, a nosso ver, contempla especificamente o direito à prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável. Como se sabe, o Brasil aderiu, em 26 de maio de 1992, à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em San José da Costa Rica, em 1969, que preceitua em seu art. 8º, § 1º, que toda pessoa tem direito à tutela jurisdicional dentro de um *prazo razoável*.

Em face disso, não se pode questionar que o Brasil reconhece o direito do cidadão ao devido processo legal, entendido este como a pronta e eficaz prestação da justiça, sem dilações indevidas ou, nos termos do Pacto de San José, dentro de um prazo razoável.

No entanto, permanece a dúvida acerca do *status* com que essa garantia integra o nosso ordenamento jurídico. A propósito, muito já se discutiu sobre a hierarquia dos tratados internacionais recepcionados pelo sistema jurídico interno. Parcela significativa da doutrina sustenta que os tratados têm *status* de norma constitucional²⁸. Entendemos que não. Parece-nos que os pactos inter-

27 Cf. Fábio César dos Santos Oliveira, “O art. 515, § 3º, do CPC e o combate à dilação processual indevida”, *RePro* 115/133.

28 Nesse sentido, Danielle Annoni: “Abordando ainda o Tratado Internacional ratificado que verse sobre direitos fundamentais, essa validade tem força de norma constitucional, em razão da interpretação dada ao § 2º do art. 5º da Carta de 1988, que se baseia no movimento de reconhecimento dos direitos humanos, como direito internacional a ser assegurados por todos os Estados” (*Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional*, p. 167).

nacionais têm hierarquia de lei federal no Brasil. E o argumento é um só: seu controle é feito pelo Superior Tribunal de Justiça, via recurso especial (CF, art. 105, III, *a*) e não pelo Supremo Tribunal Federal. Quisesse o legislador constituinte conceder hierarquia de dispositivo constitucional aos tratados internacionais teria ele conferido ao STF, via recurso extraordinário, o seu controle.

Na Itália, fonte de inspiração de muitas das alterações do nosso Código de Processo Civil, por exemplo, a garantia do término do processo em tempo razoável é hoje garantia constitucional inserido no art. 111²⁹. No Brasil, por sua vez, a garantia expressa do prazo razoável está em vias de ser elevada à garantia constitucional, inserida entre os direitos fundamentais do homem, o que só comprova o seu *status* atual de lei federal.

A Emenda Constitucional n. 40 acrescenta ao longo dispositivo do art. 5º um novo inciso, com a seguinte redação: “LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Ressalta-se que o dispositivo declara o direito já existente à razoável duração do processo e à celeridade de sua tramitação. Não se trata de *direito novo*, mas de direito já reconhecido pela legislação ordinária e agora elevado como reforço normativo a texto constitucional³⁰.

Podemos dizer que a norma confere o direito fundamental de todos à eficiente realização do processo pelo qual se leva o pedido à cognição judicial ou administrativa. É, dessa forma, direito ao processo eficiente, muito além do simples direito ao processo.

29 Cf. Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini, “A crise da justiça e do processo e a garantia do prazo razoável”, *RePro* 112/253.

30 “Ocorre que mesmo se partindo da premissa de que no Brasil está consagrado o direito à solução do processo em prazo razoável, referida garantia é, entre nós, letra morta, dado o desaparecimento e a crise financeira e estrutural do Poder Judiciário” (Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini, “Prazo razoável – direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas”, *RSDCPC* 22/20).

Nesse caminho, entende Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini que devemos indagar: “será a aludida emenda constitucional, em vias de introduzir entre nós a garantia expressa de duração razoável do processo, apenas mais um sonho inserido no papel? Cuida-se de mais uma norma programática?”³¹. Porque uma coisa não se discute: a justiça brasileira é demasiadamente lenta.

Sustenta Danielle Annoni que “a solução dos litígios requer, geralmente, bastante mais tempo do que seria razoavelmente necessário para o seu término. Processos que poderiam ser solucionados em horas ou dias levam meses e anos; demandas que a boa técnica processual recomendaria finalização em meses e anos demandam décadas. Essa excessiva demora frustra a reparação dos direitos lesados e subtrai do sistema milhões de lesões de direito. A demora restringe enormemente o âmbito de atuação objetiva da justiça”³².

Todavia, a questão da morosidade da justiça não é exclusividade da realidade brasileira. Temos a Itália como exemplo de modelo de desenvolvimento da ciência jurídica em geral e da processual em particular. Isso não impede, no entanto, que o processo no *país da bota* seja demasiadamente lento. Situação semelhante apresentam os países da *common law*, tais como Inglaterra e até mesmo os Estados Unidos – país para onde os olhos brasileiros invariavelmente se voltam com uma admiração que chega a beirar o êxtase – em que um processo dura, em média, apenas na primeira instância, nada menos que de três a cinco anos³³.

Nas palavras de Donaldo Armelin a morosidade na prestação jurisdicional “sempre foi uma questão a desafiar a argúcia e o talento dos cientistas do processo e dos legisladores. A bula *Clementina Saepe* demonstra que, há séculos, tal problema afligia a

31 “Prazo razoável – direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas”, *RSDCPC* 22/17.

32 Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional, p. 170.

33 Cf. José Carlos Barbosa Moreira, “O futuro da justiça: alguns mitos”, *RSDCPC* 6/37-38.

todos, tal como ocorre na atualidade. Todavia não será ele resolvido apenas por meio de leis, devendo mesmo se arredar tal enfoque que constitui marca de subdesenvolvimento, o de pensar que problemas marcadamente econômicos possam ter soluções meramente legislativas”³⁴.

Em últimas palavras, não bastará apenas a inserção nominal da garantia de prazo razoável na nossa Constituição sob pena de se consubstanciar em mais uma garantia constitucional inoperante.

Conclusão

Conclui-se que no Brasil o *direito à razoável duração do processo* vem assegurado ao cidadão por intermédio de dispositivo infraconstitucional (tratado internacional). Essa garantia, no entanto, pode ganhar brevemente *status* de norma constitucional pela Emenda Constitucional n. 40.

Assim, diante do reconhecimento crescente do direito de acesso à justiça como direito humano fundamental à prestação jurisdicional efetiva e justa, o papel do Estado não pode ser outro senão zelar pelo término do processo dentro de um lapso temporal razoável.

Afinal, a rigor, justiça lenta é ineficiente e desserve aos seus propósitos. “Justiça tardia é rematada injustiça” já bradava Rui Barbosa no início deste século XX.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- ANNONI, Danielle. *Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2003.
- ARMELIN, Donaldo. Acesso à justiça. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, vol. 31, p. 171-182, jun. 1989.

34 “Acesso à justiça”, *RPGESP* 31/172-173.

- ARRUDA ALVIM, Angélica. Princípios constitucionais do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 94, p. 20-39, abr./jun. 1994.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, vol. 6, p. 36-44, jul./ago. 2000.
- CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo (coord.) *Participação e processo*. São Paulo: RT, p. 83-97, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 61, p. 144-160, jan./mar. 1991.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, vol. 277, p. 5-25, nov. 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. “Due process of law”. *Ajuris*, Porto Alegre, vol. 61, p. 37-47, jul. 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MORAIS, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000.
- OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. O art. 515, § 3º, do CPC e o combate à dilação processual indevida. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 115, p. 128-150, mai./jun. 2004.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- _____. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SIDOU, J. M. Othon. *Processo civil comparado (histórico e comparado) à luz do Código de Processo Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 646, p. 33-40, ago. 1989.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e WATANABE, Kazuo (coord.) *Participação e processo*. São Paulo: RT, p. 128-135, 1988.
- ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. A crise da justiça e do processo e a garantia do prazo razoável. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 102, p. 240-267, out./dez. 2003.
- _____. Prazo razoável – direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, vol. 22, p. 14-29, mar./abr. 2003.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DENUNCIAÇÃO DA LIDE AO FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Rogério Zuel Gomes*

Sumário: 1. Posicionamento do problema. 2. A responsabilidade civil do Estado perante os administrados: brevíssima análise da evolução histórica. 2.1 Da irresponsabilidade à responsabilidade objetiva do Estado: ainda há divergências. 2.2 A responsabilidade do Estado no ordenamento jurídico brasileiro. 3. A questão processual. 3.1 A preclusão: meio necessário ao alcance de um fim (processo célere). 3.3 O princípio da economia processual. 3.4 A denúncia da lide: breves considerações. 3.5 O Estado como denunciante da lide em ações indenizatórias movidas pelos particulares. 3.5.1 A impossibilidade de articulação de fatos novos como óbice à denúncia da lide. 3.5.2 A denúncia da lide vista como entrave processual que impediria a rápida solução do litígio. 3.5.3 A denúncia da lide vista como tese contraditória à defesa apresentada pelo litisdenunciante. 4. Brevíssimas considerações finais.

* Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí — Univali; professor nas Faculdades de Direito da Univille/SC e ACE/SC, e Escola do Ministério Público de Santa Catarina – ACMP; professor convidado nos cursos de pós-graduação da Univille, Unitri, Furb e Unoesc; advogado em Joinville/SC.

1. Posicionamento do problema

O presente ensaio busca a análise da possibilidade da denunciação da lide nos casos em que o Estado¹ é acionado judicialmente em litígios envolvendo a sua responsabilização civil perante os administrados. O assunto é alvo de constante divergência doutrinária e jurisprudencial, o que instiga o interesse de contribuir para o debate.

A questão envolvendo a responsabilidade civil, do Estado ou de qualquer ente privado, tem ganhado relevantes contornos doutrinários e jurisprudenciais que buscam contribuir para uma solução mais justa no que diz respeito à composição do dano provocado ao particular por ação ou omissão do ofensor. Em função disso, a explanação inicia-se por uma breve abordagem da evolução da responsabilidade civil do Estado para, a partir daí, iniciar os questionamentos de ordem processual pertinentes ao tema.

Referidos questionamentos partirão dos fundamentos de ordem doutrinária e jurisprudencial propostos, que justificam o não cabimento da denunciação da lide, em especial: a) os que dizem respeito à impossibilidade de articulação de fatos novos trazidos pela denunciação da lide; b) a denunciação da lide vista como um entrave processual que impede a rápida solução do litígio; c) a denunciação da lide vista como tese contraditória à defesa apresentada pelo litisdenunciante.

1 Cumpre destacar que alguns autores preferem a denominação *responsabilidade extrapatrimonial do Estado por comportamentos administrativos*, uma vez que a responsabilidade extrapola a esfera contratual e decorre de comportamentos estatais (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. p. 799). Outros defendem a denominação *responsabilidade civil da Administração Pública*, pois o que dá origem à responsabilidade civil é o ato administrativo, comissivo ou omissivo, e não atos de Estado (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. p. 595; GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. p. 355). Adota-se aqui a denominação *responsabilidade civil do Estado*, já que este é quem detém personalidade jurídica e, portanto, somente assim poderia ser titular de direitos e obrigações na ordem civil (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 408).

Encerram o ensaio as brevíssimas considerações finais, sintetizando toda a exposição desenvolvida.

2. A responsabilidade civil do Estado perante os administrados: brevíssima análise da evolução histórica

De forma abreviada poderia-se apontar, claramente, três importantes fases na evolução da responsabilização civil do Estado por danos causados a terceiros: a fase da irresponsabilidade, a fase civilística (responsabilidade subjetiva) e, por último, a fase publicista (da responsabilidade objetiva)². Não obstante não ser este o referente que orienta o presente ensaio, fundamental é que se exponha a evolução da responsabilidade civil do Estado de modo que se possa entender a questão processual que aqui se põe como principal.

2.1. Da Irresponsabilidade à Responsabilidade Objetiva do Estado: ainda há divergências

A irresponsabilidade do Estado desenvolveu-se à época do Estado Absolutista (séc. XV), calcada na irretorquível presunção de que o Estado agia sempre de forma voltada ao bem comum. Portanto, a atuação do monarca detentor do poder jamais causaria qualquer dano aos administrados. Assim, surgiu o aforismo *the king can do no wrong*, na Inglaterra, e *le roi ne peut mal faire*, na França.

Em que pese a teoria da irresponsabilidade do Estado deitar suas origens sobre a matriz absolutista, ela permaneceu existindo na sua substância até mesmo após o advento do Estado Liberal, especialmente na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde foi utilizada até meados do século XX. No entanto, já em fins do século XIX os seus postulados demonstravam claros sinais de fadiga, implicando numa classificação bipartida de seus atos, no que diz respeito à possibilidade de sua responsabilização: *atos de império e atos de gestão*.

2 AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*, p. 190.

Os *atos de império* decorriam da posição de superioridade do Estado em relação aos seus administrados e fundavam-se nas prerrogativas e privilégios do Estado (leis, atos judiciais, imposição coercitiva de medidas, independentemente de decisões judiciais etc.).

Os *atos de gestão* eram aqueles praticados pelo Estado, posto em situação de igualdade com os particulares, visando à conservação e desenvolvimento do patrimônio público e a gestão dos serviços públicos. Sendo assim, defendiam vários juristas, na prática de *atos de gestão* o Estado teria sua situação em relação de equivalência com qualquer empregador privado, o qual responde por ato de seus prepostos. Isso não ocorreria no que diz respeito aos *atos de império*. Ainda assim, essa proposta, de cariz civilista, mostrava-se de difícil viabilidade em decorrência da complexidade de classificação dos atos do Estado como ora *de gestão*, ora *de império*.

Nota-se, nessa nova concepção, uma aproximação à teoria adotada pelo Direito Civil, baseada na existência da culpa (teoria da culpa civil ou responsabilidade subjetiva), prevista no art. 1.382³ do Código Napoleão. A clássica disposição civilista definia a culpa do agente nos casos de negligência, imprudência e imperícia, implicando, dessa forma, pesado ônus da prova em desfavor do particular ofendido.

Não tardou para que o Tribunal de Conflitos francês afastasse a possibilidade de casos envolvendo a responsabilidade pelo funcionamento do serviço público de serem tratados tendo por base princípios de Direito Civil. Tais casos estariam sujeitos a regras específicas (de Direito Público) variando conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos dos administrados (particulares). Surgem, assim, as teorias publicistas.

A teoria da culpa administrativa engendrou uma distinção para a culpa derivada da falta pessoal do agente público, desvi-

3 Art. 1.382 — Qualquer fato da pessoa que cause a outra um dano, obrigará aquela, por cuja culpa se causou, a repará-lo.

ando o seu foco para a culpa no funcionamento do serviço (*faute du service*). A responsabilidade do Estado estava posta, então, sobre o binômio falta do serviço/culpa do Estado. Portanto, se inexistiu o serviço (omissão), se funcionou atrasado ou funcionou mal, verificada estava a culpa (*faute*) do serviço implicando imediata responsabilidade do Estado sem se cogitar de culpa do agente público⁴.

A teoria da culpa administrativa permaneceu em destaque, sendo constantemente adotada pelo Conselho Francês; todavia, em determinados casos, passou-se a adotar a teoria do risco, como fundamento para a teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

Nessa teoria, a idéia de culpa foi substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo experimentado pelo administrado. A teoria do risco baseia-se, portanto, no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por membros da sociedade devem ser repartidos⁵. Assim, ao particular bastaria a prova da existência do dano e que este dano decorreu de alguma atividade desempenhada pelo Estado para que se desse ensejo à indenização.

2.2. A responsabilidade do Estado no ordenamento jurídico brasileiro

O Código Civil brasileiro de 1916 adotou a responsabilidade subjetiva do Estado em seu art. 15⁶. Com o advento da Constituição de 1946⁷, ocorreu a revogação parcial daquele dispositi-

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 411 e 412.

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.*, p. 412.

6 Art. 15 — As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

7 A Constituição de 1934 já previa, em seu art. 171, a responsabilidade solidária entre os funcionários públicos e a Fazenda Pública, por negligência, omissão ou abuso de direito no exercício dos seus cargos. A solidariedade foi mantida pela Constituição de 1937, em seu art. 158.

vo legal, uma vez que em seu art. 158 dispôs que *as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros*. O direito de regresso a ser exercido contra o funcionário responsável pelo dano ficou assegurado no parágrafo único do mesmo artigo. A segunda parte do art. 15, do anterior Código Civil, foi a responsável pela permanência da responsabilidade do Estado por atos omissivos, não obstante a inquietante divergência sobre esse tema. O debate se dava em função de que alguns juristas vislumbravam no art. 15 a responsabilidade com culpa, enquanto outros defendiam a introdução da então moderna teoria do risco.

Consolidou-se na legislação, de forma mais abrangente, a responsabilidade civil do Estado lastreada pela teoria do risco administrativo. Esta tendência manteve-se nas Constituições de 1967⁸, de 1969⁹ e na de 1988. Cumpre destacar, no entanto, que a Constituição de 1988 inovou ao inserir, além das pessoas jurídicas de direito público, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Nota-se, também, que o Código de Defesa do Consumidor, em perfeita consonância com a atual Constituição, manteve a mesma linha de responsabilização, a teor do seu art. 22¹⁰, quando se refere a órgãos públicos que por si ou por meio de concessões, permissões ou qualquer outro tipo de empreendimento prestem serviços ao consumidor.¹¹ Portanto,

8 Art 107 — As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único — Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

9 Art 105 — As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único — Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

10 Art. 22 — Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

11 Por certo diz respeito aos serviços públicos *indiretos*, remunerados por tarifas ou taxas, sendo necessária uma interpretação sistemática, que leve em conta, também, o art. 3º da mesma lei, o qual condiciona a prestação de serviço à remuneração.

havendo relação jurídica de consumo, o CDC aponta para uma só conclusão: o caso será regido pelo regime de responsabilização objetiva. Vale dizer, basta ao consumidor a prova do nexo causal e do dano. Pouco interessa, pois, se houve ação ou omissão por parte do Estado ou do prestador de serviços públicos.

Nada obstante a previsão constitucional, ainda ocorre na doutrina forte divergência entre aqueles que defendem a responsabilidade subjetiva do Estado em caso de omissão¹² e aqueles que defendem que a teoria do risco administrativo também se aplica a estes casos¹³.

O atual Código Civil, em seu art. 43¹⁴, não se refere em momento algum à omissão do agente público, dando a entender que o Estado passa a responder objetivamente por atos de seus agentes, independentemente de culpa. Tal entendimento, observa Sílvio Venosa, corroborando o ponto de vista defendido por Celso Antonio Bandeira de Mello, inviabilizaria, na prática, a atuação do Estado, sendo necessário, dessa forma, que a jurisprudência estabeleça os limites desse aparente alargamento¹⁵. O

-
- 12 Nesse sentido: Celso Antonio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 623 e 624), seguindo os ensinamentos de Osvaldo Aranha Bandeira de Mello; Lúcia do Valle Figueiredo (*Curso de direito administrativo*, p. 172); Maria Helena Diniz – até o advento do Código Civil de 2002 (*Código civil anotado*, p. 31); Rui Stoco (*Tratado de responsabilidade civil*, p. 751) e Sílvio de Salvo Venosa (*Direito civil: parte geral*, p. 277 e 278) tendo em conta o atual Código Civil.
- 13 Nesse sentido: Celso Ribeiro Bastos (*Direito administrativo moderno*, p. 430); Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, p. 600 a 602); José Cretella Junior (*Curso de direito administrativo*, p. 90); José de Aguiar Dias (*Da responsabilidade civil*, p. 210) após longa exposição de votos dos Ministros Orozimbo Nonato, Pedro Lessa e Filadelfo Azevedo (p. 193 a 209); Diógenes Gasparini (*Direito administrativo*, p. 618); Odete Medauar (*Direito administrativo moderno*, p. 431 e 432); Toshio Mukai (*Direito administrativo, sistematizado*, p. 526).
- 14 Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.
- 15 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*, p. 277 e 278. Maria Helena Diniz, analisando o art. 43 do atual Código Civil, sustenta que a responsabilidade civil do Estado é objetiva por comportamentos comissivos ou omissivos de seus funcionários que causem lesão ao administrado (*Curso de direito civil: responsabilidade civil*, p. 551).

argumento é razoável, no entanto, na forma como está disposto, o artigo aponta para a responsabilidade objetiva do Estado independentemente de ter agido ou ter-se omitido, uma vez que se apresenta de forma idêntica àquela disposta na Constituição da República.

3. A questão processual

Uma vez acionado o Estado, este tem o direito de se valer de todas as defesas garantidas pela Constituição e pelo Código de Processo Civil. Sem embargo do princípio da isonomia, direito fundamental, o Estado quando atua em juízo goza de algumas prerrogativas que não são comuns aos particulares. Ainda assim, bem observa Leonardo Greco, tais privilégios *somente são legítimos na medida em que se fazem necessários para que o Estado possa exercer com plenitude a sua defesa em juízo, em igualdade de condições com qualquer outro litigante*¹⁶.

Com efeito, a lei cria alguns mecanismos de modo a permitir ao Estado, no processo judicial, atuar em condições de igualdade. Ainda assim, afora as exceções expressas em lei, cumpre a ele atuar segundo as regras processuais gerais constantes do CPC e da Constituição da República. Conseqüentemente, as regras respeitantes à preclusão, para citar um ponto que nos interessa particularmente, o alcançam. Por isso cabe tecer alguns comentários sobre instituto jurídico-processual.

3.1. A preclusão: meio necessário ao alcance de um fim (processo célere)

Diz-se que ocorre a preclusão quando a parte perde a oportunidade de praticar certo ato ou cumprir alguma formalidade dentro de um tempo determinado¹⁷ ou, acrescenta Manoel Caetano Ferreira Filho¹⁸ com base na lição de Chiovenda, praticou um ato incompatível com o exercício dessa faculdade ou, ainda, já ter

16 GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, p. 33.

17 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, p. 207 e 208.

18 FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*, p. 20 e 21.

praticado validamente o mesmo ato em ocasião anterior, não podendo mais realizá-lo.

Pode-se afirmar, então, que a preclusão é instituto de que se vale o legislador para tornar o processo mais célere, na medida em que impõe uma rígida ordem concatenando os vários atos processuais a serem desenvolvidos pelas partes envolvidas no litígio, não apresentando nenhum comprometimento com a justiça ou injustiça da decisão, prevalecendo, assim, a *aspiração de certeza sobre a aspiração de justiça*¹⁹.

O Código de Processo Civil adotou o instituto da preclusão, regra geral, como se pode ver da leitura dos arts. 183, 245, 294, 297, 300, 471, 473 e 601. No particular, nos interessa a análise dos arts. 297 e 300 do CPC, porquanto tratam da resposta do réu.

Segundo o art. 297, o réu poderá responder à demanda contestando, excepcionando ou reconvindo. Já o art. 300 impõe ao réu declinar em sua contestação toda a matéria de defesa, com que impugna o direito do autor. Portanto, valendo-se de uma das três formas citadas, o réu deverá expor, ao mesmo tempo, todos os meios de defesa e ataque de que dispõe, ainda que contraditórios entre si²⁰. Vale dizer que, em hipotética ação de cobrança²¹, poderia o réu contestar alegando: em primeiro plano, que não há relação jurídica entre ele e o autor; em segundo plano, que, se a dívida é reconhecida pelo julgador, esta já foi saldada; em terceiro plano, caso se reconheça a relação jurídica entre autor e réu e que não seja reconhecido o pagamento, o réu poderia alegar a existência de crédito seu em face do devedor, a ser compensado ou, ainda, com base nesse mesmo crédito, se superior ao valor cobrado pelo autor, reconvir visando à cobrança do valor excedente.

19 FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*, p. 14. O autor baseia-se na lição do processualista italiano Virgílio Andriolli.

20 FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*, p. 14. O autor baseia-se na lição de Chiovenda.

21 Exemplo baseado na crítica de Salvatore Satta ao Código de Processo Civil italiano.

A hipótese ilustra bem a possibilidade de haver “contradições” na defesa apresentada pelo réu, sem que com isso se aponte a má-fé processual. É que, pela lei processual, há somente um momento para que o réu apresente a sua defesa, sob pena de preclusão (princípio da eventualidade). Assim, no exemplo citado, se o réu não se valesse da reconvenção, somente poderia reaver o valor de seu crédito perante o autor em demanda autônoma. O mesmo não se poderia dizer quanto ao pedido de compensação, uma vez que o nosso sistema obrigacional se inspirou no Código Napoleão, que impõe por força de lei a compensação, independentemente da iniciativa das partes²²; por isso, em casos tais, a compensação poderia ser trazida à discussão até mesmo na fase instrutória.

Concluindo este subitem, não é, portanto, admissível crer-se que as “contradições” verificadas na defesa apresentada pelo réu se mostram hábeis a afastar eventuais faculdades processuais, uma vez que esta mesma lei impõe tal conduta sob pena de preclusão.

3.3. O Princípio da Economia Processual

Até pouco tempo atrás, para se dar solução a um problema que se apresentava ao operador do direito, era comum a tentativa de sua obtenção com base em determinado dispositivo legal, porque se partia da falsa idéia de que o ordenamento jurídico tinha condições de contemplar todas as soluções possíveis. Diante dessa realidade, a norma jurídica, traduzida unicamente numa regra, haveria de contemplar a solução que seria aplicável sempre que uma determinada hipótese se materializasse, segundo o mero juízo de subsunção. Porém, a realidade social do século XX, com a multiplicação das relações jurídicas intersubjetivas,

22 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, p. 297 e 298. Discordamos, porém, quando o autor afirma que nos casos das ações de rito sumário a compensação somente seria possível por meio de processo autônomo, uma vez que o CPC, em seu art. 278, § 1º, alterado pela Lei n. 9.245/95 e vigente a partir de 25-2-1996, permite ao réu contrapor-se ao pedido do autor, a exemplo do que já ocorria na Lei n. 9.099/95, art. 31, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia.

demonstrou a fragilidade dessa concepção. A partir de então, os juristas passaram a estudar alternativas para que o Estado Democrático de Direito pudesse, por meio do Judiciário, resolver os litígios que a ele se apresentavam, mas que nem sempre tinham como justa solução uma mesma resposta. Passa-se, então, a admitir a necessidade de uma nova concepção do ordenamento jurídico, na qual a norma jurídica passa a ser o gênero, do qual as regras e os princípios passam a ser as espécies²³. As regras continuam valendo dentro daquela mesma concepção. Porém, os princípios, em comparação com as regras, gozam de maior grau de abstração, de determinabilidade e, além de ter um caráter de fundamentabilidade do sistema, figuram como *standard* jurídico²⁴. Isso faz com que os princípios tenham uma dimensão que aponta para muito além da dimensão das regras, pois atuam como elementos otimizadores de interpretação que, conforme o bem jurídico envolvido, podem, entre si, ceder ou prevalecer, envolvendo, inexoravelmente, um exercício de ponderação²⁵.

É sob essa nova concepção que o princípio da economia processual deve ser estudado. Na busca por uma efetiva prestação da tutela jurisdicional, o processo, visto como ferramenta imprescindível voltada a um fim, desenvolve-se, ou deveria desenvolver-se, tendo como objetivo proporcionar a rápida resolução do litígio. A partir desse objetivo e com a função de *iluminar os valores do sistema processual*²⁶, surgem vários princípios, entre os quais o da economia processual que preconiza “o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”²⁷.

Evidenciado está, segundo o referido princípio, que se deve privilegiar a condução do processo de modo que, por meio dele, possam-se resolver, na medida do possível, todas as situações

23 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 158.

24 JANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1.124 e 1.125.

25 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 676.

26 ASSIS, Araken. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*, p. 60 e 61.

27 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 72.

que derivem do fato gerador do litígio, mesmo nos casos em que alguém que não seja parte venha a sofrer qualquer consequência. Mesmo assim, o princípio da economia processual poderá ser mitigado ou, ainda, reorientar disposições normativas que regulam alguns institutos jurídico-processuais que lhe são afins.

Veja-se, por exemplo, a normatização do rito comum sumário no CPC. É sabido que o citado rito privilegia a economia processual ao concentrar atos processuais que sob o rito comum ordinário necessitariam de momentos próprios a serem praticados de forma individual. No entanto, o mesmo rito afasta a possibilidade de manuseio da intervenção de terceiros, ressalvadas as hipóteses do art. 280 do CPC. Ambas as situações têm como princípio diretor o da economia processual. Na relação *custo-benefício* julgou melhor o legislador ao abrir mão de um instrumento que, como se verá logo abaixo, atende ao princípio da economia processual (em ações de rito comum ordinário), privilegiando a celeridade do feito, evitando suspensões e, de regra, a entrada de terceiros no processo.

3.4. A denunciação da lide: breves considerações

Na intervenção de terceiros, mediante autorização legal, o interveniente participa do processo buscando o auxílio ou a exclusão dos litigantes, já que ele, ainda que não seja parte na lide primitiva, poderá sofrer consequências da sentença advinda. O CPC contempla quatro espécies de intervenção de terceiros: a oposição, a nomeação à autoria, a denunciação da lide e o chamamento ao processo. Interessa aqui uma breve abordagem acerca da denunciação da lide na hipótese em que o réu faz uso desse instrumento.

A denunciação da lide consiste, na lição de Vicente Greco Filho²⁸, em ampliação objetiva e subjetiva do processo: objetiva porque há a inserção de uma demanda implícita do denunciante em face do denunciado (de caráter indenizatório) e subjetiva porque o denunciado, aceitando a denunciação, passa a responder

28 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual brasileiro*, p. 138.

juntamente com o denunciante (litisconsórcio passivo) perante a parte *ex adversa*.²⁹ No caso da ampliação objetiva, a independência das ações é questão fundamental, ensejando, inclusive, processo de execução do denunciante contra o denunciado mesmo nos casos em que aquele não tenha cumprido a sentença condenatória no processo primitivo.³⁰ Mesmo assim, nesses casos, cabe ao magistrado requisitar o depósito em juízo do valor, a fim de que o credor primitivo possa ser devidamente ressarcido.³¹ Nota-se, então, que muito embora, por tradição histórica, a denunciação faça do denunciado um coadjuvante na defesa do denunciante – e essa é a razão pela qual não há fazer nenhuma arguição acerca de fatos estranhos à lide primitiva — entendemos que a denunciação da lide deva sobrepujar a questão da coadjuvação, já que conforme os arestos estudados é facultado ao autor da ação, inclusive, executar a sentença tanto contra o réu (ação primitiva) quanto contra o denunciado (litisconsorte passivo)³².

Justifica-se a existência deste instituto jurídico tendo como norte o princípio da economia processual já que por meio dele se evita que a parte sucumbente necessite de outro processo para fazer valer seu direito de regresso contra terceiro obrigado por lei ou por contrato. A possibilidade de se evitar sentenças contraditórias em processos distintos também serve para justificar a utilidade do instituto.

A questão da obrigatoriedade, ou não, da denunciação da lide não será aqui abordada, porquanto na hipótese que interes-

29 GRECO FILHO, Vicente. Ob. cit., p. 144.

30 STJ. AGA n. 247.761/DF. Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 8-2-2000.

31 STJ. REsp n. 115.046/RS. Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 25-8-98.

32 Vicente Greco Filho interpreta restritivamente o disposto no art. 75 do CPC, no sentido de que somente haverá litígio entre denunciante e denunciado caso haja negação, por parte deste, da qualidade que lhe foi atribuída (*Direito processual brasileiro*, p. 147). Todavia, não se justifica tal entendimento porquanto o CPC é suficientemente claro quando restringe as matérias de defesa que podem ser alegadas pelo demandado, bastando verificar, para comprovar essa afirmação, o seu art. 896 (consignação em pagamento). O mesmo ocorre quando há limitação de matéria a ser argüida pelo autor, como no caso do art. 741, que restringe expressamente a matéria a ser levantada em sede de embargos à execução de sentença judicial.

sa ao presente ensaio, qual seja, nos casos em que a lei ou o contrato obrigue o denunciado a indenizar o denunciante perdedor na demanda³³, não há maiores divergências na doutrina. Apesar de o *caput* do art. 70 do CPC dispor expressamente que é obrigatória a denunciação da lide, a doutrina tem entendido que não há obrigatoriedade na hipótese do seu inciso III porque inexistente consequência expressa no que diz respeito à parte que não realizou a denunciação do obrigado de regresso³⁴. Ademais, entendem alguns, o fato de a parte não se valer da denunciação acarretaria, tão-somente, o ônus de provar que na demanda anterior empregou todos os esforços para evitar a condenação, arriscando-se, portanto, a sofrer todas as exceções materiais relativas a sua atuação no primeiro processo³⁵. Logo, o fato de o réu não ter denunciado a lide nessa hipótese (inciso III) não implica a perda do direito de regresso em ação autônoma.

3.5. O Estado como denunciante da lide em ações indenizatórias movidas pelos particulares

Existe enorme controvérsia quanto à possibilidade de o Estado denunciar a lide ao agente causador do dano ao particular. Dentro de vários tribunais há divergência³⁶ e é justamente por esse motivo que se explanará alguns dos argumentos no intento de contribuir para o debate.

3.5.1. A impossibilidade de articulação de fatos novos como óbice à denunciação da lide

Uma das mais relevantes questões diz respeito à impossibilidade de se trazer fatos novos por meio da denunciação da

33 Art. 70 — A denunciação da lide é obrigatória:

III — àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

34 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, p. 302.

35 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual brasileiro*, p. 142. A conclusão do autor é inspirada no art. 325 do Código de Processo Civil de Portugal.

36 *Posicionamentos contrários*: No TJSP, Ag. Inst. n. 261.160-5/2, rel. Des. Antonio Rulli, j. em 24-4-2002; Ag. Inst. n. 198.157-55, rela. Desa. Noêmia Pereira de

lide, impossibilidade essa apontada pela doutrina e reconhecida em alguns julgados.

O Estado, ao ser acionado, responderá objetivamente por danos causados ao administrado independentemente de a sua conduta ser comissiva ou omissiva, notadamente após o advento do Código Civil de 2002. Ainda assim, não se pode olvidar que o regime de responsabilização objetiva admite as excludentes de responsabilização, entre as quais figuram a culpa exclusiva da vítima e a culpa exclusiva de terceiro. Forçoso é concluir, que o campo aberto ao debate pela admissão das excludentes faz com que a culpa passe a ganhar relevante espaço dentro do processo, ainda que nessa hipótese se intente provar a culpa do particular ou de terceiro³⁷.

Souza, j. em 5-2-2001; No TJRS: Ag. Inst. n. 70006431472, rel. Des. Voltaire de Lima Moraes, j. em 10-9-2003.

Posicionamentos favoráveis: No STJ, REsp n. 95.368-18, rel. Min. José Delgado. DJU de 8-11-96; REsp n. 109.208-0, rel. Min. Ari Pargendler. DJU 24-8-98. No TJRS: Ag. Inst. n. 70006649503, rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, j. em 27-6-2003. No TJSC: Ag. Inst. n. 2002.017392-0, rel. Des. João Martins, j. em 31-10-2002; Ag. Inst. n. 2000.021823-5, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 22-3-2001. No TJSP: Ap. Civ. n. 064.265-5/5, rel. Des. Alves Bevilacqua, j. em 8-8-2000; Ag. Inst. n. 340.267.5/6-00, rel. Des. Torres de Carvalho, j. em 24-11-2003 (denúncias sucessivas).

- 37 STF, RE n. 217.389/SP, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 2-4-2002. Recurso extraordinário. Indenização. Responsabilidade objetiva do Estado. 2. Acórdão que confirmou sentença de improcedência da ação, determinando que somente se admite o direito a indenização se ficar provada a culpa subjetiva do agente, e não a objetiva. 3. Alegação de ofensa ao art. 107, da EC n. 01/69, atual art. 37, § 6º, da CF/88. 4. Aresto que situou a controvérsia no âmbito da responsabilidade subjetiva, não vendo configurado erro médico ou imperícia do profissional que praticou o ato cirúrgico. 5. Precedentes da Corte ao assentarem que “I — A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. II — Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público”. RE n. 178.086/RJ. 6. Inexiste, na espécie, qualquer elemento a indicar tenha a vítima concorrido para o evento danoso. 7. Recurso conhecido e provido para julgar procedente a ação.

Acrescenta-se que o atual Código Civil inovou em matéria de responsabilidade ao admitir a culpa concorrente³⁸, consagrando o que os tribunais já vinham decidindo³⁹. Em casos tais qual seria o fato novo, uma vez que a legislação abre a possibilidade de se discutir a culpa exclusiva ou concorrente do particular ofendido? Se partirmos do entendimento jurisprudencial do significado da categoria “fato novo”, como fato distinto daquele a ser veiculado pela defesa na lide primitiva⁴⁰, percebe-se, de plano, que na hipótese acima levantada não haveria óbice à denúncia. Ora, se a arguição das excludentes de responsabilidade civil podem ser levantadas pelo réu, também o poderiam ser pelo denunciado, tendo em conta que tal ônus probatório recai sobre os litisconsortes passivos.

Partindo da definição inicial de denúncia da lide, entendida também como forma de ampliação objetiva inserindo uma demanda entre denunciante e denunciado, não seria o fato de que nessa hipótese o caso não prescindiria da prova da culpa do agente causador do dano, que ocasionaria a admissão de fatos novos à lide. Ora, na denúncia da lide instauram-se duas ações num mesmo processo já que na demanda primitiva o autor litiga contra o denunciante e o denunciado, na demanda secundária figura como “autor” o denunciante e como “réu” o denunciado,

38 Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Nota: A questão de o regime de responsabilização ser o da responsabilidade objetiva não é óbice para o reconhecimento da culpa concorrente, conforme reiteradamente já se manifestaram vários tribunais estaduais, antes mesmo do advento do atual Código Civil. Veja-se, à guisa de exemplo, o caso de acidentes ocorridos com os “surfistas ferroviários” cujo dever do transportador é de incolumidade (responsabilidade objetiva), onde vários julgados admitem a existência de culpa concorrente da vítima.

39 É necessário registrar, também, que o Código Civil de 2002 contempla a redução equitativa da indenização (art. 944, parágrafo único) tendo em conta a gravidade da culpa do ofensor. Vale registrar, ainda, que na doutrina civilista há opiniões de peso apontando para impossibilidade de reconhecimento de culpa concorrente nos casos em que o regime de responsabilização é o da Responsabilidade Objetiva.

40 STJ. REsp n. 299.108/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 8-10-2001.

não necessitando que os argumentos despendidos pelas partes sejam os mesmos daquela demanda. E nem poderiam ser, pois enquanto que na primeira demanda a *causa de pedir remota* é o evento dano, na segunda a causa de pedir remota é alargada pois decorre do evento dano e de disposição contratual ou legal. O mesmo não ocorre com a *causa de pedir próxima*, uma vez que na primeira demanda a indenização decorre do dever de indenizar o ofendido, e na segunda tem por fundamento o direito de regresso.

Desse modo, ainda que nas duas ações o regime de responsabilização seja diverso, ambas têm em comum as excludentes de responsabilização e a sua alegação não caracteriza a introdução de “fato novo” na demanda primitiva.

Demais disso, se há duas ações num mesmo processo, nada impede, em função da não identidade plena de causas de pedir, que os fundamentos sejam diversos, ressalvadas as hipóteses em que haja dilatação probatória a ponto de prejudicar sobremaneira o andamento do feito como um todo. No presente caso estuda-se a denúncia da lide porque a própria lei confere ao réu, litisdenunciante, o direito de regresso. Diferente seria se fosse o caso de direito de regresso baseado em disposição contratual duvidosa cuja discussão poderia dar-se em torno da natureza do contrato.

Daí a necessidade de não se criar uma “regra” tendo por base esse fundamento, sendo necessária a análise criteriosa do caso concreto, especialmente da existência de previsão legal ou contratual obrigando o denunciado perante o denunciante, para que não ocorram decisões que afrontem o princípio da economia processual e, ao mesmo tempo, não o privilegiem, de forma desmedida e imponderada, transformando a denúncia da lide em objeto de embaraço ao direito do autor.

3.5.2. A denúncia da lide vista como entrave processual que impediria a rápida solução do litígio

A questão relativa à rápida solução do litígio tem inspirado boa parte da doutrina processualista na busca por um processo

mais ágil e justo. É de se reconhecer que a denúncia faz com que o processo tramite de forma mais lenta em função da necessidade de citação do denunciado, fato este responsável, inclusive, pela suspensão do processo. Tanto assim o é, que a própria lei trata de afastá-las nas ações cujos procedimentos são mais céleres. Porém, essa é uma característica desse instituto e que independentemente de quem seja o réu na ação primitiva os entraves permanecem, não nos sendo possível esquecer que esse instituto jurídico prima pela economia processual, como anteriormente observado.

Iniciemos a abordagem dessa questão traçando um breve paralelo com o disposto no Código de Defesa do Consumidor sobre a matéria. Nesta lei, e não era de esperar outra conclusão, o legislador tratou de afastar a intervenção de terceiros, ressaltando o chamamento ao processo, quando o chamado for um segurador⁴¹. Nessa hipótese ocorre um entrave processual na medida em que também há a suspensão do processo, em que pese haver uma clara vantagem por parte do consumidor porque se aumenta em seu favor a legitimidade passiva. O que gostaríamos de ressaltar não se relaciona à vantagem que isso significa para o consumidor — e nisso a doutrina consumerista é unânime — e sim que, quando houver impossibilidade de se manusear qualquer das espécies de intervenção de terceiros, a lei o fará

41 Art. 88 — Na hipótese do artigo 13, parágrafo único, deste Código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denúncia da lide.

Art. 101 — Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título, serão observadas as seguintes normas:

II — o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Nessa hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do artigo 80 do Código de Processo Civil. Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.

expressamente, como o fez o CDC ou como o fizeram o CPC, ao tratar do rito sumário⁴², e a Lei n. 9.099/95⁴³.

Nota-se, também, que o regime de responsabilização no CDC, como regra geral, é o da responsabilidade objetiva (direito material) e ele, *per se*, não tem o condão de afastar qualquer modalidade de intervenção de terceiros (direito formal), o que somente seria possível, frise-se, mediante expressa previsão legal ou quando flagrantemente afronte o princípio da economia processual. Se assim fosse, o fato de no regime de responsabilização objetiva não se discutir a culpa, seria possível defender a tese da impossibilidade de denúncia da lide sob o fundamento de que se estaria argüindo fatos novos, possibilidade esta já discutida. Observa-se, também, que o fornecedor que indenizou o consumidor poderá acionar autonomamente, em direito de regresso, o empregado responsável pelo dano. No primeiro caso (fornecedor-consumidor) o regime de responsabilização é o da responsabilidade objetiva, no segundo (fornecedor-empregado) é o da responsabilidade subjetiva. Porém, não é esse o motivo que afasta uma eventual denúncia da lide feita pelo fornecedor em face do seu empregado. Ela está afastada única e exclusivamente porque, por uma questão de política legislativa, o CDC assim dispõe em seu art. 88. Caso não houvesse a vedação legal, ainda que se considerasse o consumidor hipossuficiente, situação especialíssima e que lhe confere a possibilidade de inversão do ônus da prova em ação de responsabilização civil, o réu fornecedor poderia valer-se da denúncia da lide ao seu funcionário, visto que a ambos caberia a arguição das excludentes de responsabilidade e, entre elas, a culpa exclusiva do consumidor.

No caso da responsabilidade civil do Estado perante o administrado não se pode inferir qualquer restrição nesse sentido a partir do § 6º do art. 37 da Constituição, tampouco do art. 43 do

42 Art. 280 — No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro.

43 Art. 10 — Não se admitirá, no processo, nenhuma forma de intervenção de terceiro nem de assistência. Admitir-se-á o litisconsórcio.

atual Código Civil, o que afastaria o óbice ora analisado. A nosso sentir, se essa fosse a intenção do legislador, ela teria constado expressamente nesses dispositivos ou a restrição surgiria em lei especial de caráter processual, não cabendo ao intérprete, portanto, interpretar restritivamente o dispositivo legal (*ubi lex non distinguet nec nos distinguere debemus*).

Portanto, se no processo deve prevalecer o interesse público, não havendo vedação legal expressa à denunciação da lide, a justificativa do seu não cabimento mostra-se inoportuna, porquanto o fato de existir num único processo duas ações a serem resolvidas simultaneamente constitui-se em reconhecida vantagem se comparada à hipótese de existirem dois processos distintos, especialmente porque o segundo somente poderia ser deflagrado após o trânsito em julgado do primeiro.

3.5.3. *A denunciação da lide vista como tese contraditória à defesa apresentada pelo litisdenunciante*

Alguns julgados não permitem a denunciação da lide sob a justificativa de que o Estado não poderia alegar, ao mesmo tempo em sua defesa, que não concorreu culposamente para o evento dano, e na denunciação da lide pugnar pela culpa do agente litisdenunciado.

Com efeito, a inserção de uma demanda (ampliação objetiva) de forma incidente à demanda originária faz com que, ao mesmo tempo em que o Estado tente provar que não houve culpa por parte do seu agente ou tente provar uma das excludentes, ele impute, na segunda demanda, a culpa do agente, já que, somente se isso for provado, ele poderá reaver a quantia indenizatória despendida.

Já foi visto, quando se tratou da preclusão, que eventuais contradições em sede de defesa não são suficientes para afastar a possibilidade de análise de todos os seus fundamentos. O CPC é claro ao dispor no art. 71 que quando o litisdenunciante for o réu a denunciação da lide deverá ocorrer no prazo para a contestação. Portanto, há um momento processual adequado para que o réu se valha de uma determinada faculdade processual, sob pena de não mais poder argüi-la se não o fez naquele momento.

A questão que envolve eventuais “contradições”, portanto, não pode assumir relevância tendo em conta as disposições legais atinentes à defesa da parte. Bem se vê que a denúncia da lide não é modalidade de defesa *stricto sensu*, todavia ela se coloca, sim, como uma forma de defesa (*lato sensu*) sobretudo pela formação de litisconsórcio passivo cujas defesas, “restritas à impugnação de fato comum a todos os litisconsortes, ou comum ao réu atuante e ao réu litisconsorte revel”⁴⁴, podem aproveitar-se mutuamente, ressalvadas aquelas de natureza personalíssima.

4. Brevíssimas considerações finais

As teorias que embasaram a responsabilidade civil do Estado, a contar de estágio inicial de impossibilidade de responsabilização, evoluíram, perpassando regimes fundados na responsabilidade com culpa, tendo como referência os fundamentos aplicados no Direito Civil, para num segundo estágio ser admitida a teoria da culpa administrativa. Esta última, dirigida para a culpa no funcionamento do serviço público (*faute du service*), consiste na inexistência, mau funcionamento ou funcionamento atrasado do serviço, sendo qualquer dessas hipóteses suficiente para a responsabilização do Estado, não tendo importância se o agente público agiu com culpa ou não. No terceiro e atual estágio surge a teoria do risco administrativo, a qual tem como pressuposto básico para ensejar a responsabilização a mera verificação do nexos causal entre a conduta da Administração Pública e o dano experimentado pelo administrado.

No Brasil vigora a teoria do risco administrativo, por força do art. 37, § 6º, da Constituição da República. Entretanto, a segunda parte do art. 15 do Código Civil de 1916 deu azo a substancial entendimento doutrinário, apontando para a aplicação desse dispositivo nos casos de omissão da Administração Pública. Assim, enquanto vigorou o Código Civil de 1916, entendia-se que, nos casos em que a Administração Pública age e, com isso, cause dano a terceiro, seria aplicada a teoria do risco administra-

44 José Joaquim Calmon de Passos *apud* SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. Ed., São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 2, p. 12 e 13.

tivo por força do art. 37, § 6º, da Constituição da República. Se o caso era de omissão, somente se responsabilizaria a Administração Pública nos casos em que restasse provada a culpa do agente público (responsabilidade subjetiva). Porém o Código Civil de 2002, em seu art. 43, trouxe redação que guarda enorme semelhança com o art. 37, § 6º, da Constituição, impondo a conclusão de que a responsabilidade da Administração Pública, em casos de ação ou omissão, passa a ser regida sempre pela teoria do risco administrativo.

A preclusão é um dos mais relevantes institutos jurídico-processuais na busca pela celeridade processual, privilegiando uma ordem rígida de atos processuais, no qual prevalece o comprometimento do instituto com a aspiração de certeza sobre a aspiração de justiça. Portanto, à parte litigante é definido um único momento para declinar seus argumentos de defesa e de ataque independentemente de esses argumentos apresentarem, entre si, alguma contradição.

O princípio da economia processual é ferramenta imprescindível à celeridade processual e prima pela busca do máximo resultado possível na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. Assim, a condução do processo deve ser privilegiada de modo que se possam resolver, na medida do possível, todas as situações que derivem do fato gerador do litígio, mesmo nos casos em que alguém que não seja parte venha a sofrer qualquer consequência do processo (sentença). No entanto, o princípio da economia processual poderá ser mitigado ou, ainda, reorientar disposições normativas que regulem alguns institutos jurídico-processuais que lhe são afins, como se depreende da regulação que rege os ritos processuais mais céleres.

A denunciação da lide consiste em ampliação objetiva e subjetiva do processo: objetiva porque há a inserção de uma demanda implícita do denunciante contra o denunciado (de caráter indenizatório) e subjetiva porque o denunciado, aceitando a denunciação, passa a responder juntamente com o denunciante (litisconsórcio passivo) perante a parte *ex adversa*. Tem como norte o princípio da economia processual, já que por meio dela se evita

que a parte sucumbente necessite de outro processo para fazer valer seu direito de regresso contra terceiro obrigado por lei ou por contrato. A possibilidade de se evitar sentenças contraditórias em processos distintos também serve para justificar a utilidade do instituto.

No caso de o Estado denunciar a lide ao funcionário público, indigitado causador do evento danoso, haverá duas ações inseridas num mesmo processo. Nas duas ações os regimes de responsabilização serão distintos, porém ambas têm em comum as excludentes de responsabilização: não caracterizando a sua alegação a introdução de “fato novo” na demanda primitiva. Portanto, não se poderia criar uma “regra” tendo por base esse fundamento, sendo necessária, para a hipótese de não cabimento da denúncia, a análise criteriosa do caso concreto, especialmente da existência de previsão legal ou contratual obrigando o denunciado perante o denunciante, para que não ocorram decisões que afrontem o princípio da economia processual e, ao mesmo tempo, não o privilegiem de forma desmedida e imponderada, transformando a denúncia da lide em objeto de embaraço ao direito do autor.

O legislador, nas hipóteses de vedação a qualquer modalidade de intervenção de terceiros no processo, a tem feito de forma expressa visando exatamente a afastar a sua incidência naqueles casos em que esta se revele como um entrave, dificultando o andamento normal do processo que verse sobre determinadas matérias. Assim é porque no processo deve prevalecer o interesse público, e não havendo vedação legal expressa à denúncia da lide a justificativa do seu não cabimento mostra-se inoportuna, porquanto o fato de existir num único processo duas ações a serem resolvidas simultaneamente constitui-se em reconhecida vantagem se comparada à hipótese de existirem dois processos distintos, especialmente porque o segundo somente poderia ser deflagrado após o trânsito em julgado do primeiro. Nem mesmo a espécie de regime de responsabilização objetiva serve para afastar a hipótese de denúncia sob tal justificativa (entrave), porquanto sob tal regime, ainda, é possível a discussão de culpa exclusiva ou concorrente do ofendido.

Não seria possível tolher do Estado a faculdade de denunciação da lide ao funcionário público sob a justificativa de que é impossível àquele alegar, ao mesmo tempo em sua defesa, que seu preposto não concorreu culposamente para o evento dano, e na denunciação da lide pugnar pela culpa do litisdenunciado. A inserção de uma demanda (ampliação objetiva) de forma incidente à demanda originária faz com que, ao mesmo tempo em que o Estado tente provar que não houve culpa por parte do seu agente ou tente provar uma das excludentes, ele impute, na segunda demanda, a culpa do agente. Se, sob pena de preclusão, à parte litigante é definido um único momento para declinar seus argumentos de defesa e de ataque, independentemente de estes argumentos apresentarem, entre si, alguma contradição, eventuais contradições em sede de defesa não são suficientes para afastar a possibilidade de análise de todos os seus fundamentos. Ainda que se saiba que a denunciação da lide não é modalidade de defesa *stricto sensu*, todavia ela se coloca como uma forma de defesa (*lato sensu*), sobretudo pela formação de litisconsórcio passivo cujas defesas, restritas à impugnação de fato comum a todos os litisconsortes, ou comum ao réu atuante e ao réu litisconsorte revel, podem se aproveitar mutuamente, ressalvadas aquelas de natureza personalíssima.

Referências bibliográficas

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. II.
- ASSIS, Araken. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito administrativo moderno*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 4. ed., Coimbra: Coimbra, 2000.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo*, 16. ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

- _____. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*, 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 7.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, São Paulo: Atlas.
- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*, Curitiba: Juruá, 1991.
- FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. *Curso de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1994.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*, 7. ed., Madrid: Civitas, 2000.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, 2. ed., São Paulo: 1992.
- GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí/Univali, a. 7, n. 14, p. 9 a 68, abr./1999.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*, São Paulo: Saraiva, 1999.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, vol. 1.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, 4. ed., São Paulo: 1999.
- VENOSA, Silvío de Salvo. *Direito civil: parte geral*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

A MENTIRA DO DESARMAMENTO

Rui Fortes *

A maior desgraça para o homem é trair sua própria consciência pela omissão.

Não posso quedar silente sobre o abominável Referendo do Desarmamento que acontecerá no próximo dia 23 de outubro, quando cada brasileiro, por meio do voto, aprovará ou não a proibição da venda de armas de fogo e munições no Brasil.

Com a experiência adquirida no decorrer de algumas dezenas de anos, no cargo de Juiz de Direito, com atuação na área criminal, penso que tenho o dever de alertar o eleitor brasileiro para o engodo, a hipocrisia de certos políticos e da própria mídia brasileira, tentando passar ao povo a falsa idéia de que: “proibida a venda de armas” não mais se cometerá crimes. Nada mais irreal, mentalidade retrógrada atribuir-se às armas o aumento da criminalidade. Não lembro de ter condenado alguém pela prática de crime com arma de fogo legalizada e, segundo a estatística, não chega a um por cento do cidadão brasileiro autorizado a portar arma de fogo. Há que se concluir, portanto, que o bandido não compra armas em lojas, nem pode comprá-las por não preencher

* *Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.*

os requisitos legais. Tanto que as armas utilizadas pelo bandido, principalmente em centros urbanos maiores, são de uso proibido, porque exclusivas das Forças Armadas, como, por exemplo, metralhadora, fuzil AR15, granada, pistola 9mm, e tantas outras. De outro lado, poucos são os brasileiros honestos que conseguem comprar armas legalmente, justamente em razão das exigências e da burocracia previstas em lei, aliadas ao fato de que não é pequeno o custo de uma arma e das altas taxas cobradas pelo governo. Já ouvi alguns políticos afirmarem que são favoráveis ao desarmamento porque a maioria das armas utilizadas pelos bandidos é furtada. Argumento absurdo, uma vez que a maioria das armas é contrabandeada, ou de uso exclusivo das Forças Armadas. Na hipótese de ser verdadeira tal afirmação, apenas para argumentar, cabe ao aparato policial atuar fortemente no combate ao contrabando, ao roubo e ao furto de armas, apreendendo-as e devolvendo-as aos seus legítimos proprietários, prendendo o bandido, que é quem deve ser desarmado.

Em verdade, quem efetivamente mata não é a arma: é o bandido. E quem mata muito mais que o bandido, por incrível que pareça, é o motorista, que sequer possui arma, utilizando-se do automóvel, principalmente a motocicleta, que estão não só matando nossos jovens, pais e esposas, mas deixando-os paraplégicos ou tetraplégicos, acarretando vultosa despesa para o governo com tratamentos médicos-hospitalares e fisioterápicos. O índice de mortalidade e aleijão por arma de fogo de uso permitido e legalizada em relação ao automóvel e à motocicleta é nenhum. Aliás, o veículo automotor é uma constante arma engatilhada contra a cabeça de seus ocupantes e é considerado a terceira maior causa de mortes, só perdendo para o câncer e o enfarte, principalmente a motocicleta por não preencher nenhum dos requisitos exigidos pelo Código de Trânsito Brasileiro para circular pelas nossas rodovias. Com um detalhe que foge a todos: para adquirir a carteira de habilitação, o motorista necessita ter apenas 18 anos de idade, enquanto que, para a compra de uma arma, a idade não pode ser inferior a 25 anos. Outra diferença, o cidadão que mata, por motivo fútil, utilizando-se de arma de fogo, é condenado à pena mínima de 12 (doze) anos de reclusão, enquanto, ao motorista infrator, a pena mínima é de apenas

1 (um) ano de detenção. Matar por matar, então por que não proibir referidos veículos? Retrocederíamos à era da charrete e do cavalo.

Não tenho dúvidas de que o desarmamento fará o homem retroceder à era do “homem da pedra lascada”, porque passará a fazer uso da faca, do punhal, da espada, do arco e flecha, da lança e por aí em diante, assombrando a todos, porquanto os bandidos continuarão usando armas de fogo. Ao trabalhador restará o consolo de rezar e pedir ao bandido que lhe poupe a vida, pois a polícia jamais poderá estar em todos os lugares ao mesmo tempo, entregando a tão almejada proteção. O índice de criminalidade crescerá, conforme se tem verificado nos países que optaram por essa insensatez. Vejo o Estatuto do Desarmamento como uma verdadeira falta de bom senso, completamente fora da realidade nacional, porque criado justamente num momento crítico em que a escalada do crime assola o País e assusta o povo.

Na realidade, o ser humano sempre precisou usar armas, seja de fogo ou arma branca, para sua proteção, de sua família e de seu patrimônio. Por isso, o homem de bem tem o direito, sim, à legítima defesa própria e de terceiros. Assim é que, desde as mais antigas civilizações, o homem precisou de armas, não só para defender-se de outro homem, ou de ataques externos, mas também para defender-se de animais e para caçar, garantindo, assim, a sua sobrevivência.

É uma idiotice pensar que as fábricas brasileiras deixarão de fabricar armas. Continuarão fabricando e vendendo para o exterior, e, o que é pior, retornarão ao Brasil por vias ilegais, sem o pagamento de impostos, e continuarão nas mãos dos bandidos. Observa-se que o Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826, de 22-12-03) não proibiu a fabricação de armas, mas tão-somente a venda.

Aos brasileiros honestos vai o meu conselho: não abram mão do direito de possuir uma arma para a sua defesa, de seus familiares e proteção do seu patrimônio, pois não é desarmando o trabalhador que reinará a paz nas ruas. Ao contrário, o bandido continuará armado, invadindo estabelecimentos comerciais, propriedades rurais e residências, como, aliás, já vem ocorrendo, e

por certo ocorrerá com maior freqüência, com o cidadão desarmado, espalhando pânico entre a população ordeira.

Pense muito bem, reflita o mais que puder, pois a sua decisão, votando pelo desarmamento, será irreversível. Você, seu filho, seu neto, enfim, seus descendentes, jamais poderão adquirir uma arma para se defender.

Tenho a consciência do dever cumprido, e nada mais oportuno invocar o pensamento do escritor francês Anatole France, por se amoldar perfeitamente sobre a barbaridade que se está querendo impor ao brasileiro honesto e ordeiro: “se cinqüenta milhões de pessoas fazem uma grande besteira, não será por isso que ela deixará de ser uma grande besteira” (1844-1924).

E o bandido agradecerá ao desarmamento.

A CULPA E A PUNIÇÃO NÃO PODEM SERVIR DE CRITÉRIO PARA A FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Sérgio Luiz Junkes¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A indenizabilidade do dano moral e a inaplicabilidade da culpa como critério de sua valoração; 3. O critério punitivo não pode ser utilizado na fixação da indenização decorrente de dano moral; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A indenizabilidade do dano moral nos dias de hoje não é mais questionada. Contudo, isso não significa que o instituto não esteja imune a críticas. Pelo contrário. A primeira delas está associada à chamada “indústria do dano moral”. Isso porque as ações judiciais baseadas em supostos danos morais multiplicaram-se de forma exponencial e surpreendente desde a sua consagração em nível constitucional². A partir de então, o apetite pelo ressarci-

1 Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Concórdia. Mestre em Ciência Jurídica pela Univali.

2 “[...] em 1993, só o Superior Tribunal de Justiça registrava 28 processos por danos morais; em 2000, foram 1.331, a uma média de 100 por mês; em 2004, totalizaram 8.201 (683 por mês); neste ano, a média mensal está em 932, e subindo”. *In*

mento a título de danos morais tem-se revelado não só insaciável, mas cada vez mais voraz, o que se constata pelo inimaginável e elevado número de processos judiciais que abarrotam as varas cíveis e os tribunais de todo o País.

De traumas a simples incomodações, enfim, tudo o que em geral causa algum aborrecimento à condição humana tem sido utilizado para alimentar essa avalanche desenfreada de novas ações. Por trás delas, não raras vezes há busca de lucro fácil e até de má-fé, seja de pessoas que pleiteiam danos morais que jamais existiram, seja de pessoas que forjam situações para tornarem-se merecedoras de uma indenização³. É de fácil verificação, pois, que essa indústria contribui em certa medida para um clima de verdadeira desagregação social e de desconfiança nas próprias instituições. Por isso, no contexto de proteção legal à pessoal humana, o fenômeno repulsivo da “indústria do dano moral” talvez seja a distorção mais perversa.

Felizmente, tanto a jurisprudência como a doutrina estão cristalizando o acertado entendimento que não é qualquer contratempo ou incomodação que são suscetíveis de gerar o dano moral indenizável⁴. Não bastasse isso, os juízes e tribunais brasileiros estão, aos poucos, exigindo evidências de que de fato o dano moral ocorreu no caso concreto, não se contentando mais com a mera presunção *juris tantum* da veracidade da alegação feita nesse sentido. Essas importantes mudanças de entendimento

Revista Veja. *Prejudicou, pagou. Processos por danos morais são cada vez mais freqüentes nos tribunais brasileiros*, p. 114. Conforme a Revista **Consultor Jurídico**, de 21 de julho de 2002, em matéria intitulada “Os tribunais do povo. Cidadãos inundam a Justiça com processos por dano moral” extrai-se: “Hoje, há no Brasil cerca de 420 mil processos por danos morais tramitando na Justiça. É a modalidade de ação judicial que mais cresce no país. Nos últimos oito anos, enquanto o número global de processos avançou nove vezes, a quantidade de ações por danos morais foi multiplicada por 51”. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/27927,1>, acesso em 14-8-2005.

3 Vide a propósito Calmon de Passos, J. J. O imoral no dano moral. *Informativo Incijur*, n. 46.

4 “[...] A indenização por dano moral não deve ser deferida por qualquer contrariedade, não se devendo estimular o enriquecimento indevido nem a chamada “indústria do dano moral” (STJ, REsp n. 504639, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

e postura é que permite separar-se o joio do trigo, ou seja, tanto medir, a contento, a extensão do dano produzido como dissociar a realidade da fantasia⁵. Essa alteração paradigmática certamente produzirá um forte impacto na contenção da banalização do instituto na forma da aludida “indústria do dano moral”. Porém isso só não basta. Vejamos a próxima grande crítica ao instituto.

A segunda crítica que se faz ao instituto do dano moral, e que se interliga com a primeira, refere-se às dificuldades práticas que permeiam o estabelecimento do *an debeatur* e do *quantum debeatur*. Isso porque se a sua tutela legal não dá margem a dúvidas, o mesmo não se pode dizer da sua mensuração e aplicabilidade fáctica. Tal se deve ao fato de que a legislação relega essas tarefas ao poder discricionário do juiz, em cada caso concreto. Como não há um rol de hipóteses passíveis de indenização e, ainda, não há um tabelamento a ser seguido e, via de regra, um caso é diferente de outro, é inevitável que se verifiquem discrepâncias de valores. Em face disso, os críticos defendem, até, a existência de um “tabelamento dos danos morais” (com o que não concordamos) uma vez que, segundo eles, o amplo arbítrio conferido ao juiz propicia indenizações ora excessivas, ora insignificantes, inclusive, tomando-se casos e situações semelhantes, o que se constituiria em fonte de injustiças e não se coadunaria com o postulado da segurança jurídica.

Essas críticas ganham força, sobretudo, porque os critérios para a fixação da indenização dos danos morais não são uniformes, como deveriam, e alguns deles, até, são suscetíveis de questionamento.

A finalidade deste despretensioso artigo é justamente destacar a necessidade dessa uniformização de critérios. Neste sentido, aqui defender-se-á a inviabilidade de utilização do “critério punitivo”. Ou seja, nas linhas e capítulos que sucederão, procurar-se-á demonstrar que a indenização do dano moral não pode ser

5 Pertinentes as ponderações de J.J Calmon de Passos: “[...] como os danos materiais têm que ser cumpridamente provados, os danos morais, essa misteriosa ‘dor’ que se oculta no íntimo das pessoas, deve vir à luz com um mínimo de força de convencimentos”. In O imoral no dano moral. *Informativo Incijur*, n. 46, p. 5.

medida e fixada a partir da necessidade de prevenção e repressão ao ato, a título de reprimenda ou não, ou a partir da intensidade da culpa do agente responsável.

Mais do que dar uma resposta pronta, definitiva, o objetivo deste singelo artigo é o da “provocação”. Ou seja, colima-se, nas linhas adiante, apenas trazer ao debate a questão da suposta inviabilidade de utilização de tais critérios, com o que, tem-se em mente, contribuir, de modo singelo, para que no futuro próximo possa a matéria estar sedimentada em todas as suas nuances, de modo, quem sabe, a desencorajar a execrável “indústria do dano moral”. Isso porque parcela considerável das indenizações normalmente fixadas é obtida a partir dos chamados danos punitivos (*punitive damages*), o que, em tese, implicaria em um enriquecimento ilícito da vítima e incentivaria essa corrida desenfreada de demandas, muitas vezes, verdadeiras aventuras jurídicas, perante o já sobrecarregado sistema judiciário.

Por derradeiro, para fins deste trabalho e na esteira do entendimento perfilhado pela vanguarda do direito brasileiro, tem-se que o dano moral é aquele que atinge a pessoa em seus atributos (como o nome, a capacidade, o estado de família) e direitos personalíssimos (como a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, a intimidade, a imagem) e que, sem lesar o seu patrimônio, causa-lhe sofrimento intenso e duradouro⁶.

2. A indenizabilidade do dano moral e a inaplicabilidade da culpa como critério de sua valoração

Antes de adentrar ao objeto principal deste item, que é a refutação da utilização da culpa no arbitramento do dano moral, mostra-se conveniente uma breve revisão do instituto, a partir do Texto Maior e do novo Código Civil.

A Constituição Federal preconiza expressamente a indenizabilidade do dano moral no catálogo dos direitos fundamentais, em seu art. 5º, V e X, com a redação seguinte:

6 Conceito formulado a partir de: BERNARDO, W. *Dano moral: critérios de fixação de valor*, p. 77. GONÇALVES, C. *Comentários ao Código Civil*, vol. 11, p. 339-340.

“V — é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

“X — [...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Após a vigência do atual Texto Magno, novos Diplomas Legais vieram a ratificar a indenizabilidade do dano moral, inclusive a sua autonomia em relação aos chamados danos materiais, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VI e VII) e do novo Código Civil, que, em seu art. 186, dispõe:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, *ainda que exclusivamente moral*, comete ato ilícito” (grifou-se).

Contudo, o fundamento do instituto, ou seja, a base psicológica que serve à compreensão dos seus caracteres, pressupostos e finalidades, não se encontra contemplado nos citados dispositivos, como se poderia supor. Com efeito, desde o advento, em 1988, da atual Constituição Federal, inaugurou-se um modelo estatal fundado na dignidade da pessoa humana, conforme depreende-se claramente do seu art. 1º, inciso III. Isso implica que o ente estatal, desde então, existe em função de todas as pessoas e não estas em função daquele⁷. Assinale-se, outrossim, que o texto constitucional protege não a “dignidade humana,” mas, sim, a “dignidade da pessoa humana”. Assim o faz inspirada pelo pensamento kantiano que preceitua que a dignidade é um atributo de presença verificável apenas em relação à determinada pessoa individualmente considerada, e não a partir de um ideal ou de algo abstrato⁸. Trata-se de um espaço legal de exercício da própria identidade sem inibição da dos outros, de construção da realização plena e das potencialidades e projetos de cada um, seja individualmente ou em grupo⁹. A dignidade da

7 FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. *Princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 92.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 116.

9 ABADI, J. E.; MILEO, D. *Hecha la ley, hecha la trampa*, p. 37.

pessoa humana é, assim, o valor constitucional que agrega todos os direitos fundamentais sob o plano da realização da condição existencial humana¹⁰. Assim, em face de a tutela da dignidade da pessoa humana assumir o caráter de verdadeiro princípio constitucional, tem-se que o ordenamento jurídico deve ser dotado dos mecanismos necessários a coibir qualquer violação ao seu conteúdo. Portanto, em sentido amplo, tem-se que a indenização por dano moral não é um fim em si mesmo, mas meio de proteção à dignidade da pessoa humana¹¹. Em outros termos, *constitui-se o princípio da dignidade da pessoa humana no fundamento do instituto do dano moral*¹².

Essa perspectiva fundante da dignidade da pessoa humana irradia-se por todo o ordenamento, afetando inclusive a própria teoria da responsabilidade civil. Isso porque há uma forte tendência de privilegiar a recomposição do dano sofrido pela vítima em detrimento do próprio elemento culpa. Ou seja, seguindo-se o espírito da Constituição, cada vez mais se preocupa em não deixar nenhum dano injusto sem reparação, em proteger a pessoa da vítima, do que com o fato de não deixar impune o causador do dano. Segue em curso um verdadeiro processo de “objetivação da responsabilidade civil”¹³. Exemplo disso são os artigos 927, parágrafo único, 931, 933 e 936 do Código Civil. Em certas hipóteses, sequer se faz necessário o cometimento de algum “ato ilícito” para gerar a obrigação de reparação ao dano injustamente causado, como é o caso dos atos cometidos em estado de necessidade e daqueles previstos nos artigos 1.285 e 1.313, também do Código Civil.

A noção de responsabilidade civil implica no dever de reparar o dano causado a outrem, conforme a dicção do art. 927, *caput*, do Código Civil:

10 Formulado a partir de: AFONSO DA SILVA, J. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 109.

11 BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Idem*, p. 77.

12 Nesse sentido: BODIN DE MORAES, M. C. *O conceito de dignidade humana*, p. 145.

13 BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Idem*, p. 41 e 59.

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Portanto, no caso de um dano moral, tal qual ocorre em relação aos danos materiais, a pessoa que foi vítima de tal lesão faz jus à percepção de uma indenização¹⁴. A indenização no caso do dano moral apresenta nítido caráter compensatório, porquanto permite atenuar ou eliminar, por meio de quantia em dinheiro, a dor provocada pelo aspecto de sua dignidade que lhe foi violado pela ação danosa¹⁵. Conseqüência disso é que a indenização deve guardar estrita correspondência com a extensão do dano moral causado. Por isso, qualquer proposta de tabelamento afigura-se insustentável, uma vez que vulneraria o próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, ao prever um valor certo e padronizado para cada tipo de violação, se estaria descurando da proteção individualizada da dignidade, o que exige a medição da extensão do dano produzido, caso a caso. Isso ensinaria, por exemplo, a situação inaceitável de alguém, sabedor de antemão do valor que teria de arcar a título de dano moral, se encorajasse em humilhar, em injuriar, etc., ao assumir o “preço” das conseqüências. O art. 944 do Código Civil, em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, assim dispõe expressamente:

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Dessa maneira, dado o seu caráter compensatório, mostra-se estranho à avaliação do dano qualquer outro elemento que não se seja a sua extensão. Porém, a doutrina e a jurisprudência têm admitido, equivocadamente, o grau de culpa do agente para esse desiderato¹⁶. Parcela dos partidários dessa corrente sustenta tal entendimento no parágrafo único do aludido art. 944, que diz:

14 Nesse sentido: CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*, p. 42.

15 Nesse sentido: BERNARDO, W. *Idem*, p. 137; SILVA, A. *O dano moral e a sua reparação civil*, p. 43.

16 Não se trata aqui da “culpa” para fins de caracterização da responsabilidade civil, mas, sim, sua utilização também para se apurar o valor da indenização decorrente do ato.

“Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Todavia, é flagrantemente inconstitucional o parágrafo do referido artigo ao estabelecer uma vinculação entre o grau de culpa do causador e o valor por ele a ser indenizado. Isso porque se não bastasse a tendência de abandonar-se a culpa até como elemento da responsabilidade civil, tal contraria o chamado princípio da indenizabilidade irrestrita, insculpido nos incisos V e X do já citado art. 5º da Constituição Federal¹⁷. Tal diploma, que é de eficácia plena e imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da própria Lei Magna, dispõe que a reparação deve corresponder exatamente ao dano causado. Portanto, é totalmente vedado a uma lei hierarquicamente inferior, como ocorre no caso, pretender restringir o seu alcance¹⁸.

Aliás, tal linha de interpretação já foi utilizada para rechaçar a vigência do art. 52, da Lei de Imprensa, que limitava o valor da indenização por dano moral. A propósito, colaciona-se:

“Indenização — Lei de imprensa — Dano moral — Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima — Ato ilícito absoluto — Responsabilidade civil da empresa jornalística — Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da Lei n. 5.250/67 — Inadmissibilidade — Norma não recepcionada pelo ordenamento jurídico vigente — Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, *caput* e §§ 1º e 2º da CF de 1988. *Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor da indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República.* Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico

17 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Idem*, p. 522.

18 “[...] a regra que se impõe, para o legislador e o intérprete, é a de que somente serão consentâneos com a Lei Maior a norma e a exegese que consigam extrair do preceito constitucional a maior carga possível de eficácia e de efetividade. Qualquer lei e qualquer interpretação restritivas serão inquestionavelmente inconstitucionais”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em evolução*, p. 98 e 99.

vigente” (TJSP. Embargos Infringentes n. 219.954-1 — São Paulo — 2ª Câmara Civil — Rel. Cezar Peluso — 19-11-96 — M.V.) (grifou-se).

Além de inconstitucional, o grau de culpabilidade apresenta-se como um critério descompassado com a própria lógica, porquanto, ao mesmo tempo em que a culpa levíssima pode acarretar danos de grandes proporções, a culpa gravíssima pode gerar danos de pouquíssima monta. Sob o viés da vítima, o parágrafo único do art. 944 do Código Civil propicia-lhe uma situação insustentável de mero ressarcimento parcial conforme o agente tenha atuado com menos ou mais culpa. Sob o ângulo do ofensor, o contra-senso não parece ser diferente: quem teria agido com culpa leve poderia ter de pagar uma indenização reduzida ao passo que agiu sem culpa, no caso da responsabilidade civil objetiva, teria de indenizar integralmente¹⁹. Por isso é que Bernardo atribui a existência do parágrafo único do art. 944 em um “descuido sistemático” derivado das três décadas de hibernação do Projeto do novo Código Civil, que permitiu a inclusão de acentuado número de emendas, muitas delas destoantes do espírito original²⁰.

A única viabilidade de utilização da culpa, como elemento da indenização seria no caso da fixação dos danos a título de punição ou danos punitivos. Todavia, como se examinará no capítulo seguinte, a sua admissibilidade é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

3. O critério punitivo não pode ser utilizado na fixação da indenização decorrente de dano moral

A valoração do dano moral é obtida, em nosso ordenamento, pelo arbitramento judicial. A par do amplo raio de discricionariedade que proporciona, é ainda o melhor método, pois possibilita a medição mais precisa da repercussão do dano. Afinal, ninguém mais do que o juiz tem a possibilidade, em cada caso concreto, de manter contato direto com a vítima, com os fatos, e,

19 BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Idem*, p. 172.

20 *Idem*.

enfim, de inteirar-se, com uma proximidade privilegiada, de todas as suas circunstâncias e peculiaridades.

Como verificado no capítulo anterior, a indenização por dano moral apresenta nítido caráter compensatório. Contudo, muitos defendem que a valoração do dano moral seja pautada pela punição do agente causador do dano injusto. Para tanto, se valem do instituto norte-americano dos danos punitivos (*punitive damages*) que, por sua vez, se baseia na “teoria do valor do desestímulo”, por força da qual, na fixação, da indenização pelos danos morais sofridos, deve o juiz estabelecer um *quantum* capaz de impedir e dissuadir práticas semelhantes, assumindo forma de verdadeira punição criminal no âmbito cível²¹. Em outros termos, além da fixação necessária à reparação do dano, agrega-se um valor à indenização de modo a penalizar o ofensor de forma proporcional à sua culpa e a desestimular a reprodução de atitudes semelhantes²².

A importação de tal instituto é totalmente equivocada em face das profundas diferenças entre o sistema de responsabilidade civil norte-americano e o brasileiro. De maneira inversa ao norte-americano, o sistema brasileiro centra-se na supremacia do direito legislado, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Constituição Federal, art. 5º, II)²³. Os danos punitivos do direito norte-americano distinguem-se totalmente dos danos materiais e morais sofridos. Os *punitive damages* (também conhecidos como *exemplary damages* ou *vindictive damages*) não são estipulados com o fim de promover o ressarcimento de um dano. Este cabe aos chamados danos compensatórios que, nos Estados Unidos, englobam os chamados “danos econômicos” e os “danos não econômicos”, que no Brasil têm como correspondentes, respectivamente, os danos materiais e os danos morais. Segundo a definição do Dicionário Jurídico Black’s Law Dictionary tem-se que os danos punitivos ou exemplares são aqueles que:

21 MANENTE, Luiz V. P.; BARBUTO NETO, Antônio M. *Indenizações milionárias: O caráter punitivo da indenização por dano moral*.

22 GODOY, Arnaldo. *Direito nos Estados Unidos*, p. 164.

23 BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Idem*, p. 364.

“[...] referem-se a uma indenização em escala elevada, concedida ao Autor em patamar superior ao valor necessário para compensá-lo pela perda patrimonial. Destinam-se a punir o Réu por sua conduta perniciosa ou para servir de exemplo, razão pela qual são também denominados danos ‘punitivos’ ou ‘vingativos’. Ao contrário dos danos compensatórios ou atuais, os danos punitivos ou exemplares alicerçam-se em uma consideração de política pública totalmente diferente: a de punir o Réu ou servir de exemplo para condutas similares. É concedida (indenização a título de danos punitivos) como um adicional à verba relativa aos danos compensatórios devido à conduta cruel, imprudente, maliciosa ou opressiva”²⁴.

Conforme ponderado no capítulo antecedente, a Constituição Federal ao preconizar o direito à “indenização” pelos danos morais resultantes em seu art. 5º, V e X, adstringiu-se à noção de compensação, segundo os ditames do tradicional instituto da responsabilidade civil. Não ressalva, em nenhum momento, *plus* indenizatório com vistas à punição ou ao desestímulo, como ocorre nos Estados Unidos. Portanto, tomando-se o tratamento dado ao instituto do dano moral em nível constitucional, constata-se que inexistente permissivo para a adoção dos danos punitivos no topo do nosso ordenamento. Aliás, não o há em nenhum ponto do ordenamento brasileiro. Em face da sua índole punitiva, por força do princípio da reserva legal, seria condição *sine qua non* para a sua admissão em solo brasileiro a edição de legislação específica prevendo os *punitive damages*. Como não há norma a respeito, é vedada a utilização de tal instituto²⁵.

Há outros motivos que evidenciam a inviabilidade dos danos punitivos no direito brasileiro. O primeiro deles é que os *punitive damages*, tal qual vem ocorrendo nos Estados Unidos, fomentam sobremaneira a indústria do dano moral ao ensejar a fixação de indenizações milionárias e aleatórias. Isso porque, perdendo-se a referência da extensão do dano causado, a subjetividade do

24 Verbetes: “*Exemplary or punitive damages*” Apud MANENTE, L.; BARBUTO NETO, A., *Idem*.

25 BERNARDO, W. *Idem*, p. 365.

julgador não encontraria limites para atribuir, com segurança ou um grau mínimo de determinabilidade, o *quantum* a título de punição ou exemplo²⁶.

O segundo problema refere-se ao *bis in idem*. Isso poderia ocorrer nas hipóteses em que ao mesmo autor, em relação ao mesmo fato, fosse ele condenado ao pagamento de pena criminal pecuniária e também, na esfera cível, ao pagamento dos danos morais punitivos²⁷.

O terceiro desdobramento negativo ocorreria nas hipóteses de indenização por ato de outrem, em que o responsável não é o causador do dano. Nessas, contrariamente ao que preceitua em nosso ordenamento, a penalidade passaria da própria pessoa do agente²⁸.

O quarto aspecto em desfavor dos danos punitivos é o fato de propiciar o enriquecimento ilícito da vítima, uma vez que estaria recebendo um valor que extrapola o dano causado. Além disso se beneficiaria de uma penalidade a título de desestímulo de interesse de todo o agrupamento social e não somente dela²⁹.

Finalmente, a admissão dos danos punitivos estaria a subverter o eixo central da constituição e, por conseguinte, de toda a ordem jurídica brasileira ao conferir à proteção da dignidade da pessoa humana um sentido essencialmente mercantil³⁰.

Portanto, a indenizabilidade do dano moral só pode revestir-se do caráter compensatório. É somente a “extensão do dano” que deve lastrear o decreto condenatório correspondente. Para tanto, na medida dessa extensão do dano moral, deve ser considerada a sua duração (passageira ou longa), o seu âmbito (pessoal, familiar, social) e as condições pessoais da vítima (ativa-

26 Nesse sentido MANENTE, L.; BARBUTO NETO, A. *Idem*; BERNARDO, W. *Idem*, p. 176.

27 *Idem*.

28 Nesse sentido BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Idem, ibidem*.

29 Nesse sentido MANENTE, L.; BARBUTO NETO, A. *Idem*; BERNARDO, W. *Idem*, p. 177.

30 BERNARDO, W. *Idem, ibidem*.

des, gostos, idade, limitações físicas e mentais, etc.)³¹. A sentença, outrossim, deverá fundamentar adequadamente todo o percurso de fixação da indenização, tanto apontando os seus elementos determinantes como identificando os segmentos probatórios em que se apóia³². Trata-se de uma condicionante determinada pelo princípio do contraditório e pelo princípio da motivação das decisões judiciais.

Por fim, nos termos alinhados anteriormente, tem-se que é vedada a punição como critério de fixação da indenização por dano moral. No entanto, por via reflexa, é possível a verificação de tal caráter³³. Isso porque, uma vez condenado o autor do fato a reparar o dano moral produzido contra a vítima, é natural que tal decisão acabe servindo, de certo modo, como uma punição ao causador (em face da redução do seu patrimônio), e também como exemplo, de modo a desencorajar a prática de condutas semelhantes. O que se refuta, giza-se mais uma vez, é a utilização da punição como critério de arbitramento judicial da indenização por dano moral.

4. Considerações finais

Ao término deste artigo pontuamos como relevantes os seguintes aspectos em relação ao dano moral e sua indenizabilidade:

a) A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional que agrega todos os direitos fundamentais sob o plano da realização da condição existencial humana.

b) Dano moral é aquele que atinge a pessoa em seus atributos (como o nome, a capacidade, o estado de família) e direitos personalíssimos (como a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, a intimidade, a imagem) e, que sem lesar o seu patrimônio, causa-lhe sofrimento intenso e duradouro.

31 BERNARDO, W.. *Idem*, p. 197-198.

32 MACHADO, Jânio de Souza. *O dano moral pela violação ao direito à privacidade – O Mercosul e os direitos humanos*, p. 110.

33 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Idem*, p. 359.

c) O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana constitui-se no fundamento do instituto do dano moral e de sua correspondente indenizabilidade.

d) A chamada “Indústria do dano moral” é um fenômeno que deve ser combatido por todos os operadores jurídicos, pois distorce e banaliza o instituto, propicia a desagregação social e sobrecarrega desnecessariamente o sistema judiciário.

e) A indenização decorrente de dano moral reveste-se de caráter compensatório e, por isso, deve corresponder à exata extensão da violação ao aspecto da dignidade da vítima afetado.

f) O grau de culpa do agente não pode ser utilizado como critério de fixação da indenização porque se trata de elemento estranho à extensão do dano moral produzido.

g) Os danos punitivos (*punitive damages*), instituto oriundo do sistema norte-americano, distinto do nosso, não estão legalmente previstos no ordenamento brasileiro e, por isso, é inviável juridicamente a sua admissão.

h) A punição do responsável para fins de prevenção e repressão a determinado ato praticado não pode servir de critério para o arbitramento judicial da indenização, uma vez que, além da falta de lei específica, trata-se de elemento estranho à extensão do dano moral produzido.

i) A utilização equivocada do critério punitivo para fins de fixação da valoração do dano moral, se admitido em nosso direito, fomentaria “a indústria do dano moral”, propiciaria eventualmente um *bis in idem* em relação à pena criminal pecuniária, permitiria que uma pena passasse da pessoa do agente, ensejaria o enriquecimento ilícito da vítima e subverteria a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana a um caráter meramente mercantilista.

j) O arbitramento judicial da indenização por dano moral, além de minuciosamente fundamentado, deve considerar, ao medir a sua extensão, as condições pessoais da vítima, bem como a duração e o âmbito do fato.

5. Referências bibliográficas

- ABADI, José Eduardo; MILEO, Diego. Hecha la ley, hecha la trampa — Transgredir las propias reglas: una adicción argentina. Buenos Aires: Sudamericana, 2004. 139 p.
- AFONSO DA SILVA, José. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. 878 p.
- BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Dano moral: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 205 p.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 105-147. *In* Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 357 p.
- CAHALI, Yussef Said. Dano moral, 2. ed., 2ª tir. São Paulo: RT, 1980. 720 p.
- CALMON DE PASSOS, J. J. O imoral no dano moral. p. 1-6. Joinville: Informativo INCIJUR, n. 46, maio/2003.
- GODOY, Arnaldo. Direito nos Estados Unidos. Barueri (SP): Manole, 2004. 266 p.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das obrigações, v. 11 (arts. 927 a 965). Antônio Junqueira de Azevedo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. 587 p.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. 510 p.
- FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1999. 119 p.
- MACHADO, Jânio de Souza. O dano moral pela violação ao direito à privacidade – O Mercosul e os direitos humanos. Ijuí(RS): Unijuí, 2003. 182 p.
- MANENTE, Luiz V. P; BARBUTO NETO, Antônio M. Indenizações milionárias: O caráter punitivo da indenização por dano moral. Revista Consultor Jurídico, 6 de julho de 2002. Disponível em <http://www.intelligentiajuridica.com.br/propostas/proposta17.html>. Acesso em 14-8-2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 453 p.

SILVA, Américo L. Martins da. O dano moral e a sua reparação civil. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. 444 p.

Revistas:

Revista **Consultor Jurídico**. Os tribunais do povo. Cidadãos inundam a Justiça com processos por dano moral. Edição eletrônica, de 21 de julho de 2002. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/27927,1>, acesso em 14-8-2005.

Revista **Veja**. Prejudicou, pagou. Processos por danos morais são cada vez mais freqüentes nos tribunais brasileiros, ed. 1919, ano 38, n. 34, de 24-8-2005. São Paulo: Abril, 2005.

NOTICIÁRIO

**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			Aposentadoria			Comarca/Lotacao/Vara
		A	M	D	A	M	D	
1	Dionizio Jenczak	25	5	10	43	7	3	Capital - E. E. - 07. Jd. Subst. de 2º Grau
2	Rejane Andersen	25	1	27	29	5	16	Capital - E. E. - 06. Juiz Especial
3	Jose Clésio Machado	24	0	2	38	7	27	Biguaçu - E. Int. - 1a. Vara
4	Jaime Luiz Vicari	23	3	21	41	4	27	Capital - E.E. - 4a. Vara Cível
5	Hilton Cunha Júnior	23	3	21	37	9	8	Capital - E. E.- 4ª Vara Criminal
6	Rodrigo Antonio da Cunha	23	3	21	33	11	13	Capital - E. E.- 6ª Vara Cível
7	Jaime Ramos	23	0	8	36	4	8	Capital -E. E.- 01. Jd. Subst. de 2º Grau
8	Jaime Pedro Bunn	23	0	8	36	0	23	Biguaçu - E. Int.- 2ª Vara
9	Sergio Izidoro Heil	23	0	8	39	9	7	Capital - E. E.- 08. Jd. Subst. de 2º Grau
10	Newton Janke	23	0	8	37	4	23	Capital - E. E.- 04. Jd. Subst. de 2º Grau
11	Artur Jenichen Filho	23	0	8	36	9	27	Bal.Cam.- E. Int. - V. Fam. Órf., Inf. e Juv.
12	Alexandre D'ivanenko	23	0	8	35	11	7	Capital - E. E. - V. Execuções 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. Schaefer Martins	23	0	8	28	10	19	Capital - E. E. - 03. Jd. Subst. de 2º Grau
16	Osíris do Canto Machado	22	5	19	37	6	26	São José - E. Int. - Vara do Juiz. Esp. Civ.
17	Laérte Roque Silva	22	3	11	33	4	11	Urubici - E. Inic. - Vara Única
18	Lédio Rosa de Andrade	22	3	11	28	0	20	Tubarão - E. F. - 2ª Vara Cível
19	Jânio de Souza Machado	21	8	10	32	9	21	Capital - E. E. - 12. Jd. Subst. de 2º Grau
20	Janice Goulart G. Ubiali	21	8	10	27	0	15	Criciúma - E. F. - 2ª Vara Criminal
21	Marisa Cardoso de Medeiros	21	8	10	25	3	9	Bal. Camboriú - E. Int. - 1ª Vara Cível
22	José Carlos Carstens Köhler	21	8	10	26	1	2	Capital - E. E. - 06. Jd. Subst. de 2º Grau

Nome	CARREIRA			APOSENTADORIA			Comarca/Lotação/Vara
	A	M	D	A	M	D	
23 Manuel Cardoso Green	20	0	4	37	8	0	Rio do Sul - E. F. - 2ª Vara Cível
24 Victor José Sebem Ferreira	20	0	4	35	5	3	Capital - E. E. - 05. Jd. Subst. de 2º Grau
25 Rogério M. do Nascimento	20	0	4	31	9	19	Criciúma - E. F. - 3ª Vara Cível
26 Joel Dias Figueira Júnior	20	0	4	28	7	3	Joinville - E. F. - 2ª Vara Cível
27 Maria do R. L. Santa Ritta	20	0	4	24	6	5	Capital - E. E. - 02. Jd. Subst. de 2º Grau
28 Soraya N. Lins Bianchini	20	0	4	22	4	3	Capital - E. E. - 2ª V. Fam. Órf. e Suc.
29 Samir Oseas Saad	19	1	12	44	0	13	Capital - E. E. - 2ª Vara Criminal
30 José Agenor de Aragão	19	1	12	36	1	2	Itajaí - E. F. - 3ª Vara Cível
31 Paulo Roberto Sartorato	19	1	12	37	11	25	Capital - E. E. - Foro do Cont.Vara da Fam.
32 Vera Regina Bedin	19	1	5	24	10	26	Itapema - E. Inic. - Vara Única
33 Sônia Maria Schmitz	17	7	16	37	10	14	Capital - E. E. - 09. Jd. Subst. de 2º Grau
34 Luiz Fernando Boller	17	7	16	36	2	7	Tubarão - E. F. - Vara do Juizado Esp. Cível
35 Vitoraldo Bridi	17	7	16	35	5	1	Blumenau - E. F. Vara do Juizado Esp. Cível
36 Cláudio Valdyr Helfenstein	17	7	16	33	0	14	Brusque - E. F. - 2ª Vara Cível
37 Júlio César Knoll	17	7	16	32	10	2	Tubarão - E. F. - V. F. Públ., E. Fis., Ac. Trab. e Reg. Publ.
38 Ariovaldo R. R. da Silva	17	7	16	32	6	7	Lages - E. F. - 3ª Vara Criminal
39 Jairo Fernandes Gonçalves	17	7	16	31	3	10	Tubarão - E. F. - 1ª Vara Cível
40 Ricardo Jose Roesler	17	7	16	31	3	8	Joinville - E. F. - 4ª Vara Cível
41 Fernando de M. Ritter	17	7	16	30	3	26	Içara - E. Inic. - Vara Única
42 Ronaldo M. M. da Silva	17	7	16	28	5	20	Capital - E. E. - 11. Jd. Subst. de 2º Grau
43 Paulo R. Camargo Costa	16	9	20	37	5	18	Capital - E. E. - 1ª Vara Criminal
44 Luiz Zanelato	16	9	20	38	5	24	Joinville - E.F.- Vara da Fam. e Órf.
45 Nelson Maia Peixoto	16	9	20	36	1	23	Capital - E. E. - 08. Juiz Especial
46 Maria T. M. de Oliveira	16	9	20	23	10	2	Capital - E. E. - 03. Juiz Especial
47 Luiz H. M. Portelinha	16	9	20	24	11	6	Capital - E. E. - 02. Juiz Especial
48 Jose Inácio Schaefer	16	4	26	36	1	21	Capital - E. E. - F. do Continente - Vara Cível
49 Carlos Alberto Civinski	16	4	26	34	3	25	Brusque - E. F. - 1ª Vara Cível

Nome	CARREIRA			APOSENTADORIA			Comarca/Lotação/Vara
	A	M	D	A	M	D	
50 Maria da C. dos S. M. de Souza	16	4	26	28	0	18	São José - E. Int. - V. da Inf. e Juv. e Anexos
51 Túlio Jose Moura Pinheiro	16	4	26	30	8	9	Capital - E. E. - 10. Jd. Subst. de 2º Grau
52 Rodolfo Cezar R. da Silva	16	4	26	30	1	26	Itajaí - E. F. - V. F. Públ., E. Fisc., Acid. Trab. e Reg. Públ.
53 Henry Goy Petry Júnior	16	4	26	26	1	15	Capital - E. E. - Foro do Norte da Ilha
54 Denise de S. L. Francoski	16	4	26	21	11	0	São José - E. Int. - 2ª Vara Cível
55 Denise Volpato	16	4	26	21	9	20	Capital - E. E. - 2ª Vara Cível
56 Roberto Lucas Pacheco	16	4	26	24	0	28	Capital - E. E. - V. Rog. Precat., Fal. e Conc.
57 Edemar Gruber	15	7	18	40	5	10	Joaçaba - E. F. - 1ª Vara
58 Jose Everaldo Silva	15	7	18	34	9	25	Lages - E. F. - 2ª Vara Criminal
59 Renato Müller Bratti	15	7	18	34	9	7	Laguna - E. Int. - 2ª Vara
60 Hildemar M. de Carvalho	15	7	18	29	7	24	São Fco. do Sul - E. Int. - 1ª Vara
61 Margareti Moser	15	7	18	24	7	13	Itajaí - E. F. - V. da Fam., Órf., Inf. e Juv.
62 Ana L. B. M. V. L. Carneiro	15	7	18	24	6	13	Criciúma - E. F. - V. da Fam., Órf., Inf. e Juv.
63 Altamiro de Oliveira	15	7	18	26	3	15	Lages - E. F. - Primeiro Juiz Especial
64 Rodrigo T. de C. Collaço	15	7	18	25	1	14	Capital - E. E. - Foro do Cont. - Vara Crim.
65 Alaíde Maria Nolli	15	7	18	22	0	28	Bal. Camboriú - E. Int. - V. do Juizado Esp. Cív.
66 Newton Varella Júnior	15	7	18	24	0	8	Capital - E. E. - 05. Juiz Especial
67 Carlos Adilson Silva	15	7	18	23	0	3	Joinville - E. F. - V. F. Públ., E. Fisc., Acid. Trab.
68 Odson Cardoso Filho	15	7	18	21	5	23	Capital - E. E. - 2ª Vara da Faz. Publ.
69 Robson Luz Varella	15	7	18	21	2	12	Capital - E. E. - 3ª Vara Cível
70 Hélio D. V. F. dos Santos	14	11	18	29	3	17	Jaraguá do Sul - E. Int. - V. Crim. e da Inf. e Juv.
71 Stanley da Silva Braga	14	6	20	40	1	27	Lages - E. F. - 3ª Vara Cível
72 Ademir Wolff	14	6	20	40	1	19	Joaçaba - E. F. - 2ª Vara
73 Saul Steil	14	6	20	32	1	4	Capital - E. E. - 5ª Vara Cível
74 Luiz Cláudio Broering	14	6	20	26	7	3	Rio do Sul - E. F. - 1ª Vara Cível
75 Domingos Paludo	14	6	20	23	9	2	Capital - E. E. - 1ª Vara da Faz. Publ.

Nome	CARREIRA			APOSENTADORIA			Comarca/Lotação/Vara
	A	M	D	A	M	D	
76 Volnei Celso Tomazini	14	6	20	23	1	20	Capital - E. E. - F. do Cont. - V. Juizado Esp. Cív.
77 Paulo H. M. M. da Silva	14	6	20	20	0	25	Capital - E. E. - 1ª Vara Cível
78 Cinthia B. da S. Bittencourt	14	6	20	17	10	29	Rio do Sul - E. F. - Vara Crim. e da Inf. e Juv.
79 Osvaldo Alves do Amaral	13	8	25	31	1	10	Porto União - E. Int. - 1ª Vara
80 Gilberto Gomes de Oliveira	13	8	25	30	10	13	Itajaí - E. F. - 2ª Vara Cível
81 Leopoldo A. Brüggemann	13	8	25	29	7	7	Capital - E. E. - 3ª Vara Criminal
82 Márcio Renê Rocha	13	8	25	25	4	29	Jaraguá do Sul - E. Int. - 1ª Vara Cível
83 Gabriela G. M. Coral	13	8	25	20	4	8	Criciúma - E. F. - 2ª Vara Cível
84 Cláudia Lambert de Faria	13	8	25	16	10	0	Capital - E. E. - 1ª V. Fam., Órf. e Suc.
85 Jorge Luís Costa Beber	13	8	22	23	6	29	Blumenau - E. F. - 2ª Vara Cível
86 Rosane Portella Wolff	13	8	22	17	10	22	Chapecó - E. F. - 3ª Vara Cível
87 Mário Bianchini Filho	13	8	18	30	0	10	Bom Retiro - E. Inic. - Vara Única
88 Elton Vitor Zuquelo	13	8	15	28	3	20	Curitibanos - E. F. - 2ª Vara Cível
89 Maria T. V. da Costa Silva	13	8	7	25	10	20	Blumenau - E. F. - V. F. Pub., E. Fisc., Acid. Trab. e Reg. Publ.
90 Tania Regina Vieira Luiz	12	9	8	18	3	7	Taió - E. Inic. - Vara Única
91 Osmar Tomazoni	12	9	8	36	1	23	São Fco. do Sul - E. Int. - 2ª Vara
92 Ermínio Amarildo Darold	12	9	8	29	3	28	Chapecó - E. F. - V. da Fam., Órf., Inf. e Juv.
93 Rubens Schulz	12	9	8	22	1	10	Blumenau - E. F. - 3ª Vara Cível
94 Guilherme Nunes Born	12	5	18	23	10	28	Criciúma - E. F. - V. do Juizado Esp. Cív.
95 Jaime Machado Júnior	12	5	17	21	8	0	Lages - E. F. - Vara do Juizado Esp. Cív.
96 Eduardo M. Gallo Júnior	12	5	16	19	9	24	Itajaí - E. F. - Vara do Juizado Esp. Cív.
97 Francisco J. R. de O. Neto	12	5	15	20	6	16	Capital - E. E. - V. da Infância e Juv.
98 Hélio do Valle Pereira	12	5	14	15	2	8	Capital - E. E. - 07. Juiz Especial
99 Maurício Fabiano Mortari	12	5	13	27	11	24	Laguna - E. Int. - 1ª Vara
100 Ana Paula Amaro da Silveira	12	5	12	12	5	12	Gaspar - E. Inic. - 1ª Vara
101 Edison Zimmer	12	5	11	31	3	5	Ituporanga - E. Inic. - Vara Única
102 Gerson Cherem Ii	12	5	10	26	7	18	Capital - E. E. - 01. Juiz Especial

Nome	CARREIRA			APOSENTADORIA			Comarca/Lotação/Vara
	A	M	D	A	M	D	
103 Haidee Denise Grin	12	5	9	21	0	23	São José - E. Int. - V. F. Públ., E. Fisc., Acid. Trab.
104 Wilson Fontana	12	5	8	20	1	29	Tijucas - E. Int. - Vara Única
105 Silvio Dagoberto Orsatto	12	5	7	26	8	18	Lages - E. F. - V. F. Públ., E. Fisc., Acid. Trab.
106 Luiz Neri Oliveira de Souza	12	5	6	28	3	18	Lages - E. F. - 1ª Vara Criminal
107 Eron Pinter Pizzolatti	12	5	4	24	5	26	Braço do Norte - E. Inic. - Vara Única
108 Edson Luiz de Oliveira	12	0	4	31	2	7	Barra Velha - E. Inic. - Vara Única
109 Luiz César Schweitzer	12	0	3	26	4	9	São José - E. Int. - Vara da Família
110 Dinart Francisco Machado	12	0	2	16	11	27	Capital - E. E. - 04. Juiz Especial
111 Julio César M. F. de Melo	12	0	0	24	3	27	Araranguá - E. Int. - Vara Crim. e da Inf. e Juv.
112 Luiz Felipe Siegert Schuch	11	11	29	20	8	11	Blumenau - E. F. - 2ª Vara Criminal
113 Romano Jose Enzweiler	11	11	28	31	1	26	S. João Batista - E. Inic. - Vara Única
114 Gilmar Nicolau Lang	11	11	27	34	5	10	Itaiópolis - E. Inic. - Vara Única
115 Edemar Leopoldo Schlosser	11	11	26	35	6	24	Brusque - E. F. - Vara Criminal e da Inf. e Juv.
116 Álvaro Luiz P. de Andrade	11	5	19	15	7	14	Blumenau - E. F. - Vara da Infância e Juv.
117 Cláudia Ines Maestri Meyer	11	5	19	18	1	14	Blumenau - E. F. - Vara da Fam. e Órf.
118 Ronaldo Denardi	11	5	19	19	1	10	S. Joaquim - E. Int. - 1ª Vara
119 Paulo Ricardo Bruschi	11	5	19	28	7	0	Tubarão - E. F. - 3ª Vara Cível
120 Osvaldo Joao Ranzi	11	5	19	41	10	17	Itajaí - E. F. - 1ª Vara Cível
121 Sônia Maria M. Moroso	11	5	19	18	9	20	Bal. Camb. - E. Int. - V. F. Públ., E. Fisc., Acid. Trab e Reg. Públ.
122 Sérgio Ramos	11	5	19	23	6	4	São José - E. Int. - Vara Criminal
123 Luiz A. Zanini Fornerolli	11	5	19	25	8	18	Palhoça - E. Int. - 1ª Vara
124 Iraci Satomi K. Schiocchet	11	5	19	19	3	25	Pomerode - E. Inic. - Vara Única
125 Selso de Oliveira	11	5	19	25	6	10	Chapecó - E. F. - V. F. Públ., E. Fisc., Acid. Trab.
126 José Carlos B. dos Santos	11	5	19	35	2	2	Itajaí - E. F. - 1ª Vara Criminal

Nome	CARREIRA			APOSENTADORIA			Comarca/Lotação/Vara
	A	M	D	A	M	D	
127 Alexandre Dittrich Buhr	11	5	19	23	9	0	Capinzal - E. Inic. - Vara Única
128 Carlos Roberto da Silva	11	5	19	14	7	9	Blumenau - E. F. - 1ª Vara Criminal
129 Ana Vera S. Truccolo	11	5	19	17	8	18	Piçarras - E. Inic. - Vara Única
130 Roberto Lepper	11	5	19	20	5	13	Timbó - E. Int. - 1ª Vara
131 Roberto Ramos Alvim	11	5	19	28	9	29	Lages - E. F. - Vara da Fam., Órf. Inf. e Juv.
132 Bettina M. M. de Moura	11	5	19	15	9	3	Chapecó - E. F. - 1ª Vara Cível
133 Antonio Zoldan da Veiga	11	5	19	15	11	24	Joinville - E. F. - Vara do Juiz. Esp. Cível
134 Flávio Andre Paz de Brum	10	5	23	21	5	11	Lages - E. F. - 1ª Vara Cível
135 Ricardo M. de Andrade	10	5	22	29	6	17	Urussanga - E. Inic. - Vara Única
136 Edir Josias Silveira Beck	10	5	21	16	3	17	Chapecó - E.F.- 2a.Vara Cível
137 Osmar Mohr	10	5	20	22	1	28	Tubarão - E. F. - Vara Criminal
138 Otávio José Minatto	10	5	19	27	7	7	Joinville - E. F. - 1ª Vara Cível
139 João Marcos Buch	10	5	18	15	4	9	Joinville - E. F. - 2ª Vara Criminal
140 João A. Dobrowolski Neto	10	5	16	16	2	2	Joinville - E. F. - 3ª Vara Criminal
141 Maria Paula Kern	10	5	15	14	10	4	Joinville - E. F. - 3ª Vara Cível
142 Ana Karina A. Anzanello	10	5	14	15	0	28	Concórdia - E. F. - Vara Crim. e da Inf. e Juv.
143 Gilmar Antônio Conte	10	5	13	24	2	26	Bal. Camboriú - E. Int. - 2ª Vara Criminal
144 Yhon Tostes	10	5	12	18	9	2	Joinville - E. F. - 2ª Vara da Fam. e Órf.
145 Renato Maurício Basso	10	5	11	28	0	9	Xaxim - E. Inic. - Vara Única
146 Eliza Maria Strapazzon	10	5	10	23	2	23	Criciúma - E. F. - V. Fazenda
147 Pedro Walicoski Carvalho	10	5	9	28	3	3	Sto. A. da Imperatriz - E. Inic. - Vara Única
148 Roberto Marius Fávero	10	5	8	27	11	9	Turvo - E. Inic. - Vara Única
149 Márcio Rocha Cardoso	9	10	22	14	6	18	Chapecó - E. F. - Vara do Juizado Esp. Cível
150 Renato Luiz C. Roberge	9	10	21	15	3	25	Joinville - E.F. - 1ª Vara Criminal
151 Stephan Klaus Radloff	9	10	20	16	6	29	Curitibanos - E. F. - 1ª Vara Cível
152 Roque Cerutti	9	10	19	21	1	5	Bal. Camboriú - E. Int. - 1ª Vara Criminal
153 Adriana Mendes Bertoncini	9	9	9	10	5	6	Navegantes - E. Inic. - Vara Única

Nome	CARREIRA			APOSENTADORIA			Comarca/Lotação/Vara
	A	M	D	A	M	D	
154 Brigitte R. de Souza May	9	9	8	18	3	5	Tubarão - E. F. - Vara da Fam., Órf., Inf. e Juv.
155 Cleusa Maria Cardoso	9	9	7	12	11	1	Indaial - E. Int. - 1ª Vara
156 Antônio C. J. dos Santos	9	9	6	19	10	1	Lages - E. F. - 2ª Vara Cível
157 Leila Mara da Silva	9	9	5	14	10	27	Videira - E. Int. - 1ª Vara
158 Andrea Cristina R. Studer	9	7	28	12	5	2	São José - E. Int. - 1ª Vara Cível
159 Adilor Danieli	9	7	27	25	1	16	Bal. Camboriú - E. Int. - 2ª Vara Cível
160 Geraldo Corrêa Bastos	9	3	10	28	11	2	Curitibanos - E. F. - Vara Crim. e da Inf. e Juv.
161 Vânia P. Ramos de Mello	8	1	23	10	2	18	Criciúma - E. F. - 1ª Vara Cível
162 Emanuel S. do A. e Silva	8	1	23	9	2	2	Blumenau - E. F. - 4ª Vara Cível
163 Lilian Telles de Sá Vieira	8	1	23	13	11	22	Imaruí - E. Inic. - Vara Única
164 Maurício C. Póvoas	8	1	23	11	2	2	Concórdia - E. F. - 1ª Vara Cível
165 Edson Marcos de Mendonça	8	1	23	8	6	3	Timbó - E. Int. - 2ª Vara
166 Cássio José L. Angulski	8	1	23	8	6	3	Gaspar - E. Inic. - 2ª Vara
167 Augusto César Allet Aguiar	8	1	23	16	11	11	Orleans - E. Inic. - Vara Única
168 Joarez Rusch	8	1	23	9	2	11	S. Joaquim - E. Int. - 2ª Vara
169 Quitéria T. Vieira Peres	7	0	3	13	0	26	Jaraguá do Sul - E. Int. - 2ª Vara Cível
170 Dayse Herget de Oliveira	7	0	3	18	2	18	Canoinhas - E. Int. - 1ª Vara
171 Daniela Vieira Soares	7	0	3	7	0	3	Ibirama - E. Inic. - 2ª Vara
172 Pedro Aujor Furtado Júnior	7	0	3	12	8	29	Araranguá - E. Int. - 2ª Vara Cível
173 Maira Salete Meneghetti	7	0	3	9	10	17	Xanxerê - E. Int. - 2ª Vara
174 Edenildo da Silva	7	0	3	25	1	19	Mafra - E. Int. - 2ª Vara
175 Jaber Farah Filho	7	0	3	16	0	18	Blumenau - E. F. - 1ª Vara Cível
176 Denise Nadir Enke	7	0	3	9	5	27	Garuva - E. Inic. - Vara Única
177 Sérgio Luiz Junkes	7	0	3	7	1	26	Concórdia - E. F. - 2ª Vara Cível
178 Rubens Sergio Salfer	7	0	3	7	1	26	Criciúma - E. F. - 1ª Vara Criminal
179 Davidson Jahn Mello	7	0	3	24	10	24	São Bento Do Sul - E. Int. - 1ª Vara
180 Cláudio E. R. de F. e Silva	7	0	3	7	1	26	Caçador - E. Int. - 2ª Vara
181 Ubaldo Ricardo da S. Neto	7	0	3	13	1	23	Porto União - E. Int. - 2ª Vara
182 Alexandre Moraes da Rosa	6	10	20	10	0	25	Joinville - E. F. - Vara da Inf. e Juv.
183 Leandro Passig Mendes	6	10	20	10	3	25	Canoinhas - E. Int. - 2ª Vara
184 Leone Carlos Martins Júnior	6	10	20	10	7	18	Campos Novos - E. Int. - 1ª Vara
185 Adriana Lisboa	6	10	20	9	4	8	Campos Novos - E. Int. - 2ª Vara

Nome	CARREIRA			APOSENTADORIA			Comarca/Lotação/Vara
	A	M	D	A	M	D	
186 Karen Francis Schubert	6	10	20	6	10	20	Guaramirim - E. Inic. - Vara Única
187 Giancarlo Bremer Nones	6	10	20	10	2	6	Xanxerê - E. Int. - 1ª Vara
188 Eliane Alfredo Cardoso Luiz	6	10	20	11	3	9	Garopaba - E. Inic. - Vara Única
189 Simone Boing Guimarães	6	10	20	8	10	1	Armazém - E. Inic. - Vara Única
190 Paulo R. Fróes Toniazzi	6	10	20	30	10	11	Camboriú - E. Inic. - Vara Única
191 Luis Francisco D. Miranda	6	10	20	11	7	19	Mafra - E. Int. - 1ª Vara
192 Décio Menna B. de A. Filho	6	10	20	7	0	6	Itapoá - E. Inic. - Vara Única
193 Antonio A. Bággio e Ubaldo	6	10	20	7	6	15	Chapecó - E. F. - 1ª Vara Criminal
194 Ana Cristina Borba Alves	6	10	20	16	10	28	Capivari de Baixo - E. Inic. - V. Única
195 Vilmar Cardozo	6	10	20	21	10	6	Videira - E. Int. - 2ª Vara
196 Denise Helena S. de Oliveira	6	10	20	8	11	1	São Bento do Sul - E. Int. - 2ª Vara
197 Cíntia Gonçalves Costi	6	10	20	6	10	20	Fraiburgo - E. Inic. - Vara Única
198 Liene Francisco Guedes	6	10	20	33	2	2	Caçador - E. Int. - 1ª Vara
199 Elleston Lissandro Canali	6	10	20	10	6	18	Lauro Müller - E. Inic. - Vara Única
200 Marcelo Pizolati	6	10	20	8	1	3	Araranguá - E. Int. - 1ª Vara Cível
201 Sílvio José Franco	6	10	20	11	4	25	Chapecó - E. F. - 2ª Vara Criminal
202 Cyd Carlos da Silveira	6	10	20	12	7	0	Indaial - E. Int. - 2ª Vara
203 Mauro Ferrandin	6	10	20	10	5	28	Ibirama - E. Inic. - 1ª Vara
204 Geomir Roland Paul	5	6	28	25	5	19	Ponte Serrada - E. Inic. - Vara Única
205 Paulo Marcos de Farias	5	6	28	8	3	7	S. Miguel do Oeste - E. Int. - 1ª Vara
206 Sérgio Agenor de Aragão	5	6	28	26	5	4	Rio Negrinho - E. Inic. - Vara Única
207 Flávio Luís Dell'antonio	5	6	28	18	8	17	Tangará - E. Inic. - Vara Única
208 Mônica Elias de Lucca	5	6	28	13	9	14	Imbituba - E. Inic. - Vara Única
209 Cândida Ines Zoellner	5	6	28	6	3	12	Ascurra - E. Inic. - Vara Única
210 Alexandre K. Takaschima	5	6	28	9	9	3	A. Garibaldi - E. Inic. - Vara Única
211 André Luiz Lopes de Souza	5	6	28	26	10	2	Maravilha - E. Inic. - Vara Única
212 Gustavo Henrique Aracheski	5	6	28	6	10	17	Seara - E. Inic. - Vara Única
213 Simone Faria L. Rodrigues	5	6	28	5	6	28	Porto Belo - E. Inic. - Vara Única
214 Margani de Mello	5	0	25	6	6	19	Jaguaruna - E. Inic. - Vara Única

Nome	CARREIRA			APOSENTADORIA			Comarca/Lotação/Vara
	A	M	D	A	M	D	
215 Marco Aurélio G. Machado	5	0	13	5	0	13	S. Lourenço do Oeste - E. Inic. - V. Única
216 Miriam R. G. Cavalcanti	4	9	9	16	9	26	Forquilha - E. Inic. - Vara Única
217 Fúlvio Borges Filho	4	9	9	16	10	8	Palmitos - E. Inic. - Vara Única
218 Luiz Henrique Bonatelli	4	9	9	26	8	18	Cunha Porã - E. Inic. - Vara Única
219 Cesar Otávio S. Tesseroli	4	7	27	10	10	15	Pres. Getúlio - E. Inic. - Vara Única
220 Marcelo Carlin	4	7	27	7	10	11	Sombrio - E. Inic. - Vara Única
221 Francisco Carlos Mambrini	4	7	27	8	8	8	Coronel Freitas - E. Inic. - Vara Única
222 Marcelo Pons Meirelles	4	5	4	11	5	15	S. Miguel do Oeste - E. Int. - 2ª Vara
223 Fábio Nilo Bagattoli	4	5	4	7	8	29	São Carlos - E. Inic. - Vara Única
224 Débora Driwin R. Zanini	4	5	4	17	10	29	Anchieta - E. Inic. - Vara Única
225 Patrícia Nolli	4	5	4	4	5	4	Araquari - E. Inic. - Vara Única
226 Ricardo Rafael dos Santos	4	5	4	8	8	23	Rio do Oeste - E. Inic. - Vara Única
227 André Alexandre Happke	2	11	6	6	3	28	Correia Pinto - E. Inic. - Vara Única
228 Marcelo Elias Naschenweng	2	11	6	5	4	12	Descanso - E. Inic. - Vara Única
229 Daniela Ertel	2	11	6	5	11	2	São Domingos - E. Inic. - Vara Única
230 Carolina R. N. Fretta	2	11	6	7	9	14	T. Central - E. Inic. - Vara Única
231 Rodrigo Pereira Antunes	2	11	6	6	4	25	Itapiranga - E. Inic. - Vara Única
232 Janine Stiehler Martins	2	11	6	6	10	3	Campo Belo do Sul - E. Inic. - V. Única
233 Jefferson Zanini	2	11	6	7	4	6	Papanduva - E. Inic. - Vara Única
234 Lúvia Frâncio R. Cobalchini	2	11	6	2	11	6	Lebon Régis - E. Inic. - Vara Única
235 Rafael Fleck Arnt	2	11	6	3	4	27	Mondaí - E. Inic. - Vara Única
236 Alexandra Lorenzi da Silva	2	11	6	9	5	13	Herval do Oeste - E. Inic. - Vara Única
237 Solon Bittencourt Depaoli	2	11	6	4	1	15	Modelo - E. Inic. - Vara Única
238 Marlon Jesus S. de Souza	2	11	6	14	0	18	Santa Rosa do Sul - E. Inic. - Vara Única
239 Giuliano Ziembowicz	2	11	6	2	11	6	Pinhalzinho - E. Inic. - Vara Única
240 Humberto G. da Silveira	2	11	6	8	7	8	Dionísio Cerqueira - E. Inic. - Vara Única

Nome	CARREIRA			APOSENTADORIA			Comarca/Lotação/Vara
	A	M	D	A	M	D	
241 Cláudio Márcio A. Júnior	2	11	6	8	11	22	Campo Erê - E. Inic. - Vara Única
242 Fernando de Castro Faria	2	11	6	2	11	6	Abelardo Luz - E. Inic. - Vara Única
243 Rudson Marcos	2	11	6	13	6	26	Quilombo - E. Inic. - Vara Única
244 Ricardo Alexandre Fiuza	2	11	6	8	10	3	Catanduvas - E. Inic. - Vara Única
245 Uziel Nunes de Oliveira	2	11	6	13	7	12	S. José do Cedro - E. Inic. - Vara Única
246 Fernando Vieira Luiz	1	11	10	1	11	10	Rio do Campo - E. Inic. - Vara Única
247 Eduardo Camargo	1	11	10	13	11	24	Ipumirim - E. Inic. - Vara Única
248 Viviane Isabel Daniel	1	4	28	6	10	17	Itá - E. Inic. - Vara Única
250 Vago	0	0	0	0	0	0	Santa Cecília - E. Inic. - Vara Única
251 Vago	0	0	0	0	0	0	Otacílio Costa - E. Inic. - Vara Única
252 Vago	0	0	0	0	0	0	Lages - E. F. - 4ª Vara Cível

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 426.059-0 – SANTA CATARINA

Relator: Min. Gilmar Mendes

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Advogada: PGE-SC — Dra. Valquíria Maria Zimmer Straub

Recorridos: Vergílio Pedro de Souza e outro

Advogados: Drs. Luiz Roberto Silveira Zacchi e outro

Advogado: Dr. Ubirajara Arrais de Azevedo

Relatório

Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, *a* e *c*, da Constituição Federal contra acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança — Servidor público estadual — Gratificação complementar de vencimento — Lei Estadual n. 9.503/94 — Base de cálculo não inferior ao salário mínimo — Reajuste — Segurança concedida”.

No voto do Relator restou consignado: “Consoante determina a Constituição Estadual em seu art. 27,

I, nos moldes definidos pelo art. 39, § 3º, e pelo art. 7º, IV, ambos da Constituição Federal, é assegurado ao servidor público piso de vencimento não inferior ao salário mínimo nacionalmente unificado. Diante dessas regras, as Câmaras de Direito Público, com base em julgados do Supremo Tribunal Federal, vêm manifestando entendimento no sentido de que, para determinação do piso salarial e comparação ao salário mínimo unificado, o valor a ser considerado é a remuneração percebida pelo servidor e não o vencimento básico do cargo efetivo.

“Contudo, não buscam os impetrantes a majoração de seus vencimentos, mas tão-somente o reajuste da gratificação complementar de vencimento, cuja base de cálculo, a teor do que dispõe a Lei Estadual n. 9.503/94, não pode ser inferior ao salário mínimo.

“Com efeito, estabelece a lei mencionada:

‘Art. 1º — Fica criada, para os servidores civis, ativos e inativos, pertencentes aos Quadros de Pessoal dos órgãos da Administração Direta, Fundação Catarinense de Cultura, Fundação Catarinense de Educação Especial e Fundação Catarinense de Desportos, a Gratificação Complementar de Vencimento, correspondente a 90% (noventa por cento) do vencimento do cargo efetivo, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1994.

[...].

§ 6º — A base de cálculo da gratificação de que trata o *caput* deste artigo não será inferior ao salário mínimo nacionalmente unificado’.

“O percentual da gratificação foi majorado para 120% (cento e vinte por cento) pelo art. 3º da Lei Estadual n. 9.860/95, que manteve inalterado, contudo, o dispositivo referente à sua base de cálculo. Em que pese a argumentação expendida pela autoridade impetrada em suas informações, não se vislumbra a revogação do art. 1º, § 6º, da Lei n. 9.503/94 pelo art. 3º da Lei n. 9.860/95, que se refere apenas ao percentual daquela vantagem.

“Dos demonstrativos de pagamento juntados aos autos, depreende-se que, embora a Medida Provisória n. 35, de 27-3-02, posteriormente convertida na Lei Federal n. 10.525, de 6-8-02, tenha aumentado o valor do salário mínimo para R\$ 200,00 (duzentos reais), a quantia referente à gratificação complementar de vencimento não foi devidamente reajustada, restando caracterizada a violação a direito líquido e certo dos impetrantes em perceber referida vantagem tendo por base de cálculo pelo menos o valor do salário mínimo instituído”.

Alega-se violação ao art. 7º, IV, da Carta Magna.

Sustenta-se a inconstitucionalidade do § 6º, art. 1º, da Lei Estadual n. 9.503, de 1994, artigo este que teria sido revogado tacitamente pelo art. 3º da Lei n. 9.860, de 1995 (fl. 104). Afirma-se, ainda, que “os n. Julgadores, na contramão, entenderam tanto em dar aplicabilidade ao dispositivo revogado entendendo que a revogação não aconteceu, como em afirmar que sua aplicação, mesmo vinculada ao salário mínimo nacional, não implica em agressão à Carta Constitucional”.

O Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, às fls. 132 e 133, com base nos precedentes desta Corte (RE n. 197.072, rel. Min. Marco Aurélio, e RE n. 199.098, rel. Min. Ilmar Gaivão), opinou pelo provimento do recurso.

Em sessão de 14-12-2004, a 2ª Turma desta Corte acolheu minha proposta para julgamento do feito pelo Plenário.

É o relatório.

Voto

O acórdão recorrido entendeu que a vinculação ao salário mínimo da base de cálculo da gratificação complementar de vencimento não configuraria ofensa aos arts. 7º, IV, e 39, § 3º, da Constituição Federal (fl. 61).

Irrepreensíveis os argumentos do recorrente.

A decisão recorrida divergiu da jurisprudência firmada por esta Corte, v.g. o RE n. 247.208, rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., DJ 1º-6-01, assim ementado:

“Ementa

“— Recurso extraordinário. Servidor público. Piso de vencimento. Salário mínimo.

“— O Plenário desta Corte, ao julgar os RREE n. 197.072 e 199.098, que trataram de hipótese análoga à presente, firmou o entendimento de que o artigo 27, I, da Constituição do Estado de Santa Catarina, para compatibilizar-se com os artigos 7º, IV, e 39, § 2º, da Carta Magna Federal, só pode ser entendido no sentido de que se refere ele à remuneração total recebida pelo servidor e não apenas ao vencimento-base. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

E, ainda, nos RREE n. 197.072, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 8-6-2001, e 199.098, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 18-5-2001, nos quais esta Corte mais uma vez firmou o entendimento se-

gundo o qual o dispositivo da Constituição Catarinense, em face das normas dos arts. 7º, IV, e 39, § 2º (3º, com a redação da EC 19, de 1998), somente poderia ser entendido como remuneração total do servidor, ou seja, vencimentos e vantagens.

Monocraticamente, em casos análogos, esta Corte tem decidido nesse mesmo sentido, v.g. os RREE n. 433.248, rel. Min. Eros Grau (9-3-05) e 426.063, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 6-8-04, destacando-se, neste último, o seguinte trecho da decisão:

“Salário mínimo — Vinculação — Inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal — Gratificação complementar de vencimentos — Recurso extraordinário — Conhecimento e provimento.

[...]

“O alcance do preceito outro não é senão evitar que o atrelamento do salário mínimo a situações diversas acabem por inibir o legislador na necessária reposição do poder aquisitivo da parcela, isto objetivando o atendimento ao que nele previsto. Ora, na espécie, adotou-se, como base para cálculo da gratificação complementar de vencimentos, fator vedado pela Carta da República.

“2. Conheço deste extraordinário pela violência ao inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal e o provejo, na forma nele preconizada, ou seja, para, reformando o acórdão proferido pela Corte de origem, denegar a segurança. Com isso, ficam invertidos os ônus da sucumbência, a cujos

efeitos ficam isentos os autores, por serem beneficiários da assistência judiciária gratuita”.

Assim, conheço e dou provimento ao recurso extraordinário para indeferir a segurança, ficando decla-

rada a inconstitucionalidade do § 6º do art. 1º da Lei n. 9.503, de 8-3-1994, do Estado de Santa Catarina.

Sem honorários (Súmula 512 — STF).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 199.101-1 – SANTA CATARINA

Relator: Min. Sepúlveda Pertence

Recorrente: Município de Joinville

Advogados: Drs. Márcia da Silva Petry e outros

Recorrido: Treismil Imóveis Ltda.

Advogados: Drs. Joaquim Cercal Neto e outros

Ementa

Município. Competência. Lei municipal que fixa distanciamento mínimo entre postos de revenda de combustíveis, por motivo de segurança. Legitimidade, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. RE n. 204.187, 2ª T., Ellen Gracie, DJ 2-4-2004; RE n. 204.187, 1ª T., Ilmar Galvão, DJ 5-2-2000).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em rejeitar a proposta do Ministro Marco Aurélio de remessa ao Tribunal Pleno, mas conhecer do recur-

so extraordinário e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 14 de junho de 2005.

Sepúlveda Pertence,
Relator.

Relatório

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence — RE, a, interposto de acórdão (fls. 318 a 330) do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

“Administrativo. Lei municipal írrita. Fixação de distância mínima para a localização de postos de revenda de combustíveis. Ilegalidade. Embora se reconheça, frente ao preceito do art. 30, I, da Constituição Federal, tenha o Município competência para legislar sobre assunto de interesse local, nele compreendido o necessário planejamento, controle, parcelamento e ocupação do solo urbano, não poderá, no entanto, pena de vulneração dos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, definir limitação quanto à localização de novo estabelecimento em raio de influência inferior a 500m.

“As normas edilícias de zoneamento urbano podem estabelecer apenas a área de localização nunca a distância mínima entre estabelecimentos”.

“Sustenta o Município recorrente violação do art. 30, I e VIII, da Constituição Federal.

“Argumenta que, além da legitimidade do município para determinar as zonas de ocupação em sua área urbana, “existe, face à manipulação de materiais inflamáveis, a necessidade de controle de distanciamento, ou melhor o seu estabelecimento, sob pena de colocar em risco a segurança da população”, acrescentando que milita a seu favor a presunção de ter sido a lei em questão “editada em prol do interesse público e da segurança dos munícipes no caso de postos de combustíveis, ao qual necessariamente se submete o interesse privado, como decorrência de princípio constitucional básico”.

Manifestou-se a Procuradoria-Geral da República, em parecer do Subprocurador-Geral Roberto Gurgel (fl. 360), pelo provimento do recurso, referindo-se ao RE n. 203.358, Corréa, DJ 14-3-97.

É o relatório.

Voto

A questão ora em exame é similar àquela ventilada no RE n. 204187 (Ellen, DJ 2-4-2004), quando assentou a 2ª Turma: “Postos de gasolina. Atividade de alto risco que justifica o prudente distanciamento, na mesma área geográfica, de estabelecimentos congêneres. Inexistência de inconstitucionalidade do art. 3º, letra b, da Lei n. 2.390, de 16-12-74, do município de Belo Horizonte (MG). RE conhecido, mas improvido”.

Essa a orientação adotada no RE n. 235.736, em que se impugna lei do município de Belo Horizonte (1ª T., Ilmar, DJ 5-2-2000) – a que se reportou o acórdão no RE n. 204.187 –, no qual, quanto ao ponto, ressaltara o voto condutor:

“O inciso I do § 1º do artigo 4º da Lei n. 6.978/95, com base no qual a licença de construção foi negada, veda a instalação de postos de abastecimento localizados a menos de duzentos metros de escolas, quartéis, creches, asilos, igrejas, hospitais, casas e centros de saúde, supermercados, hipermercados e similares.

“Cuida-se de norma que, em conformidade com os arts. 30, incs. I

e VIII, e 182 da Carta Federal, ordena física e socialmente a ocupação do solo, a fim de controlar seu uso na comercialização de combustíveis, atividade geradora de riscos. Não se caracteriza, portanto, ofensa aos dispositivos constitucionais invocados, uma vez que as limitações impostas têm o objetivo de garantir a segurança em locais de grande afluência de pessoas e não estabelecer reservas de mercado, como aponta a recorrente”.

Nessa assentada, acompanhando o voto proferido pelo eminente Ministro Relator, acentuei:

“Sr. Presidente, dada a afirmação do eminente Relator de ter sido outro o motivo determinante do ato, cai por terra o argumento que mais me impressionara, o atinente à liberdade de concorrência. A princípio me pare-

ceu aproximar-se este caso – quando enfatizou esse aspecto a excelente sustentação oral do Advogado — daqueles por nós julgados em relação à distância exigida entre uma farmácia e outra (RE n. 199517, Pl, 4-6-98, DJ 13-11-98; RE n. 203.909, 1ª T., Galvão, 4-8-98). Aqui existia um dispositivo legal – cuja constitucionalidade, ao que suponho, não foi contestada — reclamando distanciamento entre os postos de gasolina e outros tipos de estabelecimento comercial ou templo religioso, supostamente, por motivos de segurança.

“Por isso acompanho o eminente Relator”.

Na linha dos precedentes, conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento para cassar a segurança: é o meu voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 432.789-9 – SANTA CATARINA

Relator: Min. Eros Grau

Recorrente: Coordenador do Procon do Município de Criciúma

Advogados: Drs. Isolde Espíndola e outro

Recorrido: Banco do Brasil S.A.

Advogados: Drs. Magda Montenegro e outro

Ementa

Recurso extraordinário. Constitucional. Consumidor. Instituição bancária. Atendimento ao público. Fila. Tempo de espera. Lei municipal. Norma de interesse local. Legitimidade.

Lei Municipal n. 4.188/01. Banco. Atendimento ao público e tempo máximo de espera na fila. Matéria que não se confunde com a atinente às atividades-fim das instituições bancárias. Maté-

ria de interesse local e de proteção ao consumidor. Competência legislativa do Município.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 14 de junho de 2005.

*Eros Grau,
Relator.*

Relatório

Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado pelo Banco do Brasil S.A. contra atos do Prefeito e do Coordenador do Procon do município de Criciúma, objetivando que suas agências e seus postos de serviços bancários sejam desobrigados do cumprimento das exigências impostas pela Lei Municipal n. 4.188/01, que dispõe sobre o tempo de atendimento ao público nas agências bancárias estabelecidas no município de Criciúma.

2. O juízo de primeiro grau julgou improcedente o *mandamus*, sob o fundamento de que “[...] a lei muni-

cipal não coloca em xeque, sob ótica alguma, a normatização do sistema financeiro nacional. Não trata de dinheiro, de movimentação de crédito, enfim, de nada que diga respeito a finanças. Cuida do respeito à pessoa, da preservação da dignidade (art. 1º, inc. III, da CF)”.

3. Interposto recurso de apelação, a Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina deu provimento ao apelo, por entender que a matéria referente ao “tempo de atendimento daqueles que comparecem à agência de estabelecimento bancário é também matéria suscetível de ser disciplinada por legislação federal”, assim como aquela referente ao horário de funcionamento desses estabelecimentos.

4. Em sede extraordinária, o Coordenador do Procon do município de Criciúma alega que a decisão proferida pelo Tribunal *a quo* contrariou o preceito veiculado no artigo 30, incisos I e II, da Constituição do Brasil.

5. O Ministério Público Federal, manifestando-se às fls. 232 a 238, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Preliminar

Sr. Presidente, com relação à matéria preliminar suscitada pela ad-

vogada do Banco do Brasil a respeito da prejudicialidade do extraordinário — porque o recurso especial não teria sido conhecido —, recorro a jurisprudência do Pleno, no sentido de que o acórdão, no recurso especial, só prejudica o extraordinário se tiver sido julgado procedente. De modo que passo ao mérito para afirmar que assiste razão ao recorrente.

Voto

1. Assiste razão ao recorrente. O município de Criciúma exerceu competência que lhe foi atribuída pelo artigo 30, inciso I, da Constituição do Brasil ao legislar sobre o tempo de atendimento ao público nas agências bancárias estabelecidas no respectivo território municipal.

2. O tema diz respeito a interesse local do Município, matéria que não se confunde com a atinente às atividades-fim das instituições financeiras. Ademais, incluem-se no âmbito dos assuntos de interesse local os relativos à proteção do consumidor. Vale mesmo dizer: o Município está vinculado pelo dever de dispor sobre essa questão, no plano local.

3. A lei municipal não dispôs sobre política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores — artigo 22, inciso VII, da CB/88. Também não regulou a organização, o funcionamento e as atribuições de instituições financeiras. Limita-se a impor regras tendentes a assegurar adequadas condições de atendimento ao público na prestação de serviços, por

essas instituições, ao consumidor cliente.

4. Não envolve transgressão da competência reservada ao Congresso Nacional pelo artigo 48, inciso XIII, da Constituição do Brasil, para dispor sobre matéria financeira e funcionamento de instituições financeiras. Também não diz respeito à estruturação do sistema financeiro nacional, matéria que, nos termos do disposto no artigo 192 da CB/88, há de ser regulada por lei complementar.

5. Esta Corte, ao pronunciar-se sobre matéria semelhante, assentou a competência do Município, por se tratar de questão vinculada a interesse local, para legislar sobre o atendimento ao público no interior de agências bancárias. Nesse sentido o RE n. 312.050, rel. o Ministro Celso de Mello, DJ de 6-5-05; e o RE n. 208.383, rel. o Ministro Néri da Silveira, DJ de 7-6-99.

Dou provimento ao recurso extraordinário.

O Sr. Min. Marco Aurélio — Senhor Presidente, temos dois temas em jogo. O primeiro não se confunde com o horário de funcionamento das agências bancárias. Diz respeito, isso sim, ao tempo de permanência do usuário dos serviços na fila, ou seja, à adequação e eficácia da prestação dos serviços. Legislou-se, atentando para a demanda no próprio município, a procura do estabelecimento bancário pelo munícipe, e se observou o princípio da proporcionalidade. Não posso comparar os bancos com a situa-

ção do INSS, em que as filas são intermináveis, a pessoa tem de chegar de madrugada para, talvez, naquele dia, de posse de uma senha, ser atendida. Aqui não, aqui estamos no âmbito de uma atividade econômica que os dados apontam como altamente lucrativa, e versou-se o período máximo de permanência na fila, de quinze minutos, devendo o banco precatar-se, colocar, mesmo diante da automação dos serviços, gente para atender aos munícipes. O segundo dado — a meu ver também não está na área de atuação, em si, da União — faz-se ligado à existência de sanitários na agência. É algo de razoabilidade maior, levando em conta a envergadura, como eu disse, da própria atividade desenvolvida. Por isso, ressaltando a clareza da sustentação, da tribuna, da Dra. Magda Montenegro, a quem muito prezo e lembro ainda o período em que Sua Excelência não integrava o corpo jurídico do Banco, mas atuava em filial de agência aqui nesta Corte, conheço do recurso e o provejo.

Voto

O Sr. Min. Sepúlveda Pertence (Presidente) — Na sustentação oral, a ilustre Advogada suscitou a incidência da Súmula 283. Mas, a mim me parece, não é o caso. Para cogitar da aplicação da Lei n. 4.545, era primeiro fixar que a competência era federal. Ora, mostrou bem o Ministro Relator que a competência da União para dispor sobre o “*funcionamento de instituições financeiras*”, obviamente não tem nada a ver com a atenção e a celeridade devida ao cliente, com instalação de sanitários nas agências. Isto é matéria de típico interesse local. Recordo, além dos precedentes a que se refere o eminente Ministro Relator, decisão mais recente da Segunda Turma, no RE n. 240.406, relator o Ministro Carlos Velloso, de 25-11-2003, no qual se julgou, também, ser da competência municipal, em nome da segurança dos munícipes, a exigência de portas eletrônicas de vidro, à prova de bala etc. Também não tenho dúvidas em acompanhar o voto do eminente Ministro Relator para dar provimento ao recurso.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSOS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 15.123 – SC (2002.0087049-1)

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrentes: Eliane Maria Telli e outro

Advogados: Drs. Sebastião da Silva Porto e outros

Tribunal de Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Impetrados: Secretário de Estado da Administração e Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Drs. Reinaldo Pereira e Silva e outros

Ementa

Recurso ordinário — Mandado de segurança — Servidores Públicos do Estado de Santa Catarina — Gratificação de função prevista na Lei n. 8.240/91 — Ordem concedida em mandado de segurança, posteriormente revogada por acórdão transitado em julgado do Supremo Tribunal Federal — Subtração da vantagem e desconto dos valores concedidos em folha de pagamento — Notificação prévia dos recorrentes — Respeito ao contraditório e à ampla defesa — Ausência de direito líquido e certo — Recurso desprovido.

1. Tendo a ordem referente ao pagamento da gratificação de função sido cassada por acórdão do Supremo Tribunal Fede-

ral, se os recorrentes foram devidamente notificados antes de a Administração Pública Estadual interromper o pagamento e realizar os respectivos descontos em folha, encontram-se respeitadas as garantias do contraditório e da ampla defesa.

2. Inexistência de direito líquido e certo à percepção da vantagem aludida.

3. Recurso desprovido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Sustentou oralmente o Procurador do Estado de Santa Catarina Dr. Loreno Weissheimer pelo recorrido.

Brasília (DF), 5 de abril de 2005
(data do julgamento).

*Ministro Paulo Medina,
Relator.*

Relatório

Trata-se de recurso ordinário interposto por Eliane Maria Telli e outro,

contra acórdão de fls. 191 a 194 do Grupo de Câmaras de Direito Público do Estado de Santa Catarina que denegou a ordem no mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário de Estado da Fazenda e outro, assim ementado:

“Administrativo — Servidor público — Desconto de valores pagos indevidamente — Possibilidade — Comunicação prévia — Ordem denegada.

“1. Nos termos do art. 95 da Lei n. 6.745/85, a Administração pode descontar dos vencimentos do servidor os valores que pagou indevidamente, desde que respeitada a limitação constante no referido dispositivo legal — parcelas mensais não excedentes à décima parte da remuneração, em valores atualizados.

“2. Para que se proceda ao desconto a título de reposição, não se faz necessária a instauração de processo administrativo, porém imprescindível é a comunicação prévia do servidor sobre o *quantum* do débito, com planilha detalhada dos cálculos efetuados”.

Os recorrentes são servidores públicos do Estado de Santa Catarina

e tiveram assegurado o direito à incorporação de vantagens financeiras, na forma do art. 90 da Lei n. 6.745/90 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Santa Catarina).

Após a edição da Lei Estadual n. 8.240/91, a estabilidade assegurada na função gratificada de CAS foi transformada para AD-FEC, sendo seus valores originais reduzidos, por força da posterior Lei Complementar n. 43/92.

Por meio de liminar concedida em mandado de segurança, os recorrentes obtiveram o direito ao restabelecimento da função gratificada de CAS, o que foi, em seguida, reformado por decisão transitada em julgado do Supremo Tribunal Federal.

Ato contínuo, o Estado de Santa Catarina promulgou a Lei Complementar n. 83/93, que, segundo informam os recorrentes, convalidou a situação anterior ao decréscimo imposto pela Lei Complementar n. 43/92.

Intendem os recorrentes a suspensão do ato de desconto dos valores creditados, em suas folhas de pagamento, correspondente ao período em que a liminar foi deferida, até sua posterior cassação, em virtude da denegação definitiva da ordem pelo STF.

Nas razões recursais de fls. 194 a 203, os recorrentes alegam a convalidação dos valores percebidos pela Lei Complementar n. 83/93.

Contra-razões do Estado de Santa Catarina às fls. 229 a 237, ressaltando a necessidade de aplicação

da Súmula 405 do STF e a inexistência de direito líquido e certo.

O Ministério Público Federal, mediante parecer de fls. 248 a 254, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Recurso ordinário — Mandado de segurança — Servidores Públicos do Estado de Santa Catarina — Gratificação de função prevista na Lei n. 8.240/91 — Ordem concedida em mandado de segurança, posteriormente revogada por acórdão transitado em julgado do Supremo Tribunal Federal — Subtração da vantagem e desconto dos valores concedidos em folha de pagamento — Notificação prévia dos recorrentes — Respeito ao contraditório e à ampla defesa — Ausência de direito líquido e certo — Recurso desprovido.

1. Tendo a ordem referente ao pagamento da gratificação de função sido cassada por acórdão do Supremo Tribunal Federal, se os recorrentes foram devidamente notificados antes de a Administração Pública Estadual interromper o pagamento e realizar os respectivos descontos em folha, encontram-se respeitadas as garantias do contraditório e da ampla defesa.

2. Inexistência de direito líquido e certo à percepção da vantagem aludida.

3. Recurso desprovido.

Voto

Trata-se de recurso ordinário interposto por Eliane Maria Telli e outro, contra acórdão de fls. 191 a 194 do Grupo de Câmaras de Direito Público do Estado de Santa Catarina que denegou a ordem no mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário de Estado da Fazenda e outro.

Intendem os recorrentes a suspensão do ato de desconto dos valores creditados, em suas folhas de pagamento, correspondente ao período em que a ordem foi concedida para a permanência do cálculo da gratificação comissionada na forma da Lei Estadual n. 8.240/91, até sua posterior cassação, em virtude de acórdão transitado em julgado do STF.

Uma vez reformada a sentença que concedeu aos recorrentes o direito ao restabelecimento do cálculo da gratificação de função na forma da Lei Estadual n. 8.240/91, a continuidade de sua percepção é totalmente ilegal.

Para interrompê-la e efetuar os respectivos descontos em folha de pagamento da recorrente, o poder público se desincumbiu de propiciar-lhe as garantias do contraditório e da ampla defesa.

A Administração Pública daquele Estado procedeu de acordo com os princípios da moralidade e da legalidade e no exercício do poder de autotutela quando pretendeu realizar os descontos de valores indevidamente creditados, na folha de pagamento

dos recorrentes, atendidos, como restou demonstrado nos autos:

1) o limite de 1/10 do vencimento do servidor, que, neste caso, encontra-se previsto na Lei Estadual n. 6.745/85, art. 95;

2) o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

“Administrativo. Proventos erroneamente pagos pela administração. Desconto dos valores percebidos a maior. Possibilidade. Art. 46 da Lei n. 8.112/90. Precedentes.

“I — A Administração Pública, após constatar que vinha pagando erroneamente os proventos dos imigrantes pode efetuar a correção do ato administrativo, de forma a suspender tal pagamento, bem como proceder ao desconto das diferenças recebidas indevidamente pelos servidores.

“Precedentes.

“II — Nos termos do art. 46 da Lei n. 8.112/90, quaisquer reposições ou indenizações ao erário devem ser descontadas em parcelas mensais, não excedentes a 1/10 (um décimo) do vencimento ou provento do servidor. Precedentes.

“III — Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, provido” (REsp n. 511010/RJ, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, J. 15-5-2003, DJ 2-6-2003, p. 353).

“Recurso especial. Contribuição previdenciária. Gratificação de ativi-

dade executiva — GAE. Art. 46 da Lei n. 8.112/90. Desconto retroativo na fonte. Remuneração de servidores públicos. Necessidade de ampla defesa e procedimento próprio.

“Ausência de prequestionamento quanto à questão da incorporação das gratificações ao vencimento.

“O desconto retroativo, em folha de pagamento de servidores públicos, da contribuição previdenciária incidente sobre a Gratificação de Atividade Executiva — GAE e não descontada na época oportuna, sem a prévia ouvida dos servidores públicos e sem procedimento próprio, viola o devido processo legal e a garantia da ampla defesa.

“Recurso especial não conhecido pela letra *a* e não provido pela letra *c*, com a devida vênia do voto da insigne Relatora” (REsp n. 379435/RS, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 7-11-2002, DJ 30-6-2003, p. 183).

“Recurso especial. Administrativo. Gratificação erroneamente concedida pela administração. Desconto dos valores percebidos a maior. Possibilidade. Art. 46 da Lei n. 8.112/90.

“I — A Administração Pública, após constatar que vinha procedendo o cálculo da gratificação prevista no art. 1º do Decreto-Lei n. 2.438/88 de forma equivocada, pode proceder à correção do ato administrativo, de forma a aplicar escorreitamente o esta-

tuído naquele dispositivo, bem como proceder ao desconto das diferenças recebidas indevidamente pelo servidor. Precedente: RMS 12.935/PR.

“II — Nos termos do art. 46 da Lei n. 8.112/90, quaisquer reposições ou indenizações ao erário devem ser descontadas em parcelas mensais, não excedentes a 1/10 (um décimo) do vencimento ou provento do servidor. Precedente: REsp n. 151.558/CE.

“III — Recurso especial conhecido e provido” (REsp 386619/SC, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, j. 19-2-2002. DJ 18-3-2002, p. 297).

A legalidade do ato a ser praticado pela autoridade coatora encontra-se sumulada pelo Enunciado n. 405 do STF:

“Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”.

Logo, inexistente direito líquido e certo a respaldar a pretensão dos recorrentes, não se podendo, por conseguinte, acolher os argumentos expendidos nas razões recursais.

Posto isso, nego provimento ao recurso, para manter o acórdão de fls. 191 a 194 do Grupo de Câmaras de Direito Público do Estado de Santa Catarina.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.643 – SC (2002.0044982-9)**Relator: Ministro Paulo Medina****Recorrente: Valquir Sgambato Costa****Advogados: Drs. Alípio José Mattje e outros****Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina****Impetrados: Secretário de Administração e Secretário de Segurança Pública do Estado de Santa Catarina****Recorrido: Estado de Santa Catarina****Procuradores: Drs. Mônica Mattedi e outros****Ementa**

Recurso ordinário — Mandado de segurança — Servidor público — Contagem de licença-prêmio em dobro e tempo de serviço no curso de formação da Academia da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina para efeitos de aposentadoria — Impossibilidade — Art. 40, § 10º, CR/88 — Recurso desprovido.

1. Inexiste direito líquido e certo após a promulgação da Emenda Constitucional n. 20/98, que introduziu o § 10º ao art. 40, de o servidor público contar, para efeitos de aposentadoria, tempo fictício de licença-prêmio em dobro e curso de formação em Academia da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina.

2. Recurso desprovido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o

Sr. Ministro Nilson Naves. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 26 de abril de 2005
(data do julgamento).

Min. Paulo Medina,
Relator.

Relatório

Trata-se de recurso ordinário interposto por Valquir Sgambato Costa contra acórdão de fls. 83 a 93, do Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que denegou a ordem no mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário de Estado de Segurança Pública e outro, assim, ementado:

“Administrativo — Policial civil — Licença-prêmio — Averbação em dobro após a edição da LC n. 36/91 — Impossibilidade — Denegação da ordem.

“1. Após a edição da Lei Complementar n. 36/91, ficou expressamente vedada a contagem em dobro do período de licença-prêmio para o efeito de aposentadoria, ressalvados, porém, os períodos vencidos anteriormente à vigência da lei, e desde que averbados antes da Emenda Constitucional n. 20/98.

“2. A Lei Complementar n. 24/86 que prevê aposentadoria especial aos Policiais Cíveis do Estado de Santa Catarina, além de afrontar a Constituição Federal anterior, não foi recepcionada pela Nova Carta que, no parágrafo 1º do art. 40 prevê, apenas, que lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, a e c. Não concede, porém, direito a uma aposentadoria especial nas circunstâncias referidas de trabalho. Precedentes do STF”.

Contra o acórdão recorrido, foram opostos embargos de declaração,

que restaram rejeitados, consoante acórdão de fls. 103 a 108.

Nas razões de recurso ordinário, o recorrente, que é Delegado de Polícia do Estado de Santa Catarina, insurge-se contra o ato praticado pelas autoridades coatoras, que se recusam em contar, para efeito de aposentadoria, o tempo de frequência no curso de formação na Academia de Polícia Civil e, em dobro, os períodos de licença-prêmio não gozados.

Alega o recorrente que a jurisprudência tem reconhecido o direito de se contar tempo de serviço ficto, adquirido antes da Lei n. 9.527/97, para fins de aposentadoria.

Contra-razões do Estado de Santa Catarina, às fls. 144 a 150, argumentando a inexistência de direito líquido e certo, em face da proibição expressa do art. 40, § 10, CR/88, proibindo a contagem de tempo de contribuição fictício.

O Ministério Público Federal, à fl. 161, invocando os princípios da economia processual e da celeridade, manifesta-se de acordo com o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, às fls. 153 a 155, pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

Ementa

Recurso ordinário — Mandado de segurança — Servidor público — Contagem de licença-prêmio em dobro e tempo de serviço no curso de

formação da Academia da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina para efeitos de aposentadoria — Impossibilidade — Art. 40, § 10, CR/88 — Recurso desprovido.

1. Inexiste direito líquido e certo, após a promulgação da Emenda Constitucional n. 20/98, que introduziu o § 10, ao art. 40, de o servidor público contar, para efeitos de aposentadoria, tempo fictício de licença-prêmio em dobro e curso de formação em Academia da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina.

2. Recurso desprovido.

Voto

Trata-se de recurso ordinário interposto por Valquir Sgambato Costa contra acórdão de fls. 83 a 93, do Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que denegou a ordem no mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário de Estado de Segurança Pública e outro.

Pugna o recorrente pela contagem, em dobro, de licença-prêmio e pela contagem do tempo de curso de formação na Academia da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina, para fins de aposentadoria.

A pretensão do recorrente, fundamentada nos permissivos da Lei n. 9.527/97, vai de encontro com o art. 40, § 10, da CR/88, introduzido pela Emenda Constitucional n. 20/98:

“§ 10 A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício”.

Não há falar, *in casu*, de direito adquirido, sendo certo que, à época da promulgação da Emenda Constitucional n. 20/98, o Recorrente possuía apenas expectativa de direito de contar, como tempo de serviço, para fins de aposentadoria, as licenças-prêmio e o período referente ao curso de formação na Academia da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina.

No mesmo sentido, confira-se o seguinte precedente:

“Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público estadual. Contagem de tempo *ficto* para aposentadoria. Legislação estadual incompatível com a ordem constitucional. Impossibilidade.

“Estando a legislação citada pelo recorrente (Lei Estadual n. 2.455/54), como fundamentação para seu pedido, em desconformidade com a ordem constitucional, desde 1967, não há falar-se em direito, muito menos líquido e certo, a ser amparado pela via eleita. Recurso desprovido” (RMS n. 13424/RS, 5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 15-8-2002, DJ 9-9-2002, p. 234).

Posto isso, nego provimento ao recurso para manter o acórdão de fls. 83 a 93 do Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

RECLAMAÇÃO

RECLAMAÇÃO N. 1.721 – SC (2004.0144739-3)

Relator: Ministro Felix Fischer

Reclamante: Francisco Xavier Medeiros Vieira

Advogados: Drs. Paulo Leonardo Medeiros Vieira e outro

Reclamado: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Florianópolis – SC

Interessado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Ementa

Processo penal. Reclamação. Arts. 312 e 299 c/c os arts. 327, § 2º, 29 e 69 do Código Penal. Desembargador aposentado do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina denunciado em razão de supostos atos administrativos ilícitos cometidos enquanto exercia o mandato de Presidente daquela eg. Corte. Competência para processar e julgar eventual ação penal em seu desfavor. Art. 84, § 1º, do CPP. Aplicabilidade.

Tendo em vista que a ADIn n. 2.797, na qual se questiona a constitucionalidade da Lei n. 10.617/2002, que alterou o art. 84 do CPP, encontra-se pendente de julgamento, sendo indeferida a providência cautelar que buscava a suspensão de sua eficácia, deve tal lei ser tida por constitucional (precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

Reclamação julgada procedente. Agravo regimental prejudicado.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Cor-

te Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar procedente a reclamação nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Luiz Fux, Antônio de Pádua Ribeiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Francisco Falcão e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Nilson Naves, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

*Ministro Edson Vidigal,
Presidente;
Ministro Felix Fischer,
Relator.*

Relatório

Trata-se de reclamação proposta por Francisco Xavier Medeiros Vieira, Desembargador aposentado do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, tendo como reclamado o Juízo de Direito da Primeira Vara Criminal da comarca de Florianópolis (SC).

Retratam os autos que o reclamante foi denunciado como incurso nos arts. 312 e 299 c/c os arts. 327, § 2º, 29 e 69 do Código Penal, em razão de supostos atos administrativos

ilícitos, cometidos durante o período em que exerceu a Presidência do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Em face do oferecimento da peça acusatória, foi determinada a notificação do reclamante, nos termos do art. 514 do CPP, o qual apresentou defesa preliminar, sustentando a improcedência da denúncia, atipicidade da conduta e falta de justa causa para a ação penal. Foi oferecida, outrossim, exceção de incompetência, ainda pendente de julgamento, na qual se arguiu a incompetência do juízo, uma vez que os atos administrativos supostamente ilícitos foram praticados à época em que o reclamante era Presidente do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, razão pela qual teria foro privilegiado, nos termos do art. 84, § 1º, do CPP. A denúncia, até onde se tem notícia, ainda não foi recebida.

Daí a presente reclamação, interposta com esteio no art. 13 e seguintes da Lei n. 8.038/90, na qual se alega que esta Corte seria competente para processar e julgar eventual ação penal que possa tramitar em desfavor do reclamante, tendo em vista que, à época dos fatos narrados na denúncia, era Presidente do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e, segundo a peça acusatória, os supostos ilícitos administrativos foram praticados em detrimento do cargo que ocupava. Postulou ao final, “para evitar dano moral irreparável, a suspensão (incontinente) do processo no Juízo *a quo* e sua avocação.

“Requer, por último, seja a final julgada procedente a reclamação nos

termos e para os fins do art. 17 e 18 da citada Lei n. 8.038/90” (fl. 5).

Liminar parcialmente concedida para “suspender o curso processual até o pronunciamento definitivo desta Corte sobre o mérito da presente reclamação” (fl. 65).

Às fls. 76 a 79 foi juntado agravo regimental subscrito pela culta Subprocuradoria-Geral da República, no qual se protesta pela cassação da liminar concedida.

Informações prestadas às fls. 82 a 84 e 151 a 153, acompanhadas dos documentos de fls. 85 a 129 e 154 a 197, respectivamente.

A douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou no sentido de que seja julgada improcedente a reclamação (fls. 133 a 139).

É o relatório.

Ementa

Processo penal. Reclamação. Arts. 312 e 299 c/c os arts. 327, § 2º, 29 e 69 do Código Penal. Desembargador aposentado do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina denunciado em razão de supostos atos administrativos ilícitos cometidos enquanto exercia o mandato de presidente daquela eg. Corte. Competência para processar e julgar eventual ação penal em seu desfavor. Art. 84, § 1º, do CPP. Aplicabilidade.

Tendo em vista que a ADIn n. 2.797, na qual se questiona a constitucionalidade da Lei n. 10.617/2002,

que alterou o art. 84 do CPP, encontra-se pendente de julgamento, sendo indeferida a providência cautelar que buscava a suspensão de sua eficácia, deve tal lei ser tida por constitucional (precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

Reclamação julgada procedente.

Agravo regimental prejudicado.

Voto

Cuida-se de reclamação proposta por Francisco Xavier Medeiros Vieira, Desembargador aposentado do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, tendo como reclamado o Juízo de Direito da Primeira Vara Criminal da comarca de Florianópolis (SC).

Verifica-se que o reclamante foi denunciado (fls. 154 a 173) perante o Juízo de Direito da Primeira Vara Criminal da comarca de Florianópolis (SC) como incurso nos arts. 312 e 299 c/c os arts. 327, § 2º, 29 e 69 do Código Penal, em razão de supostos atos administrativos ilícitos cometidos durante o período em que exerceu o mandato de Presidente do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apresentada resposta preliminar pelo reclamado (fls. 174 a 196), não chegou a ser procedido o juízo de admissibilidade da peça acusatória, tendo em vista a concessão do pedido liminar no presente feito.

A irrisignação merece ser acolhida. Vejamos o que consta do artigo

84 do Código de Processo Penal: “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 (Redação dada pela Lei n. 10.628, de 24-12-2002).

“§ 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. (Parágrafo incluído pela Lei n. 10.628, de 24-12-2002).

“§ 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 (Redação dada pela Lei n. 10.628, de 24-12-2002)” (grifei).

Da redação do § 1º do mencionado artigo, depreende-se que a competência por prerrogativa de função, relativa aos atos administrativos do titular do respectivo cargo público, permanece mesmo tendo sido o procedimento investigatório ou a ação iniciados após ter o acusado deixado o respectivo cargo.

Perante o colendo Supremo Tribunal Federal foi ajuizada a ADIn n.

2.797-2, pela Associação Nacional de Membros do Ministério Público — Conamp, da qual é Relator o Exmo. Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, tendo por objeto a Lei n. 10.628/02. A providência cautelar quanto a esta restou indeferida nos seguintes termos:

“Vistos, etc.

“Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público — Conamp, tendo por objeto a Lei n. 10.628, de 24-12-2002, cujo texto se acha à fl. 28. Sustenta a Autora, inicialmente, a sua legitimidade para as ações da espécie, visto que, por efeito de alteração sofrida por seus estatutos, passou a contar com quadro social integrado exclusivamente por membros do Ministério Público da União e dos Estados, ativos e inativos, a exemplo do que aconteceu com a Associação dos Magistrados Brasileiros — AMB.

“Sustentou, por igual, a presença do requisito da pertinência temática, dado tratar-se, no caso, de normas relativas à competência jurisdicional, versando, conseqüentemente, as atribuições do Ministério Público, como órgão que tem a função de promover a ação penal pública.

“Quanto ao mérito, disse que, ao acrescentar os §§ 1º e 2º ao art. 84 do CPP, o legislador, no primeiro caso, arvorou-se em intérprete da Constituição, dando-lhe, no ponto, exegese divergente da assentada pelo STF, que levou ao cancelamento da Súmula

394; e, no segundo, acrescentou mais uma competência originária ao rol exaustivo de competências de cada tribunal; ofendendo, por essa forma, os artigos 102, I; 105, I; 108, I; e 125, § 1º, da Constituição.

“O pedido foi no sentido da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados, ao qual se ajuntou requerimento de suspensão cautelar de sua eficácia, para que não se instaure a insegurança jurídica; não resulte prejudicado o julgamento da Reclamação n. 2.168, em que se discute questão análoga; e não ocorra a remessa imediata, para os tribunais, de milhares de ações em andamento perante a Justiça de primeira instância.

“Anteciparam-se à requisição de informações a Presidência da República e a Advocacia-Geral da União que, após argüir a ilegitimidade da Autora para ajuizar ação da espécie, por tratar-se de associação integrada, a um só tempo, por pessoas físicas e associações; e a ausência do requisito da pertinência temática — alegações que, a um primeiro juízo prelibatório, se revelam improcedentes —, sustentam, em resumo, que as normas impugnadas não introduzem competência adicional alguma às constitucionalmente previstas para os Tribunais, cuidando-se de mera explicitação do sentido e alcance de tais competências, observado o princípio da hermenêutica constitucional da máxima efetividade das normas constitucionais, sem nada lhe acrescentar.

“Por fim, sustentam a necessidade de processamento da ação pelo rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99, para o fim de solução pronta e definitiva da relevante questão constitucional suscitada, providência que terá por efeito a dispensa da medida liminar, que foi pleiteada como meio de obviar a paralisação processual das ações em curso perante os juízos de primeiro grau como consequência de remessa dos respectivos autos aos Tribunais considerados competentes, quando, na verdade, tal paralisação configura exatamente o provimento acautelatório adequado à espécie, considerando que o *periculum in mora*, no caso, reside justamente no julgamento precipitado de tais ações por juízes que poderão vir a ser declarados incompetentes pelo STF, o que, no caso das ações de improbidade, poderá ocorrer com a conclusão do julgamento da Reclamação n. 2.138, em que os cinco primeiros votos colhidos apontam para esse resultado.

“Na verdade, não está a depender da medida liminar pleiteada a conclusão do julgamento da Reclamação n. 2.138, nem tampouco pode ser considerada razão suficiente para a suspensão da eficácia da lei impugnada a provável remessa de milhares de ações da espécie para os diversos tribunais, com a interrupção de seu processamento, se não é outra a medida que está a recomendar-se, enquanto a relevante questão constitucional não é dirimida pelo STF.

“Ante tais considerações, indefiro a providência cautelar requerida.

“Cumpra-se o despacho de fl., requisitando-se informações ao Congresso Nacional e colhendo-se, a seguir, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, de molde a que, sem maiores delongas, possa a presente ação ser apreciada e julgada pelo Plenário.

“Publique-se.

“Brasília, 7 de janeiro de 2003.

“Ministro Ilmar Galvão,

“Vice-Presidente.

“(art. 37, I, do RISTF)” (DJU de 4-2-2003).

Em face da ausência de suspensão da eficácia da Lei cuja inconstitucionalidade se alega por meio da mencionada ADIn, bem como da ausência de julgamento dessa, deve a Lei n. 10.628/02 ser tida por constitucional.

O Exmo. Sr. Min. Carlos Ayres Britto, na Medida Cautelar em Reclamação n. 2.381-8, no que se refere à aplicação e à constitucionalidade da Lei n. 10.628/02, assim decidiu monocraticamente:

“Vistos, etc.

“1. Trata-se de reclamação ajuizada pelo atual Vice-Governador do Estado de Minas Gerais, visando à declaração de nulidade do Procedimento Investigatório n. 004/2002, da Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Patrimônio Público da comarca de Belo Horizonte.

“2. Em síntese, sustenta o postulante que, *litteris*: [...] O exame do

procedimento revela que — não obstante a solicitação das informações — em verdade, o denominado ‘procedimento investigatório’ — inequívoco inquérito civil realizado à margem de sua disciplina legal — já foi *finalizado* pelo Ministério Público, que concluiu pela necessidade de imediata propositura de ação de improbidade administrativa, prevista na Lei n. 8.429/1992, em face do ora requerente, do atual Senador da República e então Governador do Estado à época dos fatos Eduardo Brandão de Azeredo e de outros 9 (nove) supostos envolvidos [...]’.

“3. Liminarmente, o reclamante postula a suspensão do referido procedimento investigatório, até a prolação da decisão de mérito da reclamação.

“4. Em 2 de setembro de 2003, admiti a inclusão do Exmo. Sr. Senador da República Eduardo Brandão de Azeredo, na qualidade de litisconsorte ativo.

“5. Instado a se manifestar, o reclamado prestou as informações de fls. 36 a 43.

“É o relatório.

“Decido

“6. Em regulamentação aos artigos 15, V, e 37, § 4º, da Constituição Republicana, o legislador ordinário editou a Lei n. 8.429/92 — Lei de Probidade Administrativa —, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na Ad-

ministração Pública direta, indireta ou fundacional. Mesmo depois de mais de onze anos da data de publicação da Lei n. 8.249/92, o tema relativo à natureza jurídica da ação de improbidade administrativa ainda não foi definitivamente enfrentado por esta Excelso Corte (cf. Rcl. n. 2208, rel. Min. Marco Aurélio; Rcl. n. 2138, rel. Min. Nelson Jobim; Rcl. 2347, rel. Min. Celso de Mello).

“7. Em verdade, essa discussão, que repercute diretamente na competência deste Colendo Sodalício, perdeu relevo com a edição da Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002. Com ou sem maior esmero técnico, o referido diploma legal tratou de dizer que a ação de improbidade ‘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’.

“8. Acresça-se que se encontra em processamento, nesta Colenda Corte, a ADIn n. 2797, rel. Min. Sepúlveda Pertence, por meio da qual se examina se a Lei n. 10.628/02 está em conformidade com a Magna Carta Federal. Até o julgamento final da ação direta, portanto, a lei sob referência integra o Ordenamento Jurídico pátrio, uma vez que o pedido de medida cautelar visando à suspensão da norma impugnada foi denegado.

“9. Ante o exposto, já ressalva-se que a lei em causa prossegue vigorando, e dela se depreende que é do Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar ação

de improbidade ajuizada em face de Senador da República, defiro a medida liminar postulada para sobrestar o andamento do procedimento objeto da presente reclamação. Determino, ainda, que sejam eles remetidos a esta Casa Maior da Justiça brasileira” (STF — Medida Cautelar na Reclamação n. 2.381-1/MG, rel. Min. Carlos Ayres Brito, DJU de 15-10-2003).

O Exmo. Sr. Ministro Gilmar Mendes, ao conceder liminar na Reclamação n. 2619/SP, reconheceu a presunção de constitucionalidade da Lei n. 10.628/02, até que seja julgada a ADIn n. 2797. Vejamos o que consta do teor do *decisum*:

“Decisão

“O Reclamante, ex-Prefeito, foi denunciado pela prática do crime descrito no art. 1º, XIV, do Decreto-Lei n. 200, perante a Segunda Vara Criminal da comarca de Dracena/SP. Pretende o Reclamante que seu julgamento ocorra perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo em vista a prerrogativa de foro prevista na Lei n. 10.628, de 2002. Tal pedido restou indeferido em primeira instância, razão pela qual ajuíza a presente Reclamação.

“Ressalvado melhor juízo quando do julgamento do mérito, considerando a presunção de legitimidade da Lei n. 10.628, de 2002, e o indeferimento da liminar na ADIn n. 2.797, considero plausível o fundamento do pedido. Defiro, portanto, a liminar, para o fim de que os autos da ação penal sejam remetidos ao Tribunal de Justi-

ça do Estado de São Paulo, órgão competente para processar e julgar o Reclamante pelos atos que são objeto da denúncia formulada perante a Segunda Vara Criminal da comarca de Dracena/SP.

“Comunique-se e, no mesmo ofício, requisitem-se as informações.

“Publique-se.

“Brasília, 3 de maio de 2004.

“Ministro Gilmar Mendes,

“Relator” (STF — RCL n. 2.619/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 12-5-2004).

Esta Corte tem entendido, outrossim, pela aplicabilidade da Lei n. 10.628/2002. Nesse sentido, o seguinte precedente da Corte Especial “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, rel. 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” (AgRg na Pet. n. 2.589/SC, Corte Especial, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 14-6-2004).

E da 3ª Seção:

“Criminal. Conflito de competência. Prefeito. Malversação de verbas públicas oriundas do Ministério do Meio Ambiente. Superveniência da Lei n. 10.628/02. Competência da Justiça Comum.

“I. O advento da Lei n. 10.628/02, que modificou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, determinou a prevalência da competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após o fim do exercício da função pública.

“II. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Suscitado” (STJ — CC n. 37806/SP, 3ª Seção, rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 14-4-2003).

Diante do exposto, julgo procedente a presente reclamação para anular o feito que tramita em desfavor do paciente perante o Juízo de Direito da Primeira Vara Criminal da comarca de Florianópolis (SC), a partir do oferecimento da denúncia, determinando que os autos sejam remetidos a esta Corte, em observância ao disposto nos arts. 105, I, a, da Constituição Federal e 84, § 1º, do CPP, arts. 11, I, e 191 do RISTJ.

Julgo, outrossim, prejudicado o agravo regimental de fls. 76 a 79.

É o voto.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA**

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2003.009008-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei complementar — Município de Florianópolis – Alegada afronta à disposição constitucional estadual.

Legitimidade do representante do Ministério Público de primeira instância para propor ação direta – Dispositivo que repete lei federal – Carência de ação – Preliminares rejeitadas.

Lei Complementar n. 030/2001 – Zoneamento de área – Bairro Bom Abrigo – Uso e ocupação do solo — Alteração das disposições da LC n. 001/1997 – Norma menos restritiva que a anterior – Alegação de afronta ao art. 25 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Santa Catarina – Controle concentrado — Norma estadual que restringe autonomia municipal em flagrante afronta à Constituição Federal – Controle difuso da constitucionalidade – Inaplicabilidade da norma estadual.

Inexistência de ofensa aos arts. 140, 141 e 181 da CE — Normas constitucionais não auto-aplicáveis — Desnecessidade de observância pelo legislador municipal — Dano ambiental decorrente da alteração legislativa — Ofensa aos arts. 140 e 181 da CE/89 indemonstrada — Ofensa aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa — Inocorrência — Norma municipal hígida — Ação direta improcedente.

O representante do Ministério Público de primeira instância é parte legítima para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de lei do município no qual atua, em face da Constituição Estadual, a teor do artigo 125, § 2º c/c o art. 129, IV, ambos da Constituição Federal, e artigo 85, VII, da Carta Estadual.

A repetição de dispositivo de lei federal pela Constituição do Estado não afasta o interesse processual em questionar a inconstitucionalidade de norma municipal ante a CE (ADIn n. 2002.005697-4, da Capital).

O art. 25 do ADCT do Estado de Santa Catarina, ao proibir que os municípios localizados na orla marítima editem normas e diretrizes menos restritivas que as existentes sobre o uso do solo, invade a competência exclusiva dos municípios e, conseqüentemente, fere o princípio da autonomia legislativa municipal, em flagrante afronta ao artigo 30, inciso VIII, da CF/88.

A Lei Complementar n. 030/2001, do município de Florianópolis, que alterou normas de zoneamento do bairro Bom Abriço, estabelecidas anteriormente pela LC n. 001/1997, a respeito do uso e ocupação do solo, não terá suspensa sua eficácia, na ausência de elementos que permitam inferir a possibilidade de ocorrência de dano ambiental.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2003.009008-8, da comarca da Capital, em que é requerente o representante do Ministério Público, sendo requerido o município de Florianópolis:

ACORDAM, em Tribunal Pleno, por votação unânime, rejeitar as preliminares de carência de ação e falta de interesse de agir, por maioria de votos, afastar a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público, e no mérito, por maioria de votos, julgar improcedente o pedido inicial formu-

lado na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade da LC n. 30/2001, do município de Florianópolis.

Custas legais

I — Relatório

O representante do Ministério Público ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, contra a Lei Complementar n. 030/2001, de 18 de dezembro de 2001, do município de Florianópolis, pois em flagrante afronta aos artigos 140, 141 e 181 da Constituição do Estado de Santa Catarina e, principalmente, ao art. 25 do Ato da Disposições Constitucionais Transitórias.

Em síntese, a norma impugnada alterou zoneamento aprovado pela Lei Complementar n. 001/1997, no bairro Bom Abrigo.

Alegou serem notórios os prejuízos urbanísticos, ambientais, dentre outros, que a comunidade local passará a sofrer com a alteração preconizada pela Lei Complementar n. 030/2001 do município de Florianópolis, pois indiretamente autorizou o uso e ocupação de várias espécies até então consideradas inadequadas para o local antes da alteração. Aduziu, ainda, que, ao alterar o uso e ocupação do solo da referida área, a lei atacada feriu o disposto no art. 25 do ADCT da Carta Estadual (fl. 4).

Asseverou que, por estar o município de Florianópolis em zona costeira, não pode, a teor do artigo acima citado, modificar disposições acerca

do uso do solo, de forma menos restritiva, como foi feito pela LC n. 030/2001.

Requeru, liminarmente, a suspensão da eficácia da Lei Complementar Municipal n. 030/2001 e, ao final, a procedência do pedido inicial, com a declaração de sua inconstitucionalidade (fls. 2 a 14).

A Câmara de Vereadores, por seu representante, prestou informações. Argüiu, preliminarmente, a incapacidade postulatória do representante do Ministério Público de primeiro grau e, no mérito, a constitucionalidade da norma atacada (fls. 66 a 72).

Citado, por seu Procurador, o município de Florianópolis ofertou contestação. Em defesa da norma legal impugnada, afirmou que o art. 25 do ADCT estadual traduz mera repetição do preceito contido na norma federal e não regra própria do direito estadual (fl. 86). Acrescentou, por ser ineficaz o art. 25 acima citado, inócuo e sem força cogente, a pretendida impugnação da lei municipal estaria sendo feita à luz de lei comum federal, tornando a ação inviável (fl. 87). Requeru a extinção do feito, por carência de ação (fl. 88).

No mérito, alegou ser inconcebível a existência de dispositivo constitucional estadual limitador da autonomia legislativa municipal, sem que haja correspondência na Carta Federal, mas em lei ordinária federal, que admite que os Estados e Municípios apenas possam instituir, por meio de lei, os respectivos Planos Estaduais ou

Municipais de Gerenciamento Costeiro (art. 5º, § 1º, da Lei n. 7.661/88). Requereu a improcedência do pedido inicial (fls. 85 a 94).

O Sindicato da Construção Civil requereu sua admissão no feito, na qualidade de assistente do município de Florianópolis, o que foi deferido por este Relator (despacho exarado às fls. 192 e 193).

O ilustre Procurador de Justiça – Coordenador-Geral do Ceccon, opinou pela procedência da presente ação direta. Afirmou que a preliminar de carência de ação por ilegitimidade ativa do Ministério Público de primeiro grau não merece guarida, uma vez que possui a prerrogativa constitucional para ingresso e manejo de ações deste porte.

No mérito, entende que a regra contida na Lei Complementar n. 030/2001 vai de encontro ao art. 25 do ADCT estadual, na medida em que, segundo este, os municípios não poderiam expedir normas e diretrizes menos restritivas que as existentes. No caso em tela, a norma atacada, em comparação com a anterior (LC n. 001/1997) seria menos restritiva quanto ao exercício e ocupação do solo, permitindo uma degradação cada vez maior do meio ambiente municipal (fls. 199 a 209).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada com o

desiderato de ver suspensa a eficácia da Lei Complementar n. 030/2001, do município de Florianópolis, em razão de afronta aos artigos 140, 141 e 181 da Constituição do Estado de Santa Catarina e, principalmente, ao art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por ter alterado norma anterior sobre zoneamento do bairro Bom Abrigo, sobre disposições de uso e ocupação do solo local.

Preliminar de Ilegitimidade Ativa do Ministério Público de Primeira Instância

Inicialmente, deve ser afastada a preliminar de ilegitimidade ativa do representante do Ministério Público de primeira instância para ajuizamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, ante a expressa previsão constitucional permissiva.

O art. 125 da Carta Magna dita:

“Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

“[...] § 2º. Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

Segundo o art. 129, inciso IV, da Constituição da República, são funções institucionais do Ministério Público, dentre outras: “*promover a ação de inconstitucionalidade* ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos pre-

vistos nesta Constituição; [...]” (grifou-se).

A Constituição Estadual, em seu art. 85, é clara:

“São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestado em face desta Constituição:

“VII — o Prefeito, a Mesa da Câmara ou um quarto dos Vereadores, o representante do Ministério Público, a Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil e as associações representativas de classe ou da comunidade, quando se tratar de lei ou ato normativo municipal” (grifou-se).

Pela interpretação conjunta dos artigos das Cartas Federal e Estadual, cujo rol estampado é taxativo, depreende-se que o representante do Ministério Público de primeira instância, a exemplo de outros legitimados, tem a prerrogativa constitucional para promover ações deste porte.

No mesmo sentido o voto do saudoso Des. Eder Graf, na ADIn n. 1997.007232-5, j. 22-12-97:

“É indiscutível a legitimidade do Ministério Público para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em confronto com a Constituição Estadual, como expressamente prevê o art. 85, VII, do Estatuto Básico de Santa Catarina”.

Ainda nesse norte: ADIn n. 98.003160-5, rel. Des. Eder Graf, j. 6-5-98; ADIn n. 1999.017965-6, rel. Des. João Martins, j. 16-5-2001; ADIn n.

1999.011160-1, rel. Des. João Martins, j. 7-6-2000.

Igual competência é deferida pela Lei Complementar n. 197/00, no seu artigo 99, III, *verbis*:

“Cabe aos Promotores de Justiça exercer as atribuições de Ministério Público junto aos órgãos jurisdicionais de primeira instância, competindo-lhe, ainda:

“III — propor ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, em face da Constituição Estadual, e a ação de inconstitucionalidade por omissão, em face de preceito da Constituição Estadual, no âmbito dos municípios de sua atuação”.

Márcia Aguiar Arend e Max Zuffo, em artigo intitulado “O Promotor de Justiça está legitimado a propor ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal frente à Constituição do Estado de Santa Catarina”, publicado na Revista Atuação Jurídica n. 7, de dezembro de 2001, p. 63 a 73, tecem comentários sobre a questão:

“Verifica-se no que diz respeito à legitimidade ativa do Ministério Público para a promoção da ação declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, frente às Constituições Estaduais, uma certa homogeneidade no tratamento da matéria, as quais erigem como único órgão de execução. O Ministério Público legitimado a ingressar com ADIns contra leis municipais o Procurador-Geral de Justiça.

“O Estado de Santa Catarina constitui a exceção à concepção homogênea retroindicada, já que a carta constitucional dos catarinenses previu, no inciso VII do art. 85, a legitimidade do representante do Ministério Público para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestado em face da Constituição, além da legitimidade do Procurador-Geral de Justiça já prevista no inciso III do mesmo artigo, reconhecendo-se, nesta feliz e sábia posição do constituinte catarinense, uma hipótese de legitimidade concorrente disjuntiva”.

E continuam:

“Ressumbra claramente evidenciada, desta forma, a intenção do legislador estadual catarinense em facilitar o controle da constitucionalidade das normas estaduais e municipais do Estado de Santa Catarina tendo por baliza e paradigma a sua Constituição, uma vez que estruturou tanto o seu texto constitucional quanto a própria lei orgânica de seu Ministério Público, de molde a franquear ao Promotor de Justiça o manuseio deste importante instrumento de controle de constitucionalidade das normas.

“O legislador catarinense demonstrou perspicácia ao ampliar a legitimidade ativa dos órgãos de execução do seu Ministério Público para a propositura de ADIns. Manifestou, deste modo, um profundo conhecimento das vicissitudes do sistema legislativo pátrio, já que antevendo a torrente de normas inconstitucionais que surgiriam com a ampliação das

competências do município em nossa federação, e prevendo a total impossibilidade do Procurador-Geral de Justiça suprir, sozinho e com exclusividade, a demanda por ações declaratórias de inconstitucionalidade capazes de reprimir os abusos do legislador municipal, conferiu aos membros do Ministério Público de primeiro grau, lotados na proximidade dos fatos e dos atos viciados de inconstitucionalidade, a capacidade e legitimidade para promoverem as ADIns.

“Constata-se que a ampliação da legitimidade do Ministério Público para a propositura das aludidas ADIns situa-se dentro do regular exercício do poder constituinte derivado-decorrente, uma vez que não causa qualquer ofensa a princípios constitucionais sensíveis e/ou estabelecidos, e nem sequer a princípios federais extensíveis”.

Mais adiante:

“Qualquer medida tendente a tolher o exercício desta atribuição constitucional do Ministério Público de Santa Catarina, por seus Promotores de Justiça, corresponde a uma ofensa ao sistema federativo, posto que estará impedindo que Estado de Santa Catarina exerça a sua autonomia no que diz respeito a capacidade de auto-organização e normatização própria.

“[...] Não há nenhuma razão legal e tampouco ética para estabelecer espaços de exclusão do agir do Ministério Público de primeiro grau junto ao Tribunal de Justiça. E foi imbuído

dessa saudável e lógica inovação que o legislador constituinte catarinense assegurou aos Promotores de Justiça a titularidade das ADIns objeto deste estudo.

“Impende realçar, finalmente, que o preceito do inciso III do art. 99, III, da LOMPSC não afirma literalmente que o Promotor de Justiça pode atuar junto ao Tribunal de Justiça. E isto é mesmo desnecessário, posto que ao delegar atribuição para que o mesmo manuseasse a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de normas municipais frente a Constituição Estadual, permitiu que atuasse junto aos órgãos de segunda instância do Poder Judiciário catarinense, já que o juiz natural destas ações é o Tribunal de Justiça (art. 85 da Constituição Estadual). Descer a detalhes e explicitar isto no inciso III do art. 99 da LOMPSC seria uma redundância não recomendada pelas técnicas de redação legislativa.

“Conclui-se, desta forma, que o Promotor de Justiça, no Estado de Santa Catarina, detém legitimidade ativa para a propositura de ADIns de normas municipais, podendo e devendo, para tanto, atuar junto aos órgãos de segunda instância do Poder Judiciário, não padecendo esta legitimidade de qualquer eiva de inconstitucionalidade ou ilegalidade. Correspondo, na verdade, em medida adequada para garantir o efetivo controle de constitucionalidade das normas municipais, que não poderia ser efetuado com êxito, caso a legitimidade ficasse restrita ao Procurador-Geral de Justiça”.

Indubitavelmente, o representante do Ministério Público de primeira instância é parte legítima para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de lei do município no qual atua, em face da Constituição Estadual, a teor do artigo 125, § 2º c/c o art. 129, IV, ambos da Constituição Federal, e artigo 85, VII, da Carta Estadual.

Preliminar de Carência de Ação – regra do art. 25 do ADCT do Estado de Santa Catarina

O Município, em defesa da norma legal atacada, asseverou ser ineficaz o art. 25 acima citado. Afirmou ser inócuo e sem força cogente, sendo mera repetição de preceito federal. Acrescentou que, a pretendida impugnação da lei municipal estaria sendo feita à luz de lei comum federal, tornando a ação inviável (fl. 87).

Anota-se: “A repetição de dispositivo de lei federal pela Constituição do Estado não afasta o interesse processual em questionar inconstitucionalidade de norma municipal frente à CE” (ADIn n. 2002.005697-4, da Capital).

A preliminar não tem fundamento jurídico, pois a arguição de inconstitucionalidade está sendo feita via controle concentrado da constitucionalidade, ante o disposto no art. 25 do ADCT.

Ademais disso, a inconstitucionalidade é invocada sob outros fundamentos (arts. 140, 141 e 181 da Carta Estadual).

Rejeita-se a preliminar de carência de ação.

Mérito

Da constitucionalidade da LC n. 030/2001 ante o art. 25 do ADCT (controle concentrado)

O pedido de declaração de inconstitucionalidade em tela tem como fundamento principal o fato de que a Lei Complementar n. 030/2001 afrontou o art. 25 do ADCT estadual, na medida em que o município de Florianópolis, por estar em zona costeira, não pode, a teor do artigo acima citado, modificar disposições acerca do uso do solo, de forma menos restritiva.

Em contestação, o Município defendeu o texto da lei impugnada, alegando que o dispositivo constitucional estadual acima citado é limitador da autonomia legislativa municipal.

Inicialmente, destaca-se que a Lei Complementar n. 030/2001, efetivamente, alterou parte do zoneamento aprovado para o bairro Bom Abrigo, nesta cidade e comarca de Florianópolis, por meio da LC n. 001/1997, a qual dispunha anteriormente sobre o zoneamento, uso e ocupação do solo naquele distrito.

É o teor do texto de lei impugnado:

“Art. 1º — Fica alterada a Área Residencial Predominante-5 (ARP-5), parte da Área Residencial Exclusiva (ARE-6) localizada na UEP-37, Bom Abrigo, conforme determinação no mapa anexo, parte integrante desta lei.

“Art. 2º — Esta Lei Complementar entrará em vigor na data de sua publicação” (fls. 16 a 18).

A lei ora impugnada alterou os limites de ocupação da área em questão, conforme tabela de limites constante do seu anexo IV, na medida em que permitiu construções antes proibidas para as áreas residenciais. Autorizou ocupação de áreas até então inadequadas.

Dessa forma, a LC n. 030/2001 é menos restritiva que a anterior (LC n. 001/1997). Daí consistiria a afronta ao art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Estadual de Santa Catarina.

Em que pese a presente ação ser via processual para realização de controle concentrado de norma municipal ante a Carta Estadual, no presente caso para que este seja efetivado necessário que se faça, incidentalmente, o controle difuso para averiguar se o art. 25 do ADCT é ou não constitucional.

Transcreve-se o artigo 25 do ADCT estadual:

“Até a promulgação da lei que instituir o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro não poderão ser expedidas pelos municípios localizados na orla marítima *normas e diretrizes menos restritivas que as existentes sobre o uso do solo*, do subsolo e das águas, bem como sobre a utilização de imóveis no âmbito de seu território” (grifou-se).

Como bem ressaltou o ilustre Des. Monteiro Rocha, em sua declaração de voto vencido na ADIn n. 2002.005697-4:

“A antinomia jurídica existente, *in thesi*, deveria ser resolvida em favor da norma de maior grau hierárquico, no caso o preceito normativo inserto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Estadual. Todavia, acaso demonstrado que o preceito da Carta Estadual está em descompasso com o disposto na Constituição Federal, deve-se dar prevalência ao conteúdo normativo previsto na lei municipal ordinária”.

Poder-se-ia dizer que a alegada afronta ocorreu, se não fosse o art. 25 inconstitucional ante a Carta Maior, por restringir a competência dos Municípios da região costeira de Santa Catarina, inclusive a do município de Florianópolis.

Dita o art. 30 da CF/88:

“Compete aos municípios:

“VIII — promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano [...]”.

Se o artigo 30, VIII, da CF/88, confere aos municípios competência exclusiva para legislar sobre o uso e ocupação do solo, não pode o legislador estadual constitucional restringi-la.

Não ressumbram dúvidas de que o art. 25 do ADCT limita a autonomia legislativa municipal.

Sobre a autonomia municipal, leciona José Afonso da Silva:

“Agora foi-lhes reconhecido o poder de *auto-organização*, ao lado do

governo próprio e de *competências exclusivas*, e, ainda, com ampliação destas, de sorte que a Constituição criou verdadeiramente uma nova instituição municipal no Brasil. Por outro lado, não há mais qualquer hipótese de prefeitos nomeados. Tornou-se plena, pois, a capacidade de autogoverno municipal entre nós.

“A autonomia municipal, assim, assenta em quatro capacidades:

“a) *capacidade de auto-organização*, mediante elaboração de lei orgânica própria;

“b) *capacidade de autogoverno*, pela efetividade do Prefeito e dos Vereadores às respectivas Câmaras Municipais;

“c) capacidade normativa própria, ou capacidade de autolegislação, mediante a competência de elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva e suplementar;

“d) capacidade de auto-administração (administração própria, para manter e prestar os serviços de interesse local)” (grifou-se) (Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 545 e 546).

A capacidade normativa própria caracteriza a denominada autonomia normativa, consistente na capacidade de fazer leis próprias sobre a matéria de sua competência, consoante ensinamento do mestre acima nominado (*op. cit.*, p. 546).

Assim, considerando que o município de Florianópolis, como ente federativo que é, tem autonomia normativa própria, pode legislar sobre as matérias de sua competência, previstas no art. 30 da Constituição Federal, inclusive sobre ocupação do solo urbano.

O art. 25 do ADCT do Estado de Santa Catarina, ao proibir que os municípios localizados na orla marítima editem normas e diretrizes menos restritivas que as existentes sobre o uso do solo, invade a competência exclusiva dos municípios e, consequentemente, fere o princípio da autonomia legislativa municipal, em flagrante afronta ao art. 30, inciso VIII, da CF/88.

Colhe-se do voto vencido declarado na Arguição de Inconstitucionalidade n. 1997.005515-3, da Capital, da lavra do nobre Des. João José Schaefer:

“— Arguição incidental de inconstitucionalidade.

“— A alegação de inconstitucionalidade de lei municipal frente a preceito do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Estadual não impede que se examine a constitucionalidade do próprio preceito estadual dito violado. Se, incidentalmente, se tem como inconstitucional a norma estadual, esta é proclamada como ilegítima e inválida, subsistindo intacta a lei municipal.

“— No caso, a proibição de disposição constitucional transitória da Constituição do Estado, vedando ao

Município a edição de leis menos restritivas sobre o uso do solo do que as existentes na data da promulgação da Carta Estadual, choca-se com os preceitos asseguradores da autonomia dos municípios, especialmente os vinculados ao poder de legislar em matérias de seu interesse, que admitem as restrições decorrentes de legislação de competência concorrente (CF, art. 24, incisos VI, VII e VIII), mas não vedações genéricas ao poder de legislar.

“Arguição julgada improcedente”.

Ainda, da declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerrelo:

“Restei vencido quanto ao mérito da questão pois, segundo os termos do artigo 25 do ADCT da CE/89, o limite imposto aos municípios para editarem normas menos restritivas quanto aos urbanismos costeiros e ocupação do solo é o plano diretor referido no dispositivo, que inexistente.

“Assim sendo, qualquer limitação vem a ferir o princípio da autonomia municipal previsto no artigo 30, inciso VIII, da CF/88 (*vide* ADIn n. 478-6/SP, DJU de 28-2 97, p. 4.063 e RT 740/195)”.

Nesse sentido, colhe-se da ADIn n. 1988.077667-1:

“O planejamento urbanístico local encontra seu fundamento no artigo 30, VIII, da CF/88. *Nesse artigo está o reconhecimento exclusivo do Município para promover, no que couber,*

adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

“José Afonso da Silva leciona que ‘é competência própria, exclusiva, que não comporta interferência nem da União nem do Estado’ (O Município na Constituição de 1988, RT, 1989, São Paulo/SP, p. 62)” (grifou-se).

Como bem anotou o Des. Monteiro Rocha em sua declaração de voto vencido na ADIn n. 2002.005697-4:

“O Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro não foi editado pelo legislador catarinense, de modo que não se pode sequer cogitar de ilegalidade da norma municipal, fato este, inclusive, que não se analisa em ação direta de inconstitucionalidade.

“Assim, conclui-se que a diretriz geral e transitória do art. 25 do ADCT extrapolou os ditames da Constituição Federal, afrontando o princípio federativo e a autonomia municipal”.

No mesmo diapasão, recentemente este órgão julgador decidiu, em caso semelhante, envolvendo idêntica matéria (ADIn n. 2003.008464-9). Transcreve-se a ementa e o trecho do acórdão, da lavra do eminente Des. Newton Trisotto:

“Direito ambiental – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Meio ambiente – Plano de gerenciamento costeiro – Zona costeira – Vedação à

edição de leis menos restritivas – Constituição Estadual – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 25 – Interpretação conforme a Constituição.

“1. Zona costeira é ‘a área de abrangência dos efeitos naturais resultantes das interações terra-mar-ar; leva em conta a paisagem físico-ambiental, em função dos acidentes topográficos situados ao longo do litoral, como ilhas, estuários e baías; comporta em sua integridade os processos e interações características das unidades ecossistêmicas litorâneas e inclui as atividades socioeconômicas que aí se estabelecem’ (Resolução n. 1/90, da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar).

“2. O art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Santa Catarina deve ser interpretado à luz do disposto no § 4º do art. 225 da Constituição da República, que erigiu a *Zona Costeira* à condição de ‘patrimônio nacional’, prescrevendo que a ‘sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais’.

“Não o viola lei que, dispondo sobre o ‘planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano’ (CF, art. 30, VIII), em nada interfere no ecossistema da Zona Costeira.

[...]

“6. A competência outorgada aos Estados para legislar sobre ‘fiores-

tas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição' (CF, art. 24, VI) não lhes confere legitimidade para impedir que os municípios exerçam o 'poder de legislar' sobre 'assuntos de interesse local' (CF, art. 30, I) – neles compreendida a promoção do 'adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano' (art. 30, VIII) –, sob pena de violação ao princípio federativo. As limitações admitidas são apenas aquelas expressamente previstas na Constituição da República e em leis que decorrem do exercício da competência nela reservada à União e aos Estados, como alerta Aytron Pinassi:

‘Não pode, porém, o município esquecer-se de que não é plenamente autônomo, precisando para a consecução de seu plano diretor adaptar-se às leis federais e estaduais’ (Direito municipalista constitucional, Conan Editora, 1995, p. 125).

“A pretexto de exercer a competência de que trata o inc. VIII do art. 30, não poderão os municípios, *v.g.*, ofender disposições gerais ou específicas constantes da legislação federal ou estadual sobre ‘conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição’, ou acerca do ‘patrimônio histórico’ (CF, art. 24, §§ 1º, 2º e 3º)”.

O pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei Comple-

mentar n. 30/2001, do município de Florianópolis, deve ser examinado, também, à luz do Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, instituído pela Lei n. 7.661/88 que dita:

“Art. 1º. Como parte integrante da Política Nacional para os Recursos do Mar – PNRM e Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA, fica instituído o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro – PNGC.

“Art. 2º. Subordinando-se aos princípios e tendo em vista os objetivos genéricos da PNMA, fixados respectivamente nos arts. 2º e 4º da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, o PNGC visará especificamente a orientar a utilização nacional dos recursos na Zona Costeira, de forma a contribuir para elevar a qualidade da vida de sua população, e a proteção do seu patrimônio natural, histórico, étnico e cultural.

“Parágrafo único. Para os efeitos desta lei, considera-se Zona Costeira o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis ou não, abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre, que serão definidas pelo Plano.

“Art. 3º. O PNGC deverá prever o zoneamento de usos e atividades na Zona Costeira e dar prioridade à conservação e proteção, entre outros, dos seguintes bens:

“I – recursos naturais, renováveis e não renováveis; recifes, parcéis e bancos de algas; ilhas costeiras e oceânicas; sistemas fluviais, estuarinos e lagunares, baías e ense-

das; praias; promontórios, costões e grutas marinhas; restingas e dunas; florestas litorâneas, manguezais e pradarias submersas;

“II – sítios ecológicos de relevância cultural e demais unidades naturais de preservação permanente;

“III – monumentos que integrem o patrimônio natural, histórico, paleontológico, espeleológico, arqueológico, étnico, cultural e paisagístico.

“Art. 4º. O PNGC será elaborado e, quando necessário, atualizado por um Grupo de Coordenação, dirigido pela Secretaria da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar – SECIRM, cuja composição e forma de atuação serão definidas em decreto do Poder Executivo.

“§ 1º. O Plano será submetido pelo Grupo de Coordenação à Comissão Interministerial para os Recursos do Mar – CIRM, à qual caberá aprová-lo, com audiência do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama.

“§ 2º. O Plano será aplicado com a participação da União, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios, através de órgãos e entidades integradas ao Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama.

“Art. 5º. O PNGC será elaborado e executado observando normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, estabelecidos pelo Conama, que contemplem, entre outros, os seguintes aspectos: urbanização; ocupação e uso do solo, do

subsolo e das águas; parcelamento e remembramento do solo; sistema viário e de transporte; sistema de produção, transmissão e distribuição de energia; habitação e saneamento básico; turismo, recreação e lazer; patrimônio natural, histórico, étnico, cultural e paisagístico.

“§ 1º. Os Estados e Municípios poderão instituir, através de lei, os respectivos Planos Estaduais ou Municipais de Gerenciamento Costeiro, observadas as normas e diretrizes do Plano Nacional e o disposto nesta lei, e designar os órgãos competentes para a execução desses Planos.

“§ 2º. Normas e diretrizes sobre o uso do solo, do subsolo e das águas, bem como limitações à utilização de imóveis, poderão ser estabelecidas nos Planos de Gerenciamento Costeiro, Nacional, Estadual e Municipal, prevalecendo sempre as disposições de natureza mais restritiva.

“Art. 6º. O licenciamento para parcelamento e remembramento do solo, construção, instalações das características naturais da Zona Costeira, deverá observar, além do disposto nesta lei, as demais normas específicas federais, estaduais e municipais, respeitando as diretrizes dos Planos de Gerenciamento Costeiro.

“§ 1º. A falta ou o descumprimento, mesmo parcial, das condições do licenciamento previsto neste artigo serão sancionados com interdição, embargo ou demolição, sem prejuízo da cominação de outras penalidades previstas em lei.

“§ 2º. Para o licenciamento, o órgão competente solicitará ao responsável pela atividade a elaboração do estudo de impacto ambiental e a apresentação do respectivo Relatório de Impacto Ambiental – Rima, devidamente aprovado, na forma da lei.

“Art. 7º. A degradação dos ecossistemas, do patrimônio e dos recursos naturais da Zona Costeira implicará ao agente a obrigação de reparar o dano causado e a sujeição às penalidades previstas no art. 14 da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, elevado o limite máximo da multa ao valor correspondente a 100.000 (cem mil) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

“Parágrafo único. As sentenças condenatórias e os acordos judiciais (vetado), que dispuserem sobre a reparação dos danos ao meio ambiente pertinentes a esta lei, deverão ser comunicados pelo órgão do Ministério Público ao Conama.

“Art. 8º. Os dados e as informações resultantes do monitoramento exercido sob responsabilidade municipal, estadual ou federal na Zona Costeira comporão o Subsistema ‘Gerenciamento Costeiro’, integrante do Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente – Sinima.

“Parágrafo único. Os órgãos setoriais e locais do Sisnama, bem como universidades e demais instituições culturais, científicas e tecnológicas encaminharão ao Subsistema os dados relativos ao patrimônio natural,

histórico, étnico e cultural, à qualidade do meio ambiente e a estudos de impacto ao ambiente, da Zona Costeira.

“Art. 9º. Para evitar a degradação ou o uso indevido dos ecossistemas, do patrimônio e dos recursos naturais da Zona Costeira, o PNGC poderá prever a criação de unidades de conservação permanente, na forma da legislação em vigor.

“Art. 10. As praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica.

“§ 1º. Não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado no *caput* deste artigo.

“§ 2º. A regulamentação desta lei determinará as características e as modalidades de acesso que garantam o uso público das praias e do mar.

“§ 3º. Entende-se por praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema.

“Art. 11. O Poder Executivo regulamentará esta lei, no que couber, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias.

“Art. 12. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

“Art. 13. Revogam-se as disposições em contrário”.

Sobre o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, leciona com propriedade José Afonso da Silva:

“O Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, tem por objetivo geral orientar a utilização racional dos recursos na Zona Costeira, de forma a contribuir para elevar a qualidade da vida de sua população, e a proteção do seu patrimônio natural, histórico, étnico e cultural. O Gerenciamento Costeiro é o conjunto de atividades e procedimentos que, através de instrumentos específicos, permite a gestão da utilização dos recursos da Zona Costeira” (Direito ambiental constitucional, Malheiros, 2000, p. 145 e 146).

Pode-se afirmar que a Lei n. 7.661, de maio de 1988, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, tendo plena vigência. Foi regulamentada, posteriormente, pelo Decreto n. 5.300, em 2004.

Referida norma legal contém as disposições gerais a que se refere o art. 24, § 1º, da Constituição Federal e o art. 10, § 1º, da Carta Estadual catarinense.

Ante o disposto no art. 225, § 4º, da Carta Maior, a Zona Costeira deve ser preservada, constituindo-se em clara limitação ao direito de propriedade.

Indubitavelmente que a restrição contida no art. 25 do ADCT da

CESC inspirou-se no dispositivo acima citado.

Ocorre que, no Estado de Santa Catarina não há legislação disciplinando a ocupação das áreas localizadas na Zona Costeira.

Portanto, não tendo o Estado editado o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro, aos Municípios aplicam-se somente as vedações estabelecidas no Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro.

A restrição contida no art. 25 do ADCT de SC fere o princípio da autonomia municipal, previsto no artigo 30, inciso VIII, da CF/88.

Assim, em face da inconstitucionalidade do artigo 25 do ADCT da CE/89, não procede a alegada inconstitucionalidade da LC Municipal n. 30/2001.

Ofensa ao princípio da democracia participativa – arts. 111 e 141 da Constituição Estadual

O representante do Ministério Público alegou, ainda, que a Lei Complementar n. 030/2001 afrontou os arts. 111, X e 141, III, ambos da CE/89.

Tais dispositivos constitucionais estaduais exigem a participação do povo no planejamento urbano do município, o que não teria sido observado pelo legislador municipal.

Ditam eles, respectivamente:

“Art. 111 – O Município rege-se 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 na Constituição Federal e nesta Constituição, e os seguintes preceitos:

[...]

“X – cooperação das associações representativas no planejamento municipal [...]

“Art. 141 – No estabelecimento de normas e diretrizes relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e o Município assegurarão:

[...]

“III – participação de entidades comunitárias na elaboração e implementação de planos, programas e projetos e no encaminhamento de soluções para os problemas urbanos”.

Os artigos acima citados vinculam a atuação do Poder Público Municipal à participação de entidades comunitárias, ao elaborar normas e diretrizes que dizem respeito ao desenvolvimento urbano.

Ocorre que tais dispositivos legais devem ser interpretados como normas, as quais não tem eficácia plena, pois condicionam-se uma lei futura que regulará a participação.

Dessa forma, por não serem auto-aplicáveis, as normas municipais não estão sujeitas aos ditames da Constituição Estadual.

Assim, rejeita-se a alegada inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal n. 030/01 por não

ofender os arts. 111, X, e 141, III, da CE/89.

Ofensa aos arts. 140 e 181 da Carta Estadual

A alegação de que a lei ora impugnada acarretará em danos ambientais no local não pode ser aceita, pois não foram realizados estudos e nenhuma prova foi acostada aos autos nesse sentido.

Rezam os artigos 140 e 181 da CE/89, respectivamente:

“A política municipal de desenvolvimento urbano atenderá ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e ao bem-estar de seus habitantes, na forma da lei.

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Nada há nos autos a indicar que a lei que alterou as normas de zoneamento do bairro Bom Abrigo causará desequilíbrio ao meio ambiente.

A Lei Complementar n. 030/2001, do município de Florianópolis, que alterou normas de zoneamento do bairro Bom Abrigo, estabelecidas anteriormente pela LC n. 001/1997, a respeito do uso e ocupação do solo, não terá suspensa sua eficácia, na ausência de elementos que permitam inferir a possibilidade de ocorrência de dano ambiental.

Ofensa aos princípios da impessoalidade e moralidade

Argüiu-se, ainda, que a lei em análise teria afrontado o art. 16, *caput*, e 111, *caput*, ambos da Carta Estadual.

Funda-se a presente alegação no fato de que o interesse público não estaria sendo atendido com a elaboração da referida lei municipal.

Sabe-se, a administração pública deve pautar seus atos nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Compulsando-se os autos, verifica-se que nenhuma prova foi acostada com a inicial no sentido de comprovar a ausência de interesse público para a edição da norma atacada e, muito menos, de que não foram observados os princípios da administração pública.

Ao contrário, a alteração das normas de ocupação do solo no bairro Bom Abrigo, presume-se, possibilitará avanços e modernização em prol da população local.

Em suma, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da norma inserida no art. 25 do ADCT do Estado de Santa Catarina, a qual fere princípio constitucional federal da autonomia legislativa dos municípios, deve ser julgado improcedente o pedido de suspensão da eficácia da Lei Complementar n. 030/2001, do município de Florianópolis, por não ser inconstitucional ante a Carta Estadual.

Assim, rejeitam-se as preliminares e, no mérito, julga-se improcedente o pedido de declaração de inconsti-

tucionalidade da Lei Complementar n. 030/01, do município de Florianópolis.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu o Tribunal Pleno:

1) por votação unânime, rejeitar as preliminares de carência de ação e falta de interesse de agir e;

2) por maioria de votos, afastar a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do representante do Ministério Público e, no mérito, também por maioria, julgar improcedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi, Silveira Lenzi, Newton Trisotto, Maurílio Moreira Leite, Solon d'Eça Neves, Mazoni Ferreira, Volnei Carlin, Luiz César Medeiros, José Volpato, Monteiro Rocha, Fernando Carioni, Luiz Carlos Freyesleben, Gastaldi Buzzi, Marcus Túlio Sartorato, Cesar Abreu, Salete Sommariva, Ricardo Fontes e Nicenor Silveira, e, com votos vencidos, os Exmos Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Alcides Aguiar, Amaral e Silva, Anselmo Cerello, Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Trindade dos Santos, Cláudio Barreto Dutra, Irineu João da Silva, Vanderlei Romer, Eládio Torret Rocha, Torres Marques, Rui Fortes e Salim Schead dos Santos, que votaram pela procedência do pedido

Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 4 de maio de 2005.

Jorge Mussi,
Presidente, com voto;
Wilson Augusto do Nascimento,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho:

Ousei, *data venia*, divergir da douta maioria, em face dos fundamentos do respeitável parecer de fls. 202 *usque* 209, acerca do art. 25 do ADCT da Constituição Estadual, matéria que, por brevidade, fora incorporada a esta manifestação.

Esses os fundamentos do dissenso.

Francisco Oliveira Filho.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar:

Divergi, *data venia*, da douta maioria por entender que a norma em discussão – Lei Complementar n. 30/2001 do município do Florianópolis – porque estabelece regras menos restritivas sobre a utilização do solo na orla marítima, viola o contido no artigo 25 do Ato das Disposições Transitorias da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Referido dispositivo constitucional está assim redigido:

“Até a promulgação da lei que instituir o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro não poderão ser expedidas pelos municípios localizados na orla marítima normas e diretrizes menos restritivas que as existentes sobre o uso do solo, do subsolo e das águas, bem como sobre a utilização de imóveis no âmbito de seu território”.

A forma de utilização do solo balneário da Ilha de Santa Catarina foi regulada pela Lei n. 2.193, de 3-1-85, que instituiu as áreas de interesse turístico e de preservação, vigente à época da promulgação da Carta Estadual.

A ausência de um Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro, que orientará a utilização racional dos recursos de zona costeira, não permite, no momento, aos municípios da orla marítima legislar de forma menos restritiva que o consubstanciado na Lei do Plano Diretor citada, vale dizer, é inviável reduzir as restrições nela contidas.

A observância da legislação anterior, enquanto não sobrevém o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro, faz-se imperiosa, de forma a equacionar a urbanização dessas áreas, em face do meio ambiente.

Lembra a introdução ao Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, aprovado pela Resolução n. 1/90, da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar, de 21-11-90, que:

“Diferentes processos têm ocorrido, no transcurso dos últimos anos, para uma progressiva deterioração do meio ambiente em diversos pontos do litoral brasileiro. É esse, por exemplo, o caso da poluição industrial, da urbanização desordenada e consequente especulação imobiliária, de desmatamentos, de agressões à identidade cultural e paisagística de certas áreas costeiras. Tais problemas vêm provocando danosos efeitos sobre os ecossistemas, comprometendo a proteção ou a exploração equilibrada e sustentada de bens e recursos naturais litorâneos, afetando desfavoravelmente a qualidade de vida na Zona Costeira.

“Torna-se, assim, imprescindível que, na esfera político-administrativa da jurisdição federal, sejam estabelecidos critérios e normas de ordem legal, que contribuam para o ordenamento do espaço costeiro, a utilização de seus recursos e a racionalização das atividades socioeconômicas ou culturais desenvolvidas dentro de seus limites”.

Se assim sucede no plano federal, na órbita dos Estados e dos Municípios menor não deve ser a preocupação do Poder Público e da coletividade quanto ao dever de defender o meio ambiente, como bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida.

Este colendo Tribunal Pleno, acerca da matéria e examinando hipótese que se assemelha ao caso vertere, já se pronunciou a respeito:

“Ação direta de inconstitucionalidade — Lei Municipal n. 35/01 — Ofensa ao artigo 25 do Ato das Disposições Transitórias da Carta Estadual — Impossibilidade — Inconstitucionalidade decretada.

“A natureza jurídica das normas inseridas no ADCT é de natureza transitória e de eficácia exaurida, uma vez que a cogência de suas normas se exaure com o cumprimento de suas finalidades, as quais não podem ser revitalizadas por emendas constitucionais. Assim sendo, dispondo o artigo 25 do ADCT do Estado de Santa Catarina que, enquanto não for editado plano estadual de gerenciamento costeiro, não poderão ser editadas pelos municípios da costa marítima normas e diretrizes menos restritivas que as existentes sobre o uso do solo, subsolo e águas, bem como sobre a disposição dos imóveis no referido território; esta disposição constitucional, embora transitória, não se exauriu, estando, portanto, em vigor, a qual ainda não restringe a competência municipal em tema de urbanismo, que no escólio de Hely Lopes Meirelles é ampla e decorre de preceito constitucional (art. 30, I), o que lhe assegura a promoção adequada do ordenamento territorial mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano (art. 30, VIII), visando à execução da política de desenvolvimento urbano, mas segundo as diretrizes fixadas pela União (art. 182); contudo, esta autonomia não vai ao ponto de se sobrepor aos ordenamentos estaduais e federais que regulam a matéria” (Ação Direta de In-

constitucionalidade n. 2002.005697-4, da Capital, relator designado Des. Anselmo Cerello., j. 3-3-2004).

Mais:

“Ação direta de inconstitucionalidade – Município de Florianópolis – Instituição de via pública sobre a Praia das Almas, na Lagoa da Conceição – Lei complementar n. 83, de 6 de novembro de 1995 – Ofensa ao art. 25 do ADCT da Constituição do Estado de Santa Catarina – Procedência parcial.

“A política municipal de desenvolvimento urbano deve atender as funções sociais da comunidade, garantindo a ocupação do solo, o controle sobre a expansão, vazios e manutenção das características naturais, porque todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ofende esses princípios a Lei que autoriza a construção de via pública mediante aterro inadequado de praia, por contrariar inclusive o art. 25 do ADCT da Carta Política Catarinense, que veda na orla marítima normas ‘menos restritivas que as existentes sobre o uso do solo, do subsolo e das águas, bem como sobre a utilização de imóveis no âmbito de seu território’ até o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2001.009067-8, da Capital, relator Des. Francisco Oliveira Filho, j. 2-2-2002).

Também de minha relatoria, em fase de liminar:

“Ação direta de inconstitucionalidade — Leis Municipais n. 3.711 e

3.709/92, art. 3º, diante do prescrito no art. 25 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Santa Catarina — Planos de Urbanização da Barra da Lagoa e Retiro da Lagoa — Sinais de inobservância de normas já existentes, expedidas pelo Município (Plano Diretor dos Balneários), reduzindo-lhe as restrições sobre o uso do solo, quando tal se revela vedado enquanto não promulgada a lei que instituirá o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro (art. 25, ADCT, da CE/89)” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 121, da Capital., j. 21-12-1994).

Enfim, a própria redação do art. 25 do ADCT da Constituição Estadual dá a exata abrangência do propósito que animou o legislador, com o que a legislação municipal deve se harmonizar com a disposição constitucional em comento.

Essas eram as razões do meu convencimento.

Alcides Aguiar.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello:

Restei vencido quanto ao mérito da questão pois, segundo os termos do artigo 25 do ADCT da CE/89, o limite imposto aos municípios para editarem normas menos restritivas quanto aos urbanismos costeiros e ocupação do solo é o plano diretor referido no dispositivo, que inexistente.

Assim sendo, qualquer limitação vem a ferir o princípio da autono-

mia municipal previsto no artigo 30, inciso VIII, da CF/88 (*vide* ADIn n. 478-6 SP, DJU de 28-2-97, p. 4.063 e RT 740/195).

Essas as razões do dissenso.

Anselmo Cerello.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha:

Subscrevo as razões delineadas no parecer de fls. 202 a 209 da lavra do Dr. Gilberto Callado de Oliveira, DD. Procurador de Justiça, acompanhando, desse modo, o voto vencido do eminente Des. Francisco Oliveira Filho.

Eládio Torret Rocha.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer:

Ousei divergir da maioria por entender que a lei objeto da presente *actio* – LC n. 30/2001 – afrontou o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Estadual, norma cuja constitucionalidade é manifesta.

Nos termos desse dispositivo, “até a promulgação da lei que instituir o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro não poderão ser expedidas pelos Municípios localizados na orla marítima normas e diretrizes menos restritivas que as existentes sobre o uso do solo, do subsolo e das águas, bem como sobre a utilização de imóveis no âmbito de seu território”.

In casu, a Lei Complementar n. 30/2001, que alterou o zoneamento do

bairro Bom Abrigo, no município de Florianópolis, localizado na orla marítima, como é do conhecimento de todos, é comprovadamente menos restritiva que a lei anterior (LC n. 1/97), o que evidencia a infringência ao dispositivo legal acima reproduzido.

Com efeito, não se pode cogitar, em que pesem os respeitáveis posicionamentos em sentido contrário, a inconstitucionalidade do artigo 25 do ADCT. Consoante já decidiu este Tribunal, “decerto que a Constituição Federal, em seu art. 30, incisos I e VIII, outorga aos municípios competência para legislar sobre assuntos de interesse local e promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e ocupação do solo urbano, deixando a impressão, se apressadamente interpretada, de que a norma dita violada fere a autonomia municipal. O art. 24 da Carta Federal, no entanto, ao outorgar à União, Estados e Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre direito urbanístico, proteção ao patrimônio turístico e paisagístico e, principalmente, responsabilidade por danos que lhes sejam causados e ao meio ambiente, faz derruir aquela interpretação, demonstrando que o preceito da Constituição Estadual é hígido, visto que não interfere na autonomia municipal” (ADIn n. 2001.002318-6, da Capital, rel. Des. Sérgio Paladino).

Corroborando o entendimento aqui sustentado, confirmam-se, também desta Corte de Justiça, os seguintes

julgados: ADIn n. 2002.012052-4, rel. Des. Orli Rodrigues; ADIn n. 2002.005697-4, rel. Des. Francisco Oliveira Filho; ADIn n. 2002.005697-4, rel. Des. Anselmo Cerello; ADIn n. 2001.004428-5, rel. Des. Trindade dos Santos; ADIn n. 2001.017099-0, rel. Des. Silveira Lenzi; dentre outros.

São essas, em síntese, as razões do dissenso.

Vanderlei Romer.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik:

As razões do meu dissenso em relação ao entendimento esposado pela douta maioria, que julgou im-

procedente a ação direta de inconstitucionalidade, não são outras, no fundo, que não aquelas já expostas nas razões do voto proferido pelo eminente Des. Francisco Oliveira Filho, o qual, aliás, por isso mesmo acompanhei, no particular, na sessão de julgamento, oportunidade em que S. Excia. se manifestou anteceden-temente, apresentando tais motivos de seu posicionamento contrário.

Em razão disso é que me abstenho de tecer considerações outras, que seriam estéreis, limitando-me a subscrever, *permissa venia*, o voto já lançado.

Gaspar Rubik.

RECURSO DE DECISÃO

RECURSO DE DECISÃO N. 2000.001758-2, DE JOINVILLE

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Recurso de decisão – Interposição contra decisão do Conselho da Magistratura – Processo administrativo visando à perda de delegação – Oficial de Registro de Imóveis – Serventuária – Vitaliciedade adquirida – Pena aplicada – Suspensão.

Preliminares – Nulidade da sindicância por ofensa ao contraditório e ampla defesa – Não ocorrência – Não aplicação dos princípios em face do caráter inquisitivo e informativo do procedimento anterior ao processo administrativo — Nulidade da pena aplicada por incompetência do órgão julgador e inadequação do procedimento – Exordial de processo administrativo – Defesa correlata aos fatos narrados – Pena aplicada de acordo com as dis-

posições do Código de Divisão e Organização Judiciárias e Regimento Interno do órgão julgador – Legalidade – Rejeição das prefaciais suscitadas.

Mérito – Atos notariais – Registro de gleba de terras cuja área total deveria resultar da unificação de matrículas anteriores – Dimensões que não coincidem com àquelas correspondentes — Não observância ao princípio da continuidade – Defesa da oficiala embasada na ausência de culpa por ter apenas cumprido determinação contida em carta de adjudicação expedida nos autos da ação de arrolamento de bens do espólio – Recurso não provido.

Não é nula a sindicância por ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa, os quais somente devem ser respeitados após a instauração de processo administrativo, ante o caráter inquisitivo e informal daquele procedimento anterior e preparatório.

É competente o Conselho da Magistratura para aplicar pena disciplinar de suspensão, prevista no art. 24 de seu Regimento Interno, que reproduz norma de organização judiciária, ao serventuário vitalício considerado culpado, independentemente da pena cominada na exordial do processo administrativo, pois este defende-se dos fatos imputados.

Comprovada a culpa da serventuária pelo errôneo registro de gleba de terras, cujas dimensões não coincidem com às correspondentes às matrículas anteriores, ferindo o princípio da continuidade, a aplicação de pena administrativa é medida que se lhe impõe.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Decisão n. 2000.001758-2, da comarca de Joinville, instaurado por Beatriz Maria Douat Loyola, oficiala registradora do 1º Ofício de Registro de Imóveis, contra o egrégio Conselho da Magistratura:

ACORDAM, em Tribunal Pleno, por votação unânime, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso de decisão.

Custas de lei.

I — Relatório

Trata-se de recurso de decisão interposto por Beatriz Maria Douat

Loyola, oficiala registradora do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Joinville, objetivando a reforma da decisão proferida pelo egrégio Conselho da Magistratura que, nos autos do Processo Administrativo n. 674/99, instaurado pelo Corregedor-Geral da Justiça, por maioria de votos, aplicou a pena de suspensão por 90 (noventa) dias e transformou a suspensão preventiva já aplicada em pena definitiva, com remessa ao Órgão do Ministério Público, de acordo com o art. 40 do CPP.

O processo administrativo foi instaurado pela Corregedoria-Geral da Justiça contra Beatriz Maria Douat Loyola, oficiala registradora do 1º Ofício de Registro de Imóveis, por ter registrado, sob a Matrícula n. 81044, uma gleba cuja área total deveria resultar da unificação das Matrículas ns. 370, 371, 372, 374, 400 e 468, ordenada, pela Carta de Adjudicação, pelo Juízo da comarca de Curitiba nos autos da ação de arrolamento de bens de espólio, mas que, entretanto, tais dimensões não coincidiam com as correspondentes às matrículas anteriores. Referidas condutas restaram tipificadas no artigo 31, incisos I, II e V, da Lei n. 8.935/94, para sujeitá-la à pena de perda de delegação (art. 32, inciso IV, da citada lei).

O egrégio Conselho da Magistratura, por maioria de votos, determinou o afastamento preventivo da serventúria, pelo período de 90 (noventa) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta), caso necessário, conforme acórdão de fls. 291 a 294 dos presentes autos.

A recorrente, após ser citada, defendeu-se. Argüiu, preliminarmente: a) a impossibilidade de perder a delegação em processo administrativo por ser serventúria vitalícia; b) o descabimento do rito utilizado para aplicação da pena de perda da delegação e conseqüente incompetência da autoridade julgadora; c) ofensa ao princípio da legalidade pela ausência de disposição concernente ao Juízo competente e procedimento a ser adotado para aplicação da mencionada pena; d) a nulidade das declarações prestadas e da sindicância por ter sido cerceado seu direito ao contraditório e ampla defesa.

No mérito, alegou que apenas teria cumprido ordem judicial.

Ouvida a representada e inquiridas as testemunhas, em alegações finais, aquela argüiu cerceamento de defesa, ante a denegação das diligências requeridas por ocasião da oitiva das testemunhas. Destacou, novamente, as preliminares ventiladas e, no mérito, afirmou não existirem elementos capazes de autorizar a imposição de qualquer penalidade.

O representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela inexistência de irregularidade, ante a expressa determinação judicial.

O egrégio Conselho da Magistratura, por maioria de votos, aplicou a pena de suspensão, por 90 (noventa) dias e transformou a suspensão preventiva já aplicada em pena definitiva, remetendo-se cópia dos autos ao Ministério Público, com fulcro no

art. 40 do Código de Processo Penal (certidão de fl. 399). O acórdão foi lavrado pelo Exmo Sr. Des. Wilson Guarany, designado (fls. 400 a 413). Em seguida, declarou o voto vencido o Exmo Sr. Des. Francisco Oliveira Filho, pela aplicação de pena de perda de delegação (fls. 414 a 419).

Irresignada, a representada interpôs recurso da decisão do egrégio Conselho da Magistratura, arguindo, preliminarmente: a) ausência de manifestação acerca das preliminares argüidas na contestação; b) nulidade da pena aplicada. Requereu o arquivamento do feito, ante o acolhimento das preliminares. No mérito, pugnou pela reforma da decisão atacada, com a absolvição da representada, por não ter cometido nenhuma irregularidade no exercício da titularidade da serventia (fls. 422 a 441).

O representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento ao recurso interposto (parecer de fls. 446 a 452).

Vieram os autos conclusos, por redistribuição.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de recurso interposto contra decisão do egrégio Conselho da Magistratura, proferida em processo administrativo instaurado pela Corregedoria-Geral da Justiça contra Beatriz Maria Douat Loyola, oficiala registradora do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Joinville, por ter registra-

do, sob a Matrícula n. 81044, uma gleba cuja área total deveria resultar da unificação das Matrículas ns. 370, 371, 372, 374, 400 e 468, ordenada, pela Carta de Adjudicação, pelo Juízo da comarca de Curitiba, nos autos da ação de arrolamento de bens de espólio.

A instauração do procedimento administrativo motivou-se no fato de as dimensões não coincidirem com às correspondentes às matrículas anteriores, ferindo o princípio da continuidade.

1. Preliminares

A preliminar de vitaliciedade da recorrente foi analisada no acórdão atacado, não sendo objeto do presente recurso de decisão. Requereu a representada, nas razões recursais, a apreciação das preliminares a seguir expostas.

1.1. Nulidade das declarações prestadas e da sindicância que antecedeu o processo administrativo

A recorrente aduziu, inicialmente, que não fora analisada a preliminar por si suscitada, de ofensa ao contraditório e ampla defesa, ainda na fase de sindicância, razão pela qual pugnou pela nulidade da sindicância instaurada.

Há de ser afastada a proeminal de nulidade das declarações prestadas e da sindicância que antecedeu ao presente processo administrativo, pelos motivos adiante consignados.

Indubitavelmente, aplica-se aos processos administrativos os princí-

pios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

No entanto, ressalte-se, a sindicância, por ser procedimento administrativo anterior ao processo administrativo, é despida de formalidade, tendo caráter inquisitivo, a exemplo do inquérito policial. Tem a finalidade de angariar elementos que possibilitem a instauração de futuro processo administrativo disciplinar.

Não há direito à ampla defesa em sede de sindicância, pois não existe acusação. Tal procedimento administrativo visa, unicamente, a instruir e a viabilizar a instauração de processo administrativo, do qual o acusado poderá defender-se.

Nesse sentido:

“O processo da Sindicância não tem forma e nem figura de juízo, não obedece a procedimento específico, nem ao princípio do contraditório. Ao indiciado não cabe alegar defeitos ou irregularidades na sindicância (ou vícios de intimação), porquanto a sua defesa será sempre feita, de forma exaustiva e eficiente, na fase do inquérito administrativo, como ocorreu, na hipótese” (RDMS 281/SP, j. de 31-3-1993, *in* RDA vol. 193/139, 1ª T., STJ, rel. Min. Garcia Vieira).

Segundo o saudoso Professor Hely Lopes Meirelles: “é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração”, e enquanto a sindicân-

cia, segundo o mesmo ensinador, ‘é o meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição ao infrator [...] e não tem base para punição, equiparável ao inquérito policial em relação à ação penal. É o verdadeiro inquérito administrativo que precede o processo administrativo disciplinar” (Dênerson Dias Rosa, *in* Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar, Revista Data vênica – Opinião – Ano V – n. 53, dez./2001).

Colhe-se da jurisprudência: “Sindicância e procedimento administrativo disciplinar: distinção, certo que aquele é, de regra, medida preparatória deste (Lei n. 8.112/90, artigos 143, 145, 154)” (MS n. 21635/PE, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 20-4-95).

A sindicância, como procedimento investigatório, pode transcorrer com informalidade.

Nesse diapasão já assentou o Superior Tribunal de Justiça:

“A sindicância segue um rito peculiar, cujo escopo é a investigação das pretensas irregularidades funcionais cometidas, sendo desnecessário a observância de alguns princípios basilares e específicos do processo administrativo disciplinar. Afinal, procedimento não se confunde com processo. Precedentes: RMS’s 281/SP e 8990-RS” (ROMS 10264/PE, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJU 18-2-2002) (DJU. De 20-9-2001).

Transcreve-se parte do voto vencido do em. Des. Francisco Olivei-

ra Filho, por ocasião do julgamento do presente processo, pelo Conselho da Magistratura:

“[...] Em prefacial, sustenta a nulidade das declarações prestadas e da sindicância instaurada.

“A sindicância é mero procedimento preparatório do processo administrativo disciplinar e, dado seu caráter puramente informativo da instrução desse processo, falha que, porventura, ocorra na sindicância, não implica a nulidade dele, à semelhança do que ocorre com o inquérito policial em face da ação penal, não sendo ambos — sindicância e inquérito policial — peças essenciais à instauração do processo administrativo ou penal, respectivamente. Por isso mesmo é que no processo administrativo disciplinar, independentemente de ter ou não havido sindicância, a fase em que se aplica o princípio do contraditório e se exercita a ampla defesa é a do processo administrativo que compreende a instrução, defesa e o julgamento.

“Aliás, ‘é pacífico dentre os doutrinadores que o processo é a regra, a sindicância é a exceção. A sindicância não impõe um rigor formal, qualquer omissão no seu procedimento não implicará na nulidade do subsequente processo administrativo disciplinar para apuração de faltas cometidas por servidores públicos’ (Silva, Edson Jacinto da. *Sindicância e processo administrativo disciplinar*. Editora de Direito, São Paulo, 1999, p. 153)” (fls. 414 e 415).

Não é nula a sindicância por ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa, os quais somente devem ser respeitados após a instauração de processo administrativo, ante o caráter inquisitivo e informal daquele procedimento anterior e preparatório.

Dessa forma, não merece prosperar a preliminar suscitada.

1.2. Nulidade da pena aplicada

Argüiu, ainda, a recorrente, a nulidade da pena aplicada pelo Conselho da Magistratura, ante a inadequação do procedimento adotado para dita aplicação.

Aduziu a recorrente, em apertada síntese, ter o Conselho da Magistratura cometido ilegalidade ao considerar válido o processo administrativo em que reconheceu a impossibilidade de aplicação de perda de delegação via administrativa e aproveitou para aplicar pena de suspensão (fl. 427).

Como bem ressaltou o ilustre representante do Ministério Público, em seu parecer:

“Não é a mera impossibilidade deste órgão de aplicar determinada penalidade o que lhe subtrairá a competência para processar e julgar disciplinarmente um servidor da Justiça, até porque esta impossibilidade resulta de uma condição subjetiva do agente.

“[...] A mera menção, seja na denúncia, seja na portaria que deflagra o processo administrativo, dos tipos legais que eventualmente incidam

sobre a conduta do agente, ou das respectivas penas atribuídas, não integram, por assim dizer, o conteúdo primordial destas peças. Tal conteúdo, como já se falou, é a mera narração da conjuntura fática que ensejou a deflagração do processo e que acarreta, em tese, a respectiva condenação ao acusado” (fl. 451).

O digno representante do *Parquet* estadual opinou pela rejeição da preliminar ventilada, ante a competência do Conselho da Magistratura para aplicar a pena imposta (fl. 452).

É cediço que o acusado, em processo administrativo ou penal, defende-se dos fatos a ele imputados e não da imputação feita inicialmente.

O fato de o órgão julgador aplicar pena mais gravosa do que a colimada na exordial deflagratória não implica em sua nulidade, se prevista na legislação para a conduta tipificada.

Não pode ser aceita a afirmação de incompetência do Conselho da Magistratura para imputação da pena de suspensão aplicada, por ofensa ao princípio do juiz natural, pois a legislação aplicável à espécie é permissiva neste sentido.

A Lei Complementar n. 35/79, ao prever a existência do Conselho da Magistratura, estabeleceu, em seu artigo 104:

“Haverá nos Tribunais de Justiça um Conselho da Magistratura com função disciplinar e a composição, a competência e o funcionamento des-

se Conselho, que terá como órgão superior o Tribunal Pleno ou o Órgão Especial, serão estabelecidos no regimento interno”.

Em consonância com a supracitada norma, a Lei Estadual n. 5.624/79 (CDOJESC) estabeleceu, em seu artigo 379: “A composição, a competência e o funcionamento do Conselho Disciplinar da Magistratura serão estabelecidos no Regimento Interno (art. 104 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional)”.

Consoante norma insculpida no art. 439 do Código de Divisão e Organização Judiciárias, serão aplicáveis aos servidores da justiça as disposições do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado naquilo que não estiver disposto neste Código ou nos Regimentos Internos do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral da Justiça.

Aos servidores vitalícios aplicar-se-ão as penas disciplinares previstas na ordem expressa no art. 26 do CDOJESC: advertência, censura, multa até 10 (dez) valores de referência, suspensão até noventa dias.

O Regimento Interno do Conselho da Magistratura reproduz, em seu art. 24, as penas disciplinares a serem aplicadas, na mesma ordem, inclusive. Dessa forma, indiscutível a competência do órgão julgador atacado para a aplicação das penas administrativas impostas à recorrente.

Ademais disso, após reconhecida a vitaliciedade do servidor, devem ser-lhe aplicadas penas previstas no

ordenamento jurídico vigente, representativa de sanção para o ato praticado.

É competente o Conselho da Magistratura para aplicar pena disciplinar de suspensão, prevista no art. 24 de seu Regimento Interno, que reproduz norma de organização judiciária, ao serventuário vitalício que é considerado culpado, independentemente da pena cominada na exordial do processo administrativo, pois este defende-se dos fatos imputados.

Não há cogitar em nulidade na aplicação da pena, pois competente o órgão julgador, correto o procedimento administrativo utilizado, bem como a pena aplicada.

2. Mérito

A defesa da recorrente fundou-se na ausência de irregularidade no exercício da serventia, pois somente teria dado cumprimento à ordem judicial oriunda de Carta Precatória advinda de Curitiba, proveniente dos autos de ação de arrolamento de bens.

Por sua vez, a instauração do presente processo administrativo deveu-se ao fato de ter sido anotada área diferente das anteriormente existentes para as respectivas matrículas, ferindo o princípio da continuidade.

A decisão do Conselho da Magistratura ora atacada pelo presente recurso foi clara como a luz solar, reproduzindo parecer ministerial intocável, merecendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Adota-se como razões de decidir os mesmos fundamentos constantes no irreprochável acórdão do egrégio Conselho da Magistratura:

“Constata-se à fl. 282 que a indiciada foi nomeada para exercer, vitaliciamente, o cargo de 1º Oficial de Registro de Imóveis, através do Decreto de 31 de maio de 1965, publicado no Diário Oficial do Estado de 9 de junho de 1965. Como vitalícia somente pode ser demitida através de sentença judicial inexistente possibilidade desta sanção ocorrer em procedimento de natureza administrativa.

“Mesmo antes da Lei n. 8.935/94, tal solução era extraída da exegese do § 4º do art. 364 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado, que não prevê a aplicação dessa penalidade ao serventuário vitalício, *verbis*:

‘§ 4º — Aos serventuários vitalícios poderão ser aplicadas as seguintes penas disciplinares: a) advertência; b) censura; c) multa até 10 (dez) valores de referência; d) suspensão até 90 (noventa) dias’.

Incorporada a vitaliciedade ao patrimônio jurídico do indiciado, inviável, mesmo com a edição da nova lei, acima mencionada, a aplicação da pena de perda da delegação, por ofensa ao direito adquirido daquele serventuário de só perder seu cargo através de sentença judicial, já que, como adverte José Afonso da Silva, “quanto ao agente vitalício, somente em virtude de sentença judicial transitada em julgado” (Curso de Direito Constitucio-

nal Positivo. 13ª edição, Malheiros, 1997, p. 638). No mesmo sentido preleciona Hely Lopes Meirelles em sua obra *Direito Administrativo*, 24ª ed., 1999, p. 412 e 413.

Aliás, colhe-se da jurisprudência deste Conselho:

“Processo administrativo — Escrivã de paz vitalícia — Suspensão — Pena administrativa máxima — Inteligência do art. 364, § 4º, do CDOJESC — Prescrição bienal — Ocorrência — Reconhecimento.

“O vitalício somente poderá perder o cargo em face de sentença judiciária e não em processo administrativo. Inocorrente a possibilidade de aplicação de perda de delegação a prescrição administrativa é bienal” (Processo Administrativo n. 607, de Chapecó, rel. Des. João Martins julgado em 10-9-97).

Todavia, ante a independência recíproca das jurisdições, nada obsta que seja aplicada à indiciada a pena de suspensão por 90 (noventa) dias e transformar a suspensão preventiva já aplicada em pena definitiva. O citado princípio é consagrado pela jurisprudência, a qual vem utilizando-a nas mais diversas hipóteses.

Vale citar:

“Administrativo — Policial militar — Licenciamento a bem da disciplina — Sindicância em que se observou o princípio do contraditório — *Writ* denegado — Sentença confirmada — Precedentes jurisprudenciais.

‘Lícito é o licenciamento da Polícia Militar a bem da disciplina, se o

ato foi precedido de sindicância em que a praça amplamente se defendeu através de advogado constituído.

‘O Juízo de convivência e oportunidade em aplicar ato punitivo é da autoridade administrativa. Submetendo-se ao Judiciário apenas o aspecto legal de tal procedimento’.

‘A absolvição criminal só afasta a responsabilidade administrativa civil, quando ficar decidida a inexistência do fato ou a não autoria imputada ao funcionário, dada a independência das três jurisdições’ (ACMS n. 5.743, de Lages, rel. Des. Amaral e Silva, julgada 27-2-96).

“Entre nós, vigora o princípio da independência das jurisdições, motivo por que a absolvição de candidato em concurso público, no juízo penal, por insuficiência de provas, não vincula a Administração, que poderá dá-lo por moralmente inapto. O exercício de cargo público exige extraordinários predicados morais. Impossibilidade de examinar o mérito do ato administrativo. Embargos rejeitados por maioria” (Embargos Infringentes n. 596032292, 2º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, Porto Alegre, relator p/ acórdão Araken de Assis. Embargante: Carlos Eugênio Coffy Pires. Embargado: Estado do Rio Grande do Sul. j. 14-6-96, maioria).

E do Superior Tribunal de Justiça:

“Ementa. Administrativo. Policial militar. Exclusão da corporação. Ato disciplinar. Independência das instâncias. Lei n. 1.533/51.

“— As instâncias administrativa e judicial são independentes, não havendo necessidade de prévia manifestação do Judiciário.

“— O juízo de conveniência e oportunidade em aplicar ato punitivo é da autoridade administrativa, submetendo-se ao Judiciário apenas o aspecto legal de tal procedimento.

“— Recurso provido” (REsp n. 2.027-0/RJ. 2ª Turma, rel. Min. Américo Luz, julgado em 2-3-94. RSTJ 58, p. 193).

No mais, oportunas as considerações do ilustre representante do Ministério Público, transcritas abaixo, adotadas como razões de decidir:

“Por fim, quanto à preliminar de cerceamento de defesa, decorrente do despacho de fls. 366 que negou-se a oficial, conforme requiser a representada, junto a órgãos públicos para a apresentação de documentos, não vejo qualquer pecha de nulidade.

“Como bem anotou o Des. Francisco Oliveira Filho, o art. 399 do CPP, aplicável por analogia ao caso vertente, não contempla tal hipótese. Na verdade, esta espécie de requerimento só pode ser deferida quando a parte provar real impedimento e obstar-lhe a consecução dos documentos indicados.

“Da jurisprudência do STJ:

“II — Não demonstrada, ainda que perfunctoriamente, a impossibilidade da parte obter diretamente a documentação que entende lhe ser útil, descabe a sua requisição pelo juiz’ (RSTJ 23/249).

“No caso em tela — é até despicando notar — não houve sequer indícios desta impossibilidade, fato que implica, inexoravelmente, a não procedência desta preliminar.

“1. *A irregularidade atribuída à representada cinge-se ao seguinte fato: o registro de determinado imóvel, que seria resultado da unificação de terrenos menores, sob a Matrícula n. 81.044 (fl. 224).*

“Tal irregularidade decorreria de várias circunstâncias, quais sejam.

“a) foi desrespeitado o princípio da continuidade, de observância obrigatória pelos oficiais de registro de imóveis, visto que os limites e dimensões do imóvel retratado no registro impugnado não coincidiam, em absoluto, com os correspondentes aos registros anteriores,

“b) não estava sob a alçada da oficiala representada o registro do imóvel em questão, eis que situado em circunscrição diversa da sua;

“c) um dos terrenos que compunham a área total registrada, exatamente aquele de matrícula n. 468, não era de propriedade de nenhuma das pessoas cujos bens foram arrolados, isto nos autos donde adveio a Carta de Adjudicação que foi, na verdade, o título no qual se amparou o registro.

“Antes de tudo, uma contextualização impõe-se.

“O registro acoimado ilegal arremou-se numa Carta de Adjudicação, expedida em nome de Juraci Teresso,

nos autos da ação de arrolamento de bens do espólio de José Francisco de Araújo, Idalina Clara de Araújo e Antônio Serafim dos Santos.

“Juraci, calcada no título judicial em questão, levou-o a registro na 1ª Circunscrição da Comarca de São Francisco do Sul, onde o oficial responsável, notando as enormes disparidades entre o conteúdo da Carta Adjudicatória e as verdadeiras características dos terrenos ali discriminados, suscitou dúvida sobre a exatidão do título judicial, ensejando a sua posterior retificação, conforme termo de fls. 269 a 271.

“Esta retificação restou devidamente averbada neste cartório de São Francisco do Sul, de modo a não restar qualquer dúvida a respeito.

“Todavia, a proprietária dos terrenos adjudicados, Juraci, levou a Carta de Adjudicação a registro também na circunscrição da ora representada, situada na comarca de Joinville. Todavia, a Carta de Adjudicação foi registrada conforme as características havidas antes da retificação, muito embora esta já tivesse ocorrido.

“Logo, o registro correspondente à matrícula 81.044 era irrefragavelmente irregular, tanto que descreve imóvel cuja área é vinte e oito vezes maior do que a somatório das glebas unificadas.

“2. Ofensa ao princípio da continuidade dos registros.

“Este princípio quer significar que o registro deve, incondicionalmen-

te, ater-se a uma exata correspondência entre o direito outorgado e o objeto deste direito, com vistas à cadeia sucessiva de titularidade sobre este.

“Socorro-me da jurisprudência para alumiar este conceito:

‘O princípio da continuidade, que se apóia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidade a vista da qual só se fará a inscrição de um direito se outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência de imóvel no patrimônio do transmitente’ (RT 565/92).

“Tal princípio, em verdade, decorre da própria lógica inerente à atividade de registro de imóveis, vale dizer, é razão de coerência do sistema legalmente engendrado, que se arrima — e ao mesmo tempo retrata — no princípio da unicidade do direito real, ou seja, sobre determinado pode incidir apenas um direito real de determinada categoria.

“Decorre disso, aliás, a extrema relevância que a lei confere à sua observância, pois, caso contrário, a própria credibilidade da atividade notarial estaria fatalmente comprometida.

“Ora, é desnecessário dizer que é o próprio notário quem, no âmbito de sua atividade, e em face dos deveres que deve observar, deve zelar para que o princípio seja observado. Esta, aliás, é uma das atividades precípua-

atribuídas ao Oficial de Registro de Imóveis, à vista da própria finalidade, já aludida, desta atividade.

“Volvendo-se ao caso concreto, força concluir que à ora representada incumbia, incondicionalmente, proceder ao exame do título registrado — o qual amparava-se em dados errôneos que ensaiaram, por sinal, a já citada retificação — e aquilatar a sua incompatibilidade com os registros anteriores.

“Isto não era mera faculdade, tampouco denotaria excesso de zelo ou esmero da representada — era definitivamente uma obrigação que se lhe impunha, pois encerrava um dever inerente à atividade que desempenhava.

“O art. 195 da Lei n. 6.015/73, dispõe que o Oficial do Registro de Imóveis deve tomar todos os cuidados necessários para manter a continuidade do registro imobiliário.

“Diz o artigo:

‘Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro’.

“Walter Ceneviva explana:

‘O fiel garantidor da continuidade do registro é o oficial. Cabe-lhe exigir, ainda, a matrícula, que vale mesmo para o imóvel adquirido antes do Código Civil. Elementos transpostos para a matrícula são os que constam

do título, do registro anterior no mesmo cartório ou de certidões fornecidas por outras serventias sob cuja atribuição, anteriormente, esteve o registro’ (Lei dos Registros Públicos Comentada. 7ª edição, 1991, p. 342).

“A jurisprudência, decerto, corrobora este entendimento:

‘Há um acórdão afirmando que cabe ao oficial velar pela observância dos princípios normativos peculiares aos Registros Públicos, dentre eles, com destaque, pelo da continuidade do registro (art. 195 da Lei n. 6.015/73)’ (RT 574/105).

“Vale ainda citar:

‘É impossível o registro do título apresentado, sem quebra do princípio da especialidade, quando há desconcórdância entre as indicações dele constantes e as existentes na transcrição anterior, no que diz respeito à caracterização do imóvel’ (RT 575/127).

“Ou ainda:

‘Havendo desconformidade entre a descrição da coisa contida na escritura apresentada e aquela constante no registro anterior, caracteriza-se a nítida infringência aos princípios da especialidade e continuidade, inerentes aos Registros Públicos’ (RT 594/94).

“Em suma, cabia-lhe, indeclinavelmente, proceder a um exame a fim de aferir a efetiva correspondência entre o título registrado e a realidade estampada nos anais do respectivo registro de imóveis. Não importa, na

verdade, se a cartorária representada desconhecia a retificação procedida, embora haja várias circunstâncias que indicam o contrário, ou pelo menos que atestam que havia meios da representada dela se cientificar.

“Em suas declarações, afirmou a representada que, ‘ao abrir a matrícula já referida (81044) exigiu do interessado certidão atualizada do registro anterior originária do 1º Ofício de Registro de Imóveis da comarca de São Francisco do Sul’ (fl. 223).

“Note-se que, conforme claramente se depreende da certidão de fl. 279, a certidão pretensamente exigida pela representada já continha a averbação onde retratava, minuciosamente, a retificação empreendida.

“Ao depois, declarou novamente a indiciada que ‘as matrículas não foram abertas obedecendo as características dos registros oriundos da comarca de São Francisco do Sul, e sim com base naquela unificação, com retificação, contida no memorial descritivo incluído na carta de adjudicação’.

“Dessumbra-se, facilmente, a precariedade dos argumentos de defesa. Ou a representada realmente não se cientificara da retificação, e por negligência — decorrente da falta de cuidados ao exibir os dados concernentes ao imóvel registrado — matriculou a Carta de Adjudicação com os dados inverossímeis, ou conhecia a retificação, mas simplesmente ignorou-a, atendo-se aos dados reconhecidamente errados.

“Nesta segunda hipótese, ressalte-se, haveria indícios de conduta dolosa da representada, pois não existe, a princípio, qualquer outra motivação possível que ensejasse a conduta irregular.

“Neste contexto, nem mesmo a escusa da representada — que alega ter agido em estrito cumprimento de dever legal, pois teria apenas obedecido o comando judicial — tem guarida.

“Como é notório, não pode o notário opor questões de alta relevância ao comando judicial, pois este é intangível quanto a isso. Todavia, pode e deve fiscalizar a compatibilidade deste comando com a realidade entremostrada nos registros, pois estes se comprometem com a verdade fática a que, muitas vezes, não se atêm os elementos fáticos do comando judicial.

“A iterativa jurisprudência acolita este enfoque, ou veja-se:

‘Sem o encadeamento de todos os elos que configuram o princípio continuativo na filiação do imóvel não há como autorizar o referido registro, mesmo que se trate de carta de arrematação regularmente expedida pelo Judiciário (RT 565/92, 574/105-6)’ (Ap. Cív. n. 39.189, de São Francisco do Sul, rel. Des. Anselmo Cerello).

“Ainda:

‘A origem judicial do título não o avalia do ônus de satisfazer os requisitos de ingresso no Registro Imobiliário’ (Ap. Cív. n. 271.182, de Atibaia, 29-6-78, rel. Des. Andrade Junqueira).

“Em verdade, cumpria à representada agir da mesma forma como o fez o Oficial responsável pelo Cartório de São Francisco do Sul, que, aferindo o descompasso evidente entre a Carta de Adjudicação e a realidade dos imóveis que esta descrevia, suscitou dúvida acerca de seu conteúdo, o que, ao depois, deu azo à retificação.

“Este era o comportamento exigível; aí se observou, objetivamente, os imperativos de conduta peculiares à atividade notarial.

“João Rabelo de Aguiar Vallim anota, com muita percuciência, que ‘a primeira virtude de um Oficial de Registro é o bom senso’ (Direito Imobiliário Brasileiro, Ed. RT, 1980, p. 89).

“Forçoso deduzir que o bom senso, o zelo, a ética, tudo enfim que compõe a base dos sistemas jurídicos variados, impunha à representada uma conduta diametralmente oposta àquela verificada, pois, evidenciado nesta, no mínimo, inaceitável negligência, quando não uma atitude dolosa e até mesmo típica, consoante ressaltado anteriormente (fls. 384 a 391)” (Acórdão de fls. 400 a 413).

Mesmo que vencido quanto ao tipo de pena a ser aplicada à serventuária, o ilustre Des. Francisco Oliveira Filho, em sua declaração, entendeu ser culpada a Oficiala, nos termos irretocáveis, que merecem ser adotados:

“[...] Rejeitadas as preliminares argüidas, adentra-se no mérito da *quaestio*.

“As irregularidades no procedimento realizado pela Titular do Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição da comarca de Joinville estão plenamente demonstradas.

“Ao verificar a documentação apresentada para o registro da carta de adjudicação extraída dos Autos n. 174/95 de arrolamento sumário, da 19ª Vara Cível da comarca de Curitiba, Estado do Paraná, afirmou em sua defesa prévia que ‘não tinha conhecimento de qualquer retificação que houvesse sido promovida em relação à dita Carta de Adjudicação, até porque nenhum documento a esse respeito lhe foi apresentado’ (fl. 332). No entanto, conforme documentação apresentada, a qual faz parte do processo arquivado no Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição Imobiliária de Joinville, oriundo do arrolamento sumário já mencionado (fl. 115), constam as certidões de Registro dos Imóveis transcritos sob os ns. 370, 371, 372, 374, 400 e 468 do Livro n. 3-B, todos registrados na Serventia da 1ª Circunscrição Imobiliária de São Francisco do Sul, devidamente averbados ‘por força da Carta de Adjudicação passada aos 13 de julho de 1995, e, retificação de 24 de agosto de 1995, pelo Juízo de Direito da Décima Nona Vara Cível da comarca de Curitiba’ (fls. 132 a 137).

“Inverídica a assertiva da indiciada ao dizer em sua defesa prévia que ‘até a presente data, desconhecia a existência de retificação da sentença de adjudicação e, por isso mesmo, não poderia ter tomado outra

atitude senão proceder ao registro, pois foram cumpridas todas as exigências legais' (fl. 333). Pois, além de possuir certidões de Registro dos Imóveis após a averbação da aludida Carta e respectiva retificação, foi notificada extrajudicialmente em 20-10-98, via Cartório de Títulos e Documentos, de todo o ocorrido — suscitação de dúvidas por parte do Titular da 1ª Circunscrição Imobiliária da comarca de São Francisco do Sul, termo de retificação e respectiva averbação e unificação das matrículas conforme Carta de Adjudicação sem a retificação e abertura de matrícula com área 28 vezes superior que o total das matrículas originais, representando um aumento de 2.762,21 (dois mil, setecentos e sessenta e dois, vírgula vinte e um por cento) da área, que resultou na matrícula n. 81044 (fls. 168 a 170).

“Quanto à abertura da Matrícula n. 81.044, houve a inobservância do Princípio da Continuidade, uma vez que nas matrículas, originárias da comarca de São Francisco do Sul, havia um total de 64 (sessenta e quatro) braças de frente para o mar, ou seja, o equivalente a 140,80 metros (1 braça = 2,2 metros) de frente para o mar: na matrícula n. 81.044 foi registrada uma frente de 4.030 metros de frente para o mar.

“Se o princípio da continuidade fosse respeitado, a Oficiala teria observado que as características dos imóveis não eram coincidentes. Por esta razão foi violado o art. 225, § 2º, da Lei n. 6.015/73, que diz: ‘Consideram-se irregulares, para efeito de ma-

trícula, os títulos nos quais a caracterização do imóvel não coincida com a que consta do registro anterior’.

‘Havendo desconformidade entre a descrição da coisa contida na escritura apresentada e aquela constante do registro anterior, caracteriza-se a nítida infringência aos princípios da especialidade e continuidade, inerentes aos Registros Públicos’ (RT 594/94).

“A respeito da divergência com o título anterior, Walter Ceneviva comenta: ‘A irregularidade de títulos divergentes do registro anterior não é restrita à matrícula, mas se estende ao próprio registro. O princípio da continuidade exige uniformidade de descrições sucessivas ou, quando diverjam, que a retificação seja feita mediante procedimento judicial, se representar alteração das linhas de confrontação. Todavia, a coincidência com o título anterior não é absoluta. O oficial não pode ignorar as transformações pelas quais os imóveis passam, nem a necessidade de indicar os novos confinantes. O que a lei veda é a retificação do assento sob disfarce de simples atualização. Assim, as medidas perimetrais e a área devem coincidir com o assentamento anterior’ (in Lei dos Registros Públicos Comentada, Editora Saraiva, 13ª ed. São Paulo, 1999, p. 423 e 424).

“Com relação à circunscrição geográfica a que pertence o imóvel, cuja Matrícula (81.044) foi aberta, aplica-se a exegese do art. 169, inciso II, da Lei n. 6.015/73, que dispõe: ‘Art. 169. Todos os atos enumerados no art.

167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no Cartório da situação do imóvel, salvo: [...] II — os registros relativos a imóveis situados em comarcas ou circunscrições limítrofes, que serão feitos em todas elas'. Portanto, quanto a este fato, não há irregularidade.

“Acresça-se que o imóvel transcrito sob o n. 468 do Livro 3-B encontra-se registrado em nome de Francisca Maria de Araújo, o que não pertence a nenhum dos inventariados, e mesmo assim foi adjudicado à Sra. Juraci Turesso. Em sua defesa, afirma a Oficiala: ‘Em relação à matrícula 468, originária do Ofício de Registro de Imóveis da comarca de São Francisco do Sul, observe-se no documento de fl. 55 que o mesmo constava do processo de arrolamento que tramitou na comarca de Curitiba/PR’ (fl. 337). Todavia, convém destacar que o documento de fl. 55 é um xerox sem autenticação e ilegal.

“A propósito, como bem pondera Hely Lopes Meirelles, ‘conforme a gravidade do fato a ser punido, a autoridade escolherá, entre as penas legais, a que consulte ao interesse do serviço e a que mais bem reprima a falta cometida’ (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 22ª ed., 1997, p. 110)” (voto vencido de fls. 414 a 419).

Em suma, comprovada a culpa da serventuária pelo errôneo registro de gleba de terras, cujas dimensões não coincidem com às correspondentes às matrículas anteriores, ferindo o princípio da continuidade, a aplicação de pena administrativa era medida que se lhe impunha.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu o Tribunal Pleno, por votação unânime, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso de decisão, mantendo incólume o acórdão lavrado nos autos do processo administrativo, que, por maioria de votos, condenou a recorrente à pena de suspensão por 90 (noventa) dias e transformou a suspensão preventiva já aplicada em pena definitiva, determinando a remessa dos autos ao Órgão do Ministério Público, de acordo com o art. 40 do CPP.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Alcides Aguiar, Anselmo Cerello, Carlos Prudêncio, Orli Rodrigues, Souza Varella, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Sérgio Paladino, Maurílio Moreira Leite, Irineu João da Silva, Luiz César Medeiros, Vanderlei Romer, Nelson Schaefer Martins, José Volpato, Sérgio Baasch Luz, Fernando Carioni, Torres Marques, Luiz Carlos Freyesleben, Ruy Fortes, Gastaldi Buzzi, Marcus Túlio Sartorato, Cesar Abreu, Ricardo Fontes, Nicanor da Silveira, Salim Schead dos Santos. Pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 15 de junho de 2005.

Anselmo Cerello,
Presidente;

Wilson Augusto do Nascimento,
Relator.

INQUÉRITO JUDICIAL

INQUÉRITO JUDICIAL N. 1988.083671-2, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

Processual penal. Crime praticado por magistrado no exercício da judicatura. Aposentadoria superveniente. Cessação da competência originária do Tribunal de Justiça para processar e julgar a ação penal. Remessa dos autos   Justiça Criminal de primeira instância.

Com o cancelamento da Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, firmou-se o entendimento, nas Cortes Superiores, de que o Tribunal de Justiça   incompetente para processar e julgar, originariamente, ação penal contra magistrado aposentado, ainda que os fatos apontados como delituosos tenham sido praticados durante o exercício funcional, pois, com a aposentadoria, cessa a função judicante justificativa do foro especial.

“O artigo 84, § 1 , do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 10.628/02 não restabeleceu integralmente a cancelada Súmula 394: segundo o novo dispositivo a competência especial por prerrogativa de função só se estende após cessada a investidura determinante se a imputação for relativa a atos administrativos do agente” (STF, Min. Sepúlveda Pertence).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Inquérito Judicial n. 1988.083671-2, da comarca de Balneário Camboriú, em que   autora a Justiça Pública e indiciados J. da S. M., L. M., L. B. dos S. e C. L. M. M.:

ACORDAM, em Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, por maioria de votos, declarar, de ofício, a incompe-

t ncia do Tribunal Pleno, remetendo os autos   Justiça Criminal de primeira instância.

Custas de lei.

I — Relatório

A douta Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu denúncia contra o Dr.

J. da S. M., Juiz de Direito hoje aposentado, titular da Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú à época dos fatos narrados na denúncia, e contra L. M., L. B. dos S. e C. L. M. M., todos qualificados na peça ministerial, por infração aos artigos 312 e 321 do Código Penal, nos seguintes termos:

“No dia 12 de maio de 1992, o denunciado J. da S. M., na condição de Juiz titular da Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú, entregou em depósito ao denunciado L. M. um veículo marca Chevrolet, modelo Caravan, ano 1982, placa JY-9897, cor azul. O denunciado L. M. era, à época, funcionário público municipal que se encontrava à disposição do fórum de Balneário Camboriú e, pouco tempo depois, aposentou-se e passou a trabalhar no escritório de advocacia de C. L. M. M., esposa do denunciado J. e também denunciada. Na verdade, o depósito tem somente a finalidade de encobrir o desvio de bens particulares que o denunciado J. tinha sob sua posse jurídica. O veículo entregue por J. a L. M. foi apreendido em poder de Celso Bastos, acusado da prática de estelionato, e encontrava-se à disposição do juízo criminal daquela Comarca. O denunciado L. M. aderiu à conduta delituosa, concorrendo para a prática do delito.

“No dia 18 de maio de 1993, o primeiro denunciado entregou à denunciada L. B. dos S. um automóvel Volkswagen, modelo Voyage, ano 1986, placa BN-4583, cor verde. O referido veículo havia sido apreendi-

do em poder de José Antônio Gomes, preso em flagrante pela prática de delito de furto. Mesmo que o então denunciado tenha sido absolvido em 12 de agosto de 1993, a denunciada L. B. dos S. ficou com a posse do veículo pelo menos até a data da correição cuja documentação embasa a presente denúncia. Na verdade, o compromisso formal de depósito foi somente o artifício usado para o desvio de bem particular de que o denunciado J. M. tinha a posse jurídica, em razão de seu cargo. Evidente a participação da denunciada L. B. dos S., aderindo à conduta do denunciado J.

“No dia 19 de agosto de 1993, o denunciado J. da S. M. recebeu da escrivã judicial da Vara Criminal de Balneário Camboriú a importância de US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares), apreendidos em poder de Alvernague Marques Antônio, acusado naquela Comarca pela prática do delito de tráfico de entorpecentes. O denunciado recebeu a importância referida, justificando com a finalidade de depósito em caixa de segurança bancária. Ocorre que não houve o depósito em caixa de segurança e nem foi o dinheiro transformado em moeda nacional e depositado em caderneta de poupança. Posteriormente, por determinação do Juiz da Vara da Infância e da Juventude, metade da importância foi entregue à amásia do acusado, ficando o restante em poder do Juiz, que efetuou a devolução em duas parcelas, em 29-12-93 e 3-5-94. É importante observar que os valores foram, na realidade, apreendidos em 10-7-92 e somente foram devolvidos após o

decurso de mais de um ano, em parcelas, diante, inclusive, da manifestação do Ministério Público, solicitando informações sobre a importância apreendida. Trata-se de evidente apropriação de valores que o denunciado tinha sob sua posse em razão da função que desempenhava.

“No dia 11 de março de 1993, o denunciado J. da S. M. entregou à denunciada L. B. dos S. a importância de US\$ 300,00 (trezentos dólares) que [foram] apreendidos em poder de Moisés Marques Fontoura e Lauro José Rodrigues. No dia 19 de março do mesmo ano, o denunciado J. entregou à mesma denunciada L. B. dos S. a importância de US\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta dólares), apreendidos em poder de Romão Saucedo e Donato Rodrigues. Em ambos os casos, em concurso, os denunciados utilizaram-se do artifício do depósito para desviar os valores de que o denunciado J. tinha a posse jurídica em razão do cargo.

“No dia 18 de abril de 1994, o denunciado entregou, a título de cautela, à denunciada C. L. M. M., sua esposa, um aparelho de televisão, marca Goldstar, colorido, com rádio AM/FM, portátil, apreendido em poder de Luiz Henrique Carvalho e Ilton Dionísio Engelman. A cautela foi a forma artificiosa pela qual os denunciados J. e C., mediante concurso, utilizaram para desviar bem particular de que o denunciado J. tinha posse jurídica em razão do cargo.

“No mês de julho de 1994, o denunciado J. da S. M. permitiu que

sua esposa, a denunciada C. L., na condição de Advogada, elaborasse petição em ação de alimentos, utilizando papel ofício com timbre do Poder Judiciário, o que caracteriza apropriação de bem público de que o denunciado J. tinha posse em razão do cargo.

“Noticiam os autos que documentam a correição e que embasam a presente denúncia que no curso do Processo n. 2.729/94, que tramitou ou tramita na Vara da Fazenda Pública, Família, Infância e Juventude, da comarca de Balneário Camboriú, e que veicula Ação de Execução de Alimentos, a denunciada C. L. patrocinou a defesa do devedor dos alimentos. Durante toda a tramitação do processo o denunciado J. M. interferiu na marcha processual, ajudando o trabalho de sua esposa. Tal interferência culminou com o fato de J. impedir a prisão do devedor de alimentos, decretada pelo Juiz titular da Vara na qual tramitava o feito. Com isso, o denunciado J., em concurso com C. L., patrocinou interesse privado, valendo-se da sua qualidade de Juiz de Direito.

“Assim agindo, o denunciado J. da S. M. incorreu nas penas do artigo 312, combinado com os artigos 71 e 321, combinados com o artigo 69, todos do Código Penal; o denunciado L. M. incorreu nas penas do artigo 312, combinado com o artigo 29, ambos do Código Penal; a denunciada L. B. dos S. incidiu nas sanções do artigo 312, combinado com os artigos 29 e 71, todos do Código Penal; e a denunciada C. L. M. M. incorreu nas penas do

artigo 312, combinado com os artigos 71 e 321, ambos combinados com os artigos 29 e 69, todos do Código Penal [...]” (fls. 2 a 5).

Requeru, em face de todo o exposto, a notificação dos denunciados para apresentarem defesa preliminar, o recebimento da denúncia e o prosseguimento do feito até decisão final, quando espera a procedência da acusação e a condenação dos denunciados.

Arrolou testemunhas.

Notificados, os denunciados responderam às acusações do *Parquet*.

J. da S. M. disse da mendacidade das imputações a ele dirigidas pelo Ministério Público, sustentando que, embora tenha cometido equívocos ao tentar proteger ou guardar bens e valores sob sua responsabilidade, não agiu de modo a cometer os delitos apontados na denúncia ministerial. Destarte, naquilo que diz com a suposta apropriação indébita de US\$ 20.000,00, apreendidos em poder de Alvernague Marques Antônio, não é verdade que tenha convertido tal valor ao seu patrimônio pessoal ou dele tirado qualquer proveito financeiro, porquanto tenha aquela importância sido posta sob a guarda do Cartório da Vara Criminal, a requerimento do próprio réu Alvernague, que se encontrava preso à época. Contudo, tais dólares jamais saíram dos limites físicos do Fórum, lá permanecendo o valor depositado o tempo todo.

No tocante à acusação de haver entregue o automóvel Voyage a

L. B. dos S., alegou haver cometido tal ato a pedido do réu José Antônio Gomes, como forma de pagamento dos honorários advocatícios a ela pertencentes.

Refutou a acusação infracional caracterizada pelo depósito de um televisor portátil em nome de sua mulher, a advogada C. L. M. M., realçando assim haver procedido por ser ela procuradora dos indiciados. De qualquer modo, aquele bem foi, regularmente, devolvido à Vara Criminal, da mesma forma que o foi o automóvel Caravan, até então sob guarda do depositário L. M.

Em relação à acusação de haver autorizado a devolução das importâncias, em moeda, de US\$ 300,00 e de US\$ 450,00 a L. B. dos S., disse não ver no gesto o menor resquício de ilicitude, por se tratar da procuradora dos réus, legítimos donos daquelas importâncias. Daí haver concluído não se estar diante do alegado favorecimento pessoal na administração de bens sob sua autoridade.

De outra parte, não lhe cai a acusação da prática de advocacia administrativa, porque jamais proferiu qualquer despacho ou sentença em processos em que sua esposa, C. M., tenha atuado, não se havendo válido do cargo de Juiz de Direito para atrair clientes ao escritório da esposa.

Também refutou a acusação de haver permitido que sua esposa usasse papel timbrado do Poder Judiciário na confecção de petições, ainda que não possa negar tenha o fato ocorri-

do. Contudo, explica-o, alegando ter ocorrido mero descuido ou equívoco de sua mulher, não havendo por trás do gesto a menor intenção maliciosa, dando realce ao fato de que, na condição de Juiz de Direito e da exigüidade do tempo para a prática de atos forenses, costuma levar processos para casa e o material indispensável ao desenvolvimento de suas tarefas, armazenando, inclusive, materiais pertencentes ao Poder Judiciário, entre os quais folhas de papel timbrado. Em razão dessa prática, comum entre juízes, criou-se o ambiente propício a que sua mulher, por simples engano, utilizasse algumas dessas folhas de papel timbrado para redigir uma petição.

Por tudo isso, requereu a improcedência da denúncia (fls. 1.004 a 1.012).

L. B. dos S. também apresentou defesa, alegando haver recebido, em depósito, um automóvel Voyage, a requerimento de seu cliente e proprietário do veículo, José Antônio Gomes, depósito que se converteria no pagamento da verba honorária que lhe era devida. Quanto às importâncias de US\$ 300,00 e US\$ 450,00, disse havê-las recebido também em depósito, a pedido de seus clientes e proprietários dos numerários, não sabendo dizer onde possa estar contida a carga infracional vista pelo órgão denunciante, porque a lei não censure esse proceder. Pretende, assim, a improcedência da denúncia (fls. 1.043 a 1.045).

O outro denunciado, L. M., defende-se da acusação ministerial, alegando

jamais haver feito uso privado da perua Caravan sob sua posse, asseverando que, sempre que dela se utilizou, fê-lo no estrito cumprimento de suas atividades forenses.

Disse da mendacidade da afirmação de que, depois de aposentado, passou a trabalhar no escritório de advocacia da doutora C. L. M. M., mesmo porque não tem qualificação profissional, conhecimentos jurídicos no caso, para o desempenho das tarefas do escritório. Concluiu pedindo a improcedência da denúncia (fls. 1.046 a 1.048).

A advogada C. L. M. M. alegou, em sua defesa, não serem verdadeiras as acusações a ela imputadas pelo Ministério Público, realçando somente haver-lhe sido confiada a posse de um aparelho de televisão, de propriedade dos réus presos, porque à época patrocinava seus interesses e estes haviam autorizado a guarda do bem.

Quanto à utilização de três folhas de papel com o timbre do Poder Judiciário, na confecção de uma petição, disse tratar-se de simples equívoco, porque estavam, tais folhas, misturadas com outras, em sua residência, no escritório em que seu marido, Juiz de Direito, dava continuidade às atividades forenses.

Refutou a acusação de advocacia administrativa, alegando jamais haver influenciado ou sido alvo de privilégios em processos em que advogava em razão do cargo desempenhado por seu marido. Daí haver requerido a improcedência da denúncia (fls. 1.050 a 1.053).

A seguir, o eminente condutor do inquérito judicial, Desembargador Alberto Costa, requisitou à Corregedoria-Geral da Justiça fotocópia da defesa apresentada no processo administrativo deflagrado contra o denunciado J. da S. M., encaminhando, ao depois, o inquérito à douta Procuradoria-Geral de Justiça, cuja manifestação foi no sentido do recebimento da denúncia e do prosseguimento do feito.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de inquérito judicial deflagrado de acordo com o procedimento previsto na Lei n. 8.038/90, artigos 1º a 12, por força do contido no artigo 1º da Lei n. 8.658/93.

Antes do ingresso no exame dos fatos contidos na denúncia do Ministério Público, com vistas ao recebimento ou não da peça acusatória, cumpre examinar, de ofício, questão preliminar importante, relacionada à competência originária deste Tribunal de Justiça para processar e julgar os acusados.

Circunscrito ao que dispõem os artigos 96, III, da Constituição Federal e 83, XI, *b*, da Constituição do Estado de Santa Catarina, não tenho dúvida de que é desta Corte a competência para processar e julgar, originariamente, juízes de direito, por crime comum ou de responsabilidade. Essa competência adstringe-se a atos praticados no período em que o ma-

gistrado exerce suas atividades jurisdicionais, arredada, no entanto, se as ações puníveis houverem sido praticadas depois de aposentado o agente, segundo orientação da Súmula 451 do Supremo Tribunal Federal.

No caso em exame, não há dúvida de que as condutas vistas pelo Ministério Público como delituosas, e por ele assim descritas na denúncia formulada, foram praticadas durante o exercício da atividade jurisdicional do principal indiciado, tudo levando à conclusão de que a competência desta Corte estaria perfeitamente definida.

Entretanto, não basta ver assim a questão. Indispensável é examinar se, em face da situação peculiar dos autos, há ou não algum fator responsável pela alteração da competência originária, mormente à vista do fato da aposentadoria do magistrado denunciado, cuja presença, na polaridade passiva da ação criminal, atua como *vis attractiva* do processo e julgamento dos demais denunciados.

Na hipótese, fácil é constatar a presença desse fato modificativo da competência para o processo criminal visado pelo Ministério Público, à vista do fato de que o principal denunciado, juiz de direito, depois do cometimento dos fatos apontados como delituosos pelo *Parquet*, jubilou-se da magistratura.

Em tempos passados e, em princípio, essa circunstância em nada afetaria o regular processamento e julgamento da denúncia ofertada pelo

Procurador-Geral de Justiça, em face do que dispunha a Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, assim enunciada: “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”.

Sabe-se, contudo, que esse provimento sumular foi cancelado no julgamento da Questão de Ordem em Inquérito n. 687, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, ficando assim ementada tal decisão:

“Direito constitucional e processual penal. Processo criminal contra ex-deputado federal. Competência originária. Inexistência de foro privilegiado. Competência do juízo de primeiro grau, não mais do Supremo Tribunal Federal. Cancelamento da Súmula 394.

“1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis ns. 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segunda a qual, ‘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’.

“2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, b, estabeleceu competência originária do Supre-

mo Tribunal Federal, para processar e julgar ‘os membros do Congresso Nacional’, nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, b e c). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é contraditória no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-ercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os

cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos.

“3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário.

“4. Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou” (QOInq n. 687/SP, rel. Min. Sydney Sanches, j. 25-8-1999).

Esse julgamento inaugurou nova tendência jurisprudencial no Pretório Excelso, segundo a qual, cessado o exercício profissional, encerra-se também a competência por prerrogativa de função. Veja-se mais:

“Inquérito penal. Questão de ordem sobre a competência desta Corte para prosseguir no processamento dele. Cancelamento da Súmula 394.

“Depois de cessado o exercício da função, não deve manter-se o foro por prerrogativa de função, porque, cessada a investidura a que essa prerrogativa é inerente, deve esta cessar por não tê-la estendido mais além a própria Constituição.

“Questão de ordem que se resolve no sentido de se declarar a incompetência desta Corte para prosse-

guir no processamento deste inquérito, determinando-se a remessa dos autos à Justiça Federal de 1º grau, com sede em Rio Branco, Estado do Acre, porquanto os crimes imputados aos réus, se cometidos, o foram em detrimento da União, ressalvada a validade da denúncia” (STF, QOInq n. 656/AC, rel. Min. Moreira Alves, j. 25-8-1999).

“Recurso extraordinário. Processo penal. Competência.

“Crime de formação de quadrilha e peculato submetido ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça em razão do privilégio de foro especial de que goza o primeiro acusado. Preliminar de incompetência acolhida, em face de o referido réu já se encontrar aposentado.

“Alegação de contrariedade ao art. 96, III, da CF, propiciando a subtração da competência do TJRJ para julgar Juiz de Direito que tenha se aposentado, mas que anteriormente já teria praticado os ilícitos penais objetos do processo a ser julgado.

“Com o cancelamento da Súmula 394, pelo Plenário do STF, cessa a competência especial por prerrogativa de função quando encerrado o exercício funcional que a ela deu causa, ainda que se cuide de magistrado. Precedente: Questão de Ordem no Inquérito n. 687-4.

“Com a aposentadoria cessa a função judicante que exercia e justificava o foro especial” (STF, RE n. 295.217/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, j. 8-4-2002).

O Superior Tribunal de Justiça conferiu aos seus julgados idêntica tessitura à daqueles originados da Suprema Corte de Justiça:

“RHC – Inexistência de incompetência absoluta do juízo processante – Pressupostos da prisão cautelar – Ocorrência – Excesso de prazo para o término da instrução criminal – Não cumprimento de acórdão proferido por esta Corte.

“A competência para apurar prática de crime cometido por magistrado aposentado e demais co-autores é do Juízo de primeiro grau” (STJ, RHC n. 9.052/SE, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 18-11-1999).

“*Habeas corpus*. Sustentação oral. Falta. Consequência. Súmula 394/STF. Revogação. Prisão preventiva. Ordem pública. Magnitude da lesão. Fuga.

“A Súmula 394 do STF, que dispunha acerca da prevalência da competência especial por prerrogativa de função, foi cancelada, firmando-se, em decorrência, a incompetência do STJ para o processo e julgamento do paciente, juiz aposentado do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, sendo indevida ou até mesmo extravagante a tese de sua possível ultra-atividade por ter sido o crime cometido durante o exercício funcional” (STJ, HC n. 14.270/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 12-12-2000).

Em 2002, o Superior Tribunal de Justiça anulou acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo que julgou magistrado aposentado, denunciado

por atos praticados no exercício da judicatura. O acórdão da Corte Superior está assim encimado:

“Processual penal e penal. *Habeas corpus*. Ação penal contra juiz aposentado. Ato praticado no exercício da função. Incompetência do Tribunal de Justiça. Súmula 394/STF. Precedentes desta Casa.

“Com o cancelamento do Verbete 394, da Súmula do STF, firmouse o entendimento nesta Corte Superior de que é incompetente o Tribunal Estadual para julgar magistrado aposentado, mesmo que a ação decorra de ato praticado no exercício da judicatura” (STJ, HC n. 19.960/ES, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 3-12-2002).

Tais decisões reforçam a idéia de que a competência por prerrogativa de função justifica-se para a proteção do livre desempenho do cargo ou da função exercida, não se prestando para conferir privilégio pessoal, nos termos da lição de Fernando da Costa Tourinho Filho, *in verbis*: “Os arts. 84 a 87 (do Código de Processo Penal) tratam do denominado ‘foro pela prerrogativa de função’. Tal competência consiste no poder que se concede a certos órgãos superiores do Poder Judiciário de processarem e julgarem determinadas pessoas, em decorrência das funções que exercem. Várias delas ocupam cargos de especial relevância no Estado, e em atenção a tais cargos ou funções, exercidos no seu cenário jurídico-político, concedeu-lhes o direito de não serem processadas e julgadas pelos órgãos in-

feriores do poder jurisdicional, e sim pelos seus órgãos mais elevados, em atenção à majestade do cargo ou função. [...] Observe-se que esse foro não é concedido à pessoa, mas dispensado em atenção à importância ou relevância do cargo ou função que exerça” (Comentários ao Código de Processo Penal, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 1, p. 214 e 215).

A respeito do foro especial por prerrogativa de função nos delitos praticados por magistrados, veja-se o que disse a Procuradoria-Geral da República, em parecer lavrado nos autos do Recurso Extraordinário n. 291.485-1/RJ: “É certo que o magistrado, no exercício do ofício judicial, goza da prerrogativa de foro especial, de previsão constitucional. Ocorre que a garantia não visa a garantir a pessoa do juiz. Não é uma garantia a este volta-da. Ao contrário, tal garantia é dirigida aos jurisdicionados na medida em que assegura ao juiz o livre desempenho de suas funções.

“Assim, se por um lado é certo que o juiz aposentado não deixa de ser magistrado, não é menos certo que, com a aposentadoria, não exerce mais função judicante. Levando-se em conta essa consideração, não mais havendo o exercício da função judicante, não há evidentemente que perdurar o foro especial, porque o resguardo dos jurisdicionados, no caso, não é mais necessário”.

Por fim, prestado fazer-se menção ao advento da Lei n. 10.628/02, de 24 de dezembro de 2002, que em nada altera os rumos da jurisprudên-

cia a respeito da competência por prerrogativa de função. Esse diploma legal, ao dar nova redação ao artigo 84 do Código de Processo Penal, estabeleceu, em seu § 1º, que “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” (grifei).

O dispositivo, como bem se pode dele inferir, restringe o espectro da prerrogativa de função a *atos administrativos*, de sorte que não se aplica à hipótese destes autos, porque comporta ela delitos cometidos no exercício da função judicante.

Julio Fabbrini Mirabete comenta que “diante do novo § 1º do artigo 84 do CPP, para os crimes relacionados aos atos administrativos praticados, prorroga-se a competência especial mesmo após a cessação do exercício da função e ainda que posteriormente seja instaurado o inquérito ou a ação penal. *Quanto aos demais crimes, ante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, findo o exercício funcional, o processo terá início ou continuidade perante o juízo singular*” (Processo Penal. 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 199).

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça, em julgado unânime da sua Corte Especial, decidiu:

“Ação penal. Ex-Juiz Classista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Art. 299, parágrafo único, c/c o art. 61, II, alínea b, do Código

Penal. Crime de falsidade ideológica (documento público). Modificação do conteúdo de acórdão. Atividade judicante. Incompetência do Superior Tribunal de Justiça. Lei n. 10.628, de 24-12-02 (alterou o art. 84, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal). Ausência de prática de ato administrativo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

“1. Denunciado ex-Juiz Clássico do Tribunal Regional do Trabalho pela prática do crime de falsidade ideológica, por ter lavrado acórdão com conteúdo diverso do verdadeiro resultado do julgamento do recurso ordinário, a competência para processá-lo e julgá-lo é do Juiz Federal de 1º Grau. Aplica-se o art. 84, § 1º, do Código de Processo Penal, com a alteração da Lei n. 10.628, de 24-12-02, estabelecendo que a competência especial por prerrogativa de função prevalece, ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública, em relação, apenas, a ‘atos administrativos’. No caso presente, o denunciado teria praticado o crime durante a atividade judicante.

“2. Preliminar de incompetência acolhida para determinar a remessa dos autos ao Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro” (STJ, APN n. 243/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 2-6-2004).

Ainda da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, colhe-se:

“Processual penal. Aposentadoria superveniente do denunciado. Ces-

sação da competência do Superior Tribunal de Justiça. Art. 84 do Código de Processo Penal.

“1. Subprocurador-Geral da República que engendrou aposentadoria após o recebimento de denúncia pelo delito do art. 299 do Código Penal, c/c o art. 7º da Lei n. 7.492/86.

“2. É cediço no Superior Tribunal de Justiça que:

‘Competência originária. Prerrogativa de função. Cessação da investidura. Lei n. 10.628/02, art. 84, § 1º.

‘I. – Cessada a investidura como Juiz do TRE/DF, cuja competência especial por prerrogativa de função fez com que a ação penal fosse intentada nesta Corte, os alegados delitos praticados sem qualquer relação ao cargo ocupado serão apreciados pela Justiça comum.

‘II. – Nos termos do § 1º do art. 84 do CPP, alterado pela Lei n. 10.628/02, a competência por prerrogativa de função só se estende, uma vez cessada a investidura, quando a imputação refere-se a atos administrativos do agente. Precedente do STF.

‘III. – Incompetência do Superior Tribunal de Justiça. Remessa dos autos à Justiça Criminal de Brasília/DF’ (QOAPN n. 211/DF, DJU de 1º-12-2003, Corte Especial, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

“3. Remessa dos autos à Justiça Federal, Seção Judiciária de Brasília” (STJ, QOAPN n. 237/DF, Corte Especial, rel. Min. Luiz Fux, j. 1º-7-2004, votação unânime).

O âmbito de aplicação da alteração que a Lei n. 10.628/02 promoveu no Código de Processo Penal foi bem delimitado em decisão proferida por unanimidade em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal:

“Supremo Tribunal Federal. Competência penal originária por prerrogativa de função após a cessação da investidura. Lei n. 10.628/02.

“1. O artigo 84, § 1º, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 10.628/02 não restabeleceu integralmente a cancelada Súmula 394: segundo o novo dispositivo a competência especial por prerrogativa de função só se estende após cessada a investidura determinante se a imputação for ‘relativa a atos administrativos do agente’.

“2. Por isso, independentemente do juízo sobre a constitucionalidade ou não da lei nova – objeto da ADIn n. 2797 –, não compete ao STF a supervisão judicial de inquérito em que indiciado ex-Deputado Federal por suspeita de participação de desvio de subsídios da União a entidade privada de assistência social, cuja direção integrava” (STF, QOInq n. 718-8/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23-4-2003).

Ainda do Supremo Tribunal Federal, há recente decisão da lavra do Ministro Cezar Peluso:

“[...] Advirta-se que a alteração teórica da competência não terá restabelecido o enunciado da Súmula 394, segundo a qual, quando o crime fosse cometido durante o exercício

funcional, prevalecia a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal se tivesse iniciado após a cessação do mesmo exercício. E a razão é porque o § 1º do artigo 84, com a redação dada pela Lei n. 10.628, de 2002, dispõe que, suposto findo o exercício da função pública, subsiste a competência especial por prerrogativa de função, mas apenas quanto ao escrutínio de atos administrativos do agente. Já ninguém tem dúvida de que nem todo ato da Administração é ato administrativo, assim como este nem sempre provém da Administração Pública (cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, SP, Malheiros Ed., 15ª ed., 2003, p. 353)” (STF, Inq n. 1.953/TO, j. 1º-3-2004).

Não bastasse a posição jurisprudencial consolidada dos Tribunais Superiores, não é demais lembrar que a Lei n. 10.628/02, “sendo uma lei que institui privilégio, como tal merece aplicação e interpretação restritiva” (Wallace Paiva Martins Junior. Improbidade administrativa, agentes públicos e foro privilegiado. Revista de Direito Administrativo, abr./jun. 2003, p. 253). Desse modo, o alcance da fixação da competência por prerrogativa de função não pode ultrapassar os limites do conceito técnico-jurídico de ato administrativo. A respeito, prestadio é invocar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Inúmeros critérios têm sido adotados para definir o ato administrativo, alguns deles já superados.

“Dentre eles, merecem realce os critérios *subjetivo* e *objetivo*, o pri-

meiro levando em consideração o órgão que pratica o ato e, o segundo, o tipo de atividade exercida.

“Pelo critério *subjetivo, orgânico* ou *formal*, ato administrativo é o que ditam os órgãos administrativos; ficam excluídos os atos provenientes dos órgãos legislativos e judicial, ainda que tenham a mesma natureza daqueles; e ficam incluídos todos os atos da Administração, pelo só fato de serem emanados de órgãos administrativos, como os atos normativos do Executivo, os atos materiais, os atos enunciativos, os contratos.

“Esse critério tem sido criticado por faltar-lhe rigor científico: deixa fora do conceito de ato administrativo os atos praticados pelo Legislativo e Judiciário e sujeitos a idêntico regime jurídico que os emanados dos órgãos administrativos, só pelo fato de não emanarem destes. Por exemplo, a punição de um servidor, a concessão de férias, de licença, de aposentadoria são atos de idêntica natureza, seja qual for o órgão que o pratique. Além disso, o conceito coloca na mesma categoria – ato administrativo – atos da Administração sujeitos a disciplina jurídica diversa, como é o caso dos atos de direito privado por ela praticados.

“Pelo critério *objetivo, funcional* ou *material*, ato administrativo é somente aquele praticado no exercício concreto da *função administrativa*, seja ele editado pelos órgãos administrativos ou pelos órgãos judiciais e legislativos.

“Esse critério parte da divisão de funções do Estado: a legislativa, a judicial e a administrativa. Embora haja três poderes, a distribuição das funções entre eles não é rígida; cada qual exerce *predominantemente* uma função que lhe é própria, mas, paralelamente, desempenha algumas atribuições dos outros Poderes. Assim, a função administrativa cabe, precipuamente, ao Poder Executivo, mas os outros Poderes, além de dispor de órgãos administrativos (integrando o conceito de Administração Pública), ainda exercem, eles próprios, função tipicamente administrativa. *Juízes e parlamentares desempenham algumas atribuições administrativas, que dizem respeito ao funcionamento interno de seus órgãos e servidores. No desempenho dessas funções, praticam atos administrativos*” (Direito Administrativo. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 177 e 178, grifei).

Vicente Miranda, em obra específica a respeito dos poderes atribuídos ao magistrado no Direito Processual brasileiro, disserta a respeito do poder administrativo do juiz:

“Como todo Poder estatal, como toda instituição orgânica, como todo aparelhamento político, tem o Poder Judiciário uma estrutura administrativa, uma organização administrativa.

“Embora sua finalidade essencial seja a de julgar, necessita ele praticar atos administrativos para bem cuidar dessa estrutura administrativa. E tais atos devem ser por ele exercidos e não pelo Poder Executivo, a fim de preservar sua independência política e jurisdicional.

“Por não derivarem do Poder Executivo ou Administrativo, não se trata de atos formalmente administrativos. São, isso sim, atos materialmente administrativos, porque administrativos em sua substância e porque praticados por outro Poder, o Judiciário.

“Compete, assim, ao Poder Judiciário organizar política e administrativamente todos os seus órgãos, suas funções, seus agentes, seus funcionários, que compõem sua estrutura político-administrativa. Cabe-lhe regular político-administrativamente sua organização e seu funcionamento.

“Ou na síntese feliz do Prof. José Cretella Júnior: ‘é a autoridade judiciária não nas vestes judicantes mas nas vestes de administrador, dentro do Judiciário’.

“Podemos classificar esse poder administrativo do Judiciário em duas espécies: poder político administrativo e poder administrativo-funcional.

“O poder político-administrativo consiste na capacidade de organizar-se politicamente como Poder estatal sem a interferência de outro Poder. Compreende o chamado autogoverno da Magistratura e a auto-organização.

“Está o autogoverno previsto no art. 96, I, a, da Constituição Federal, que atribui aos tribunais a competência privativa e exclusiva para elegerem seus presidentes e demais titulares de sua direção. Assim, o mando e o comando do Judiciário pertencem exclusivamente a seus membros, sem intromissão de qualquer outro Poder.

“E a auto-organização está nos arts. 99 e 96, I, b, c e e, do mesmo diploma constitucional. Cabe ao Judiciário prover os cargos de seus membros e prover os cargos necessários à administração da Justiça, além de organizar seus serviços auxiliares. E organizar ‘consiste na superintendência e distribuição dos serviços, na ordenação das funções, na preservação da hierarquia e da disciplina e, de um modo geral, no exercício de atribuições inerentes à administração pública’.

“Já o poder administrativo-funcional se concretiza na prática de atos administrativos relativos aos membros do Poder Judiciário e a seus funcionários. Assim, a realização de concursos para ingresso na Magistratura (art. 93, I, da CF), a concessão de licenças, férias e outros afastamentos a seus membros e a seus funcionários (art. 96, I, f, da mesma Constituição)” (Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 67 e 68).

Fernando da Costa Tourinho Filho, por sua vez, enumera as atribuições de cunho administrativo ou normativo do Poder Judiciário, que denomina *atividades de autogoverno*: “I – a organização das Secretarias dos Tribunais, serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva (CF, art. 96, I, b); II – a organização de concurso de provas e títulos para os pleiteantes ao cargo inicial da Magistratura (art. 93, I); III – propor a criação de novas va-

ras judiciárias; IV – prover, por concurso público, de provas, ou de provas e títulos, os cargos necessários à Administração da Justiça, exceto os de confiança, assim definidos em lei; V – conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos Juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados; VI – a organização da lista tríplice para a escolha, pelo Executivo, de Advogado ou membro do Ministério Público para integrar Tribunais Regionais Federais, Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios, nos termos do art. 94 da CF; VII – elaborar seu regimento interno; VIII – a organização, poder disciplinar, provimento, promoção, remoção dos servidores e auxiliares da Justiça; IX – criação e extinção de Tribunais inferiores; X – alteração da organização e da divisão judiciárias etc.” (Processo Penal. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, vol. 2, p. 229).

É de se concluir, então, que o juiz, no exercício de sua atividade precípua, dirigindo a relação processual e sentenciando, não pratica ato administrativo. Assim, a fixação da competência no caso vertente não sofre influência da regra estabelecida pela Lei n. 10.628/02.

Desse modo, considerando a superveniente aposentadoria do denunciado, impõe-se a declaração, de ofício, da incompetência desta Corte para processar e julgar o processo visado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, impondo-se a remessa deste inquérito judicial, acompanhado da denúncia ofertada, à Jus-

tiça Criminal de Balneário Camboriú, na qual o magistrado deverá ser regularmente processado e julgado.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por maioria de votos, declararam a incompetência do Tribunal Pleno para apreciar o feito e remeteram os autos à Justiça Criminal de primeira instância.

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, Alcides Aguiar, Amaral e Silva, Anselmo Cerello, Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Trindade dos Santos, Souza Varella, Silveira Lenzi, Newton Trisotto, Maurílio Moreira Leite, Volnei Carlin, Luiz César Medeiros, Vanderlei Romer, Eládio Torret Rocha, Nelson Schaefer Martins, José Volpato, Fernando Carioni e Torres Marques. Vencidos os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino e Irineu João da Silva.

Florianópolis, 16 de fevereiro de 2005.

Jorge Mussi,
Presidente;
Luiz Carlos Freyesleben,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino:

Dissenti da douta maioria, por entender que tendo o indiciado praticado a conduta delituosa que lhe é atribuída no exercício do cargo, a sua posterior aposentadoria não derroga a competência pela prerrogativa de função.

Em matéria de competência, sempre se entendeu que o juiz natural é aquele do tempo da ação.

Assim, se o delito imputado ao agente foi cometido quando exercia o cargo a que a Constituição da República confere foro especial, o fato de não mais o ocupar, independentemente do motivo, não transfere a competência a outro juiz, porquanto o que se protege é o cargo e não a pessoa.

Aliás, o que determina a competência por prerrogativa de função é só e tão-só a qualidade funcional do agente à época do evento.

Nem se diga que se está, aqui, pretendendo o restabelecimento da revogada Súmula 394, que apenas detalhava o que já estabelecia a Constituição, garantindo a determinadas categorias o foro especial.

Daí por que, ao que me parece, a revogação da súmula não alterou minimamente a matéria sob enfoque, o mesmo ocorrendo em relação ao § 1º acrescido ao art. 84 do Código de Processo Penal pela Lei n. 10.628/02, que contém restrição não contemplada na Lei Maior e, por isso, afigura-se-me inconstitucional.

Pelo exposto, entendo que este Tribunal é o competente para processar e julgar o presente feito.

Sérgio Paladino

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva:

Data venia do entendimento dos meus pares, entendo equivocada a solução proposta, haja vista que a competência originária *ratione personae* derivou-se da prerrogativa de função que gozam, em princípio, os magistrados, quanto aos delitos praticados no exercício da função, que “prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública” (Lei n. 10.628/02, que acrescentou novo parágrafo ao art. 84 do Código de Processo Penal e restabeleceu a Súmula 394), vinculando o foro para os demais envolvidos. Tal competência, respeitados os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários dissonantes, inclusive quanto à constitucionalidade do dispositivo inserto na legislação ordinária, já está pacificada neste Sodalício, cujo precedente se inaugurou com decisão da Primeira Câmara Criminal, em acórdão da lavra do ilustre Des. Jorge Mussi, em caso de ex-prefeito:

“Com a edição e entrada em vigor da Lei n. 10.628, de 24-12-2002, que deu nova redação ao *caput* do art. 84 do CPP e acrescentou-lhe o § 1º, a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, passou a prevale-

cer ainda que a ação penal tenha-se iniciado após a cessação do exercício da função pública que implicava na mencionada prerrogativa, pelo que competente este Tribunal, nos termos do art. 29, X, da CF/88 e do art. 111, VIII, da CE/SC, para processar e julgar o ex-Prefeito por delitos cometidos em razão da função eletiva e no seu exercício” (*Habeas Corpus* n. 2003.005544-4, de Itaiópolis, j. 29-3-2003).

Dessarte, os Órgãos Fracionários Criminais desta Corte têm entendido que, praticado o delito, de qualquer natureza, pelo titular do executivo municipal (aplicando-se, também, ao magistrado), e iniciada a persecução penal durante a investidura, a competência está cingida a este juízo de segundo grau. De igual forma, serão da competência desta instância judicante os crimes cometidos no exercício das funções públicas e em razão delas, ainda que a ação penal se desencadeie após findar a investidura no cargo.

Importa observar, contudo, que, na *quaestio sub iudice*, os delitos atribuídos ao indiciado teriam sido praticados durante o exercício do cargo de juiz de direito, e não encerram natureza estranha às atividades inerentes à função desempenhada. E, como se sabe, a lei ordinária que restabeleceu a competência especial, por prerrogativa de função, não revigorou a Súmula 394 em sua totalidade, determinando que a “competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, preva-

lece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública”.

Assim, atente-se que a lei, diferentemente do provimento sumular, refere-se, expressamente, “a atos administrativos do agente”, de forma que, caso a infração penal não diga respeito diretamente às suas funções, não prevalecerá a competência por prerrogativa de função se ele não mais ocupar a função pública respectiva. O crime, portanto, haverá de ter estreita e indissociável ligação com ato administrativo do agente, isto é, deverá ter a natureza de delito tipicamente funcional, exatamente como o caso dos autos em apreço, sendo o magistrado denunciado pelo crime de peculato, praticado, em tese, devido ao estreito liame com a atividade exercida.

Julio Fabbrini Mirabete ensina que “diante do novo § 1º do artigo 84 do CPP, para os crimes relacionados aos atos administrativos praticados, prorroga-se a competência especial mesmo após a cessação do exercício da função e ainda que posteriormente seja instaurado o inquérito ou a ação penal. Quanto aos demais crimes, ante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, findo o exercício funcional, o processo terá início ou continuidade perante o juízo singular” (Processo Penal, 15. ed., SP: Atlas, 2003, p. 199).

A Ministra Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal, consolidando entendimento nesse sentido, determinou a remessa do Inquérito n. 1984, instaurado contra ex-Deputado Fede-

ral, que era investigado por crimes contra a ordem tributária e contra o sistema financeiro nacional, à Justiça Comum de São Paulo. Nesta decisão, a Ministra, acolhendo o parecer do Ministério Público, afirmou que, “apesar de as condutas imputadas a [...] terem sido praticadas durante o mandato de deputado federal, não guardam qualquer relação com a função pública por ele exercida” (j. 24-6-2003). Ainda segundo a Ministra, em sessão de 23 de abril do ano de 2003, o Plenário do STF fixou o entendimento de que “somente se mantém a prerrogativa de foro após a saída do cargo nos casos em que a conduta delitiva se relacione com os atos administrativos do agente”, em acórdão assim ementado:

“Supremo Tribunal Federal: competência penal originária por prerrogativa de função após a cessação da investidura: Lei n. 10.628/02. 1. O art. 84, § 1º, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 10.628/02, não restabeleceu integralmente a cancelada Súmula 394: segundo o novo dispositivo, a competência especial por prerrogativa de função só se estende após cessada a investidura

determinante se a imputação for ‘relativa a atos administrativos do agente’. 2. Por isso, independentemente do juízo sobre a constitucionalidade ou não da lei nova — objeto da ADI 2797 —, não compete ao STF a supervisão judicial de inquérito em que indiciado ex-Deputado Federal por suspeita de participação de desvio de subsídios da União à entidade privada de assistência social, cuja direção integrava” (Inq. n. 718-QO, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Ora, não foi outro o propósito do constituinte e do legislador ordinário, ao estabelecerem foro privilegiado para ocupantes de determinados cargos públicos, que não o de resguardar o exercício das funções atinentes ao posto e o prestígio da instituição a qual representam, buscando evitar não somente injunções externas sobre os atos funcionais, como, também, zelar pela dignidade e respeitabilidade do cargo e isenção da instituição que representam.

Essas as razões pelas quais ousei divergir.

Irineu João da Silva.

SEÇÃO CIVIL

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 2004.033057-2, DE BLUMENAU

Relator: Des. Ricardo Fontes

Conflito negativo de competência – Ação de indenização por danos morais, materiais e estéticos – Litisconsorte passiva com personalidade jurídica de direito público – Competência da Vara da Fazenda – Conflito rejeitado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 2004.033057-2, da comarca de Blumenau (Vara dos Feitos da Fazenda, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), em que é suscitante o Juiz de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos da comarca de Blumenau, sendo suscitado o Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Blumenau:

ACORDAM, em Seção Civil, por votação unânime, rejeitar o conflito negativo, declarando competente o Juízo suscitante.

Custas de lei.

I — Relatório

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos da comarca de Blumenau, nos Autos da Ação de Indenização por Danos Morais, Materiais e Estéticos n. 008.03.008531-1, ajuizada por B. A. S., representada por seus pais F. L. S. e L. A. K., em desfavor de Alexandre L. Carvalho e da Fundação Hospitalar de Blumenau – Hospital Santo Antônio.

A mencionada ação foi inicialmente aforada perante a 2ª Vara Cível da referida Comarca, mas o Magistrado, em decisão de fls. 14 a 17, declinou da competência para o Juízo ora suscitante, o qual, no pronunciamento de fls. 50 a 55, em resumo, salientou que: (a) a Fundação aludida possui personalidade jurídica de direito privado, motivo pelo qual a competência para o processamento do feito pertence a uma das Varas Cíveis da Comarca em questão; e (b) a Instituição em apreço não percebe mais subvenções do Município.

Em parecer lavrado às fls. 60 a 64, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não-acolhimento do conflito.

Às fls. 67 a 70, a Terceira Câmara de Direito Público, com alicerce no art. 555, § 1º, do CPC, houve por bem declinar da competência para o julgamento do conflito para esta Seção Civil.

É o breve relatório.

II — Voto

É de ser rejeitado o presente conflito negativo de competência.

Com efeito, em que pese a atribuição diversa definida pela legislação (consoante fundamento expendido à fl. 52), este Tribunal já se pronunciou acerca da personalidade jurídica de direito público da Fundação Hospitalar de Blumenau – Hospital Santo Antônio, nos autos do AI n. 2004.007018-

7, rel. Des. Luiz César Medeiros, DJ de 29-10-04, cuja ementa assim restou vazada:

“Processual civil – Administrativo – Fundação instituída pelo poder público e por ele controlada – Personalidade jurídica de direito público – Competência da Vara da Fazenda Pública.

“Ainda que os recursos para a efetivação dos serviços prestados por fundação não provenham exclusivamente do Poder Público, mas se este exerce o controle daquela e a sua finalidade é pública, sua personalidade jurídica será de direito público, tendo a entidade tratamento similar ao das autarquias e se enquadrando dentre aquelas entidades previstas no inciso V do art. 41 do Código Civil”.

Este Relator, em hipótese semelhante, teve a oportunidade de posicionar-se no mesmo sentido em acórdão da Primeira Câmara de Direito Comercial:

“Conflito negativo de competência – Ação de execução de título extrajudicial – Executada com personalidade jurídica de direito público – Competência da Vara da Fazenda – Conflito rejeitado” (CC n. 2004.027779-9, de Blumenau, DJ de 15-2-05).

Leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

“[...] Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime

jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribui a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação [...]” (Curso de direito administrativo, 17. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 169).

Compete à Vara dos Feitos da Fazenda, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos da comarca de Blumenau, por conseguinte, processar e julgar a ação de indenização em que figura como litisconsorte passiva a Fundação Hospitalar de Blumenau – Hospital Santo Antônio, pois a instituição e a fiscalização pela Administração, indubitavelmente, conferem à entidade em comento a natureza de pessoa jurídica de direito público, mesmo que outra seja a qualificação estabelecida em lei ou em estatuto.

III — Decisão

Em face do que foi dito, rejeita-se o conflito negativo, declarando-se competente o Juízo suscitante.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Dionízio Jenczak, Sérgio Izidoro Heil, Jorge Schaefer Martins, Sônia Maria Schmitz, Jaime Ramos, Jaime Luiz Vicari, Newton Trisotto, Luiz César Medeiros, Nelson Schaefer Martins, Fernando Carioni, Luiz Carlos Freyesleben, Rui Fortes, Marcus Túlio Sartorato e Salete Silva Sommariva. Funcionou como Procurador de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 29 de junho de 2005.

Alcides Aguiar,
Presidente, com voto;
Ricardo Fontes,
Relator.

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

AGRAVOS EM AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2005.008128-7/0001.00, DE ITAJAÍ

Relator: Juiz Jaime Luiz Vicari

Agravo inominado do artigo 557, § 1º, do CPC – Prestação de serviços educacionais – Contrato de adesão – Relação de con-

sumo — Cláusula de eleição de foro que prejudica o consumidor — Nulidade — Questão de ordem pública — Inaplicabilidade da Súmula 33 do STJ — Competência absoluta do foro da comarca onde reside o consumidor — Recurso desprovido.

Os artigos 6º, inciso VIII, e 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor impõem a interpretação de que é nula toda a disposição contratual que eleja outro foro de competência para a causa, que não o do domicílio do consumidor, se lhe dificultar a defesa ou se estabelecer vantagem excessiva ao fornecedor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil) em Agravo de Instrumento n. 2005.008128-7/0001.00, da comarca de Itajaí, em que é agravante Fundação Universidade do Vale do Itajaí — Univali e agravada Liliana Valle Szpoganicz:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao agravo do artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Fundação Universidade do Vale do Itajaí — Univali, irresignada com a decisão que negou seguimento ao seu recurso, interposto da decisão interlocutória proferida no *processo de execução por quantia certa contra devedor solvente* (Autos n. 033.04.021076-9), opôs o agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil para requerer a apreciação do recurso.

Sustentou que o digno Magistrado de primeiro grau, em 21 de dezembro de 2004, teria declarado a incompetência absoluta da comarca de Itajaí e determinado a remessa dos autos à comarca de domicílio do consumidor.

Interposto agravo de instrumento contra a decisão de fls. 10 a 12, este Relator teria negado seguimento ao recurso em 6 de abril de 2005, nos termos do artigo 527, inciso I, e 557, *caput*, ambos do Código de Processo Civil.

Acrescentou que a declaração de incompetência acarretaria danos à tramitação do processo, pois o domicílio da agravada ainda não seria conhecido.

Pugnou pela reconsideração da decisão monocrática de fls. 21 e 22, trazendo à consideração excertos de jurisprudência e a legislação que entendia aplicável ao caso.

II — Voto

Cuidam os autos de agravo do artigo 557, § 1º, do Código de Proce-

so Civil, interposto pela Fundação Universidade do Vale do Itajaí — Univali contra decisão monocrática proferida em agravo de instrumento, que teve seguimento negado por estar em manifesto confronto com a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

O processo de execução por quantia certa contra devedor solvente (Autos n. 033.04.021076-9) fundamenta-se no Código de Defesa do Consumidor, em virtude da natureza da relação existente entre as partes, consubstanciada na prestação de serviços educacionais, adequando-se ambas no conceito de fornecedor e consumidor, *ex vi* dos artigos 2º e 3º da Lei n. 8.078/90.

Ora, não se pode deixar de reconhecer que a legislação consumerista disciplina as relações entre fornecedores, prestadores de serviços e consumidores, pois, além de lançar sobre a sociedade o seu caráter protecionista, preserva os direitos sociais e resguarda a vulnerabilidade das partes nessas relações.

O artigo 6º, inciso VIII, da Lei n. 8.078/90 resguarda como direito do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências [...]”.

A alegação da recorrente de que o digno Magistrado de primeiro grau não poderia, *ex officio*, declinar a com-

petência territorial não merece guarida nos contratos firmados sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, afastando, até mesmo, a incidência da Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça.

O egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em situação análoga, já decidiu:

“Conflito positivo de competência – Relação de consumo – Ação ajuizada no foro eleito no instrumento contratual – Foro de eleição diverso do domicílio do consumidor – Cláusula contratual nula de pleno direito – Incompetência de foro reconhecida de ofício pelo magistrado – Possibilidade – conflito provido.

“Pelo sistema de nulidades adotado no CDC, não tem relevância o fato de ter sido declinada a competência de ofício, ou, ainda, que tal declaração não se tenha dado na primeira oportunidade que o magistrado tenha oficiado no processo. Inaplicabilidade, na espécie, da Súmula 33 do STJ.

‘Não é necessário que se torne impossível a defesa do consumidor para que a cláusula de eleição do foro seja considerada abusiva. Basta estar inserida em formulário, transparecendo evidente que tenha sido instituída em benefício exclusivo do fornecedor-estipulante, porquanto pelo sistema de proteção ao consumidor garante-se a este, como direito básico, a facilitação de sua defesa em juízo (CDC, art. 6º, VIII)’ (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery)” (CC n. 2001.016048-0, Des. Pedro Manoel Abreu).

Os artigos 6º, inciso VIII, e 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor impõem a interpretação de que é nula toda a disposição contratual que eleja outro foro de competência para a causa, que não o do domicílio do consumidor, seja por lhe dificultar a defesa, seja por estabelecer vantagem excessiva ao fornecedor.

A recorrente, à fl. 26, afirmou: “embora o(a) Agravado(a) esteja na condição de consumidor no caso dos autos, é evidente a inexistência de prejuízo ou de dificuldade para sua defesa quando não se sabe ao menos se ainda reside no endereço declinado na inicial”.

Ora, o domicílio da agravada não é desconhecido, conforme as duplicatas de fl. 15 e o contrato de prestação de serviços educacionais firmado entre as partes.

O consumidor possui domicílio na cidade de Brusque, mas a ação foi proposta inadvertidamente no foro de Itajaí. Ressalta-se que o fato de a agravada estudar neste Município não autoriza o ajuizamento do processo na comarca da sede da agravante.

Sobre o contrato por adesão, leciona Caio Mário da Silva Pereira:

“Chamem-se contratos por adesão (expressão mais correta do que contratos de adesão) aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provém do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra” (*in* Instituições de Direito Civil. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 50).

Não há nos autos, até o momento, informação de oposição do juízo deprecante, que, no caso, envolveria a apreciação desta Corte.

Nesse diapasão, o ajuizamento do processo de execução (Autos n. 033.04.021076-9) na comarca de Itajaí acarreta notáveis dificuldades para a ampla defesa da recorrida.

Ora, o domicílio da agravada indicado no procedimento executacional é incontroverso, não havendo razão para a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Não sendo plausíveis as alegações do peticionário deste recurso, por estar em manifesto confronto com a jurisprudência dominante desta Corte e do egrégio Superior Tribunal de Justiça, a negativa de seguimento do agravo era medida que se impunha, monocraticamente, *ex vi* do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Ex positis, nega-se provimento ao agravo do artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide esta Câmara Civil Especial, à unanimidade, negar provimento ao agravo do artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Victor Feirreira.

Florianópolis, 30 de junho de 2005.

Orli Rodrigues,
Presidente, com voto;
Jaime Luiz Vicari,
Relator.

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2005.004073-1/0001.00, DA CAPITAL**Relator: Juiz Jaime Luiz Vicari**

Agravo inominado do artigo 557 do CPC – Decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento – Recurso interposto contra interlocutória que aprecia liminar em mandado de segurança – Precedentes jurisprudenciais.

Ressalvada a posição pessoal do relator, no sentido de ser incabível o agravo de instrumento contra a decisão judicial concessiva ou denegatória de liminar em mandado de segurança, inviável negar seguimento, com base no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, ao agravo de instrumento interposto contra essa interlocutória, tendo em vista que o entendimento jurisprudencial predominante firmou-se em sentido contrário.

Agravo de instrumento – Pedido de efeito suspensivo – Responsabilidade solidária entre fabricante e vendedor – Multa aplicada – Exegese do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor.

“A regra geral, na lei de proteção, é a responsabilidade solidária de todos os fornecedores, abrangendo, portanto, não apenas o vendedor ou comerciante, que manteve contato direto com o consumidor, mas este e os demais fornecedores em cadeia: fabricante, produtor, construtor, importador e incorporador” (Almeida, João Batista de. In: A proteção jurídica do consumidor. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000. p. 95).

Diante disso, legítima é a cobrança de multa do responsável solidário, aplicada em razão do descumprimento de norma do Código de Defesa do Consumidor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil) no Agravo de Instrumento n. 2005.004073-1/0001.00, da comarca da Capital, em que é agravante Globex

Utilidades S. A. e agravado o gerente do Procon estadual:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por unanimidade, dar provimento ao agravo inominado do artigo

557, § 1º, do Código de Processo Civil para negar o pedido de efeito suspensivo e determinar o cumprimento do disposto no artigo 527, incisos V e VI, do Código de Processo Civil e, após, à redistribuição, na forma do Ato Regimental n. 41/2000 com suas alterações posteriores.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Globex Utilidades S. A. interpôs agravo inominado, com fundamento no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, contra decisão monocrática do Relator que negou seguimento ao agravo de instrumento, por entender que a decisão atacada não se configura teratológica e não se reveste de excepcionalidade que justifique o conhecimento do agravo, interposto pelo primeiro contra o Gerente do Procon Estadual.

Sustentou em apertada síntese que a legislação não veda a interposição do agravo de instrumento contra decisão liminar em sede de mandado de segurança.

Dessa forma, aduziu que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é tranqüilo em aceitar agravo de instrumento de decisão que defere ou indefere liminar em mandado de segurança.

II — Voto

A matéria apresentada para discussão é controvertida, seja na dou-

trina ou na jurisprudência dos tribunais pátrios, razão pela qual merece exame acurado.

Para formar convencimento a respeito da possibilidade ou não do ataque das decisões que concedem ou negam a liminar no mandado de segurança por meio do agravo de instrumento, o foco do estudo deve ser a Lei n. 1.533, de dezembro de 1951, que trouxe alterações ao Código de Processo Civil relativas a esse instituto processual.

Em estudo aprofundado sobre as normas relativas ao *writ of mandamus*, percebo que o legislador foi extremamente cuidadoso na sua disciplina, buscando evitar que mesmo as minúcias processuais e procedimentais ficassem sem regramento específico.

Exemplo disso se verifica na aplicabilidade subsidiária do Código de Processo Civil no mandado de segurança, limitada tão-somente às normas que regulam o listiconsórcio, conforme o artigo 19 da destacada legislação.

Da mesma forma, ao cuidar do assunto relacionado aos recursos cabíveis, indicou o legislador apenas a hipótese de interposição da apelação em determinadas situações, como da sentença, negando ou concedendo o mandado, artigo 12 da Lei n. 1.533/51, ou então da decisão que indefere desde logo a inicial, artigo 8º, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

Essa preocupação no sentido de estruturar o procedimento do manda-

do de segurança de forma a torná-lo independente se confirma também no momento em que ele se referiu à hipótese do reexame necessário, no artigo 12, parágrafo único, primeira parte.

No tocante ao agravo de instrumento, o *legislature* previu a possibilidade de interposição do recurso unicamente na hipótese em que o Presidente do Tribunal ordena ao juiz a suspensão da execução da sentença, nos moldes do artigo 13 da Lei n. 1.533/51.

Ressalto que essa norma também exclui a aplicabilidade do artigo 528 do Código de Processo Civil, pois o legislador disse expressamente quando seria possível suspender a decisão mandamental.

Outro ponto que deve ser levado em consideração é o fato de a lei do mandando de segurança não prever o recebimento do recurso de apelação no duplo efeito, uma vez que a sentença mandamental pode, desde logo, ser executada, na dicção do artigo 12, parágrafo único, parte final.

Ora, se não há possibilidade de concessão direta de efeito suspensivo ao recurso de apelação, *ex vi* do artigo 13 da Lei n. 1.533/51, não seria razoável atribuí-lo a um recurso de menor amplitude, o agravo de instrumento (caso fosse ele admissível contra decisão interlocutória no *mandamus*).

Logo, concluo que os instrumentos processuais que não foram previstos na lei do mandado de segu-

rança foram propositadamente deixados de lado pelo elaborador da norma mandamental.

Esse entendimento não é isolado e encontra respaldo na doutrina:

“No mais, excetuando-se o agravo de instrumento, cabível quando indeferida a apelação, assim como os embargos declaratórios, nas hipóteses legais, tem-se assentado que as demais decisões proferidas em mandado de segurança não comportam recurso. Em outras palavras, a Lei do Mandado de Segurança indica os recursos cabíveis, não se aplicando ao seu rito especial todas as normas recursais do Código de Processo Civil. Daí por que, segundo a súmula do STF (enunciado n. 597), não cabem embargos infringentes em mandado de segurança” (Teixeira, Sálvio de Figueiredo. *In*: “Mandado de Segurança — Apontamentos”. Artigo publicado na Revista dos Tribunais, ano 76, outubro de 1987, vol. 624/11-20).

Nesta esteira, colhe-se da jurisprudência desta egrégia Corte de Justiça:

“Agravo inominado. Agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu a liminar em mandado de segurança. Negativa de seguimento. Inadmissibilidade manifesta. Recurso desprovido” (AAI n. 2004.032437-3/0001.00, da Capital, rel. Des. Silveira Lenzi, 24-2-2005).

“Agravo sucessivo – Relator que nega seguimento a agravo de instrumento – Decisão *a quo* que indeferiu liminar em mandado de segurança

– Irrecorribilidade – Ausência de previsão legal expressa e incompatibilidade com o rito célere do *mandamus* – Precedentes – Recurso improvido” (AAI n. 2002.012960-2/0001.00, da Capital, rel. Des. Carstens Köhler, j. em 23-7-02).

No mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso especial. Processual civil. Mandado de segurança. Decisão que indefere a liminar. Agravo de instrumento. Descabimento.

“Em razão da falta de previsão legal na legislação específica do mandado de segurança, bem como da celeridade que a ação exige, descabe o uso do agravo de instrumento contra decisão que indefere o pedido liminar. Violação não caracterizada.

“Recurso desprovido” (REsp n. 468.147/RS, Min. José Arnaldo da Fonseca, *in* DJU de 19-12-02, p. 415).

E mais:

“Processual – Mandado de segurança – Liminar — Denegação — Agravo de instrumento – Não cabimento – Suspensão de segurança (Lei n. 4.348/64, art. 4º).

“I — Não cabe recurso contra decisão que denega liminar, em Mandado de Segurança – a não ser nos processos originários de Tribunal em que se admita agravo regimental.

“II — Nem por isso, a Administração, sob liminar, queda-se desprotegida. Nosso ordenamento jurídico reserva instrumento eficaz, para tais si-

tuações: a ‘Suspensão de Segurança’, pelo presidente do tribunal competente para conhecer do recurso contra a sentença (Lei n. 4.348/64, art. 4º)” (REsp n. 365.770/RS, Min. Humberto Gomes de Barros, *in* DJU de 9-12-02, p. 113).

Feito o cotejo, estou convencido ser incabível o manejo do agravo de instrumento contra a decisão judicial concessiva ou denegatória da medida liminar no *writ*, tendo em vista o processamento célere do remédio heróico.

Contudo, respeitados os entendimentos divergentes, trago à consideração os ensinamentos de René Descartes acerca das razões pelas quais as pessoas tendem a divergir:

“Inexiste no mundo coisa mais bem distribuída que o bom senso, visto que cada indivíduo acredita ser tão bem provido dele que mesmo os mais difíceis de satisfazer em qualquer outro aspecto não costumam desejar possuí-lo mais do que já possuem. E é improvável que todos se enganem a esse respeito; mas isso é antes uma prova de que o poder de julgar de forma correta e discernir entre o verdadeiro e o falso, que é justamente o que é denominado bom senso ou razão, é igual em todos os homens; e, assim sendo, de que a diversidade de nossas opiniões não se origina do fato de serem alguns mais racionais que outros, mas apenas de dirigirmos nossos pensamentos por caminhos diferentes e não considerarmos as mesmas coisas” (Descartes, René – O Discurso do Método — Primeira Parte).

Essa consideração é oportuna porque é inegável que o entendimento exposto não é o predominante dentro do universo jurisprudencial.

Aqui mesmo, no Tribunal de Justiça catarinense, a matéria já foi objeto de incidente de uniformização de jurisprudência no Grupo de Câmaras de Direito Público, registrado sobre o número 2001.000851-9/0001.00, de Joinville, cujo relator foi o Excelentíssimo Senhor Desembargador Newton Trisotto e que restou assim ementado:

“Processual – Pedido de uniformização de jurisprudência – Mandado de segurança – Decisão que concede ou denega liminar – Agravo de instrumento.

“Da decisão que em mandado de segurança concede ou denega a liminar cabe agravo de instrumento” (j. em 12-11-2003).

É importante destacar que o próprio Código de Processo Civil confere força ao resultado do julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência, conforme se observa no artigo 479:

“O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente de uniformização da jurisprudência”.

Logo, é imperioso que a deliberação do Grupo de Câmaras de Direito Público seja respeitada na forma que determina a legislação processual civil.

Vale lembrar que essa decisão é corroborada pela jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça:

“Processo civil. Mandado de segurança. Liminar. Agravo de instrumento. Recurso cabível.

“1. O agravo de instrumento é o recurso cabível para atacar decisão de juiz singular que concede ou não medida liminar, em mandado de segurança, quando o fundamento for a existência ou não do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. 2. Recurso especial provido” (REsp n. 662956/SP, rel. Ministro Castro Meira, *in* DJU de 7-3-2005).

Nesse sentido: STJ, REsp n. 468.238/SC, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 6-2-2003; STJ, REsp n. 426.439/MG, rel. Min. José Delgado, *in* DJU de 9-9-2002; STJ, REsp n. 264.

Ressalta-se que, *in casu*, a agravante conseguiu demonstrar que o entendimento jurisprudencial majoritário no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de permitir o ataque à decisão que aprecia liminar em mandado de segurança por agravo de instrumento.

Dessa forma, em que pese esse Relator ter posição contrária à admissão dessa modalidade de recurso nas ações mandamentais, por entendê-la incompatível como o célere rito do *writ*, diante da orientação mais recente do Superior Tribunal de Justiça e do incidente de uniformização, é mister reconhecer que os argumentos do agravante têm fundamento e permitem o

reexame da interlocutória proferida no *mandamus* por meio do agravo de instrumento.

Isso porque a aplicabilidade do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil exige a observância de determinados requisitos:

“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” (original sem grifos).

Assim, demonstrado que a decisão monocrática não preencheu, com as vênias de estilo, os requisitos exigidos pelo artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, o provimento do agravo inominado para dar seguimento ao agravo de instrumento é medida que se impõe.

Dito isso, resta ser apreciado o pedido de efeito suspensivo da agravante Globex Utilidades S. A., com o qual objetiva obter a liminar no mandado de segurança, por ela impetrado contra o ato do Gerente do Procon estadual, e sobrestar a cobrança da multa aplicada pelo agravado em razão do descumprimento de norma do Código de Defesa do Consumidor.

Inicialmente, consigna-se que o recurso é tempestivo, encontra-se devidamente preparado e possui os documentos obrigatórios exigidos no artigo 525, inciso I, do Código de Processo Civil.

Para a outorga de efeito suspensivo no agravo de instrumento devem estar presentes dois requisitos essenciais, quais sejam: *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Na ausência de qualquer um deles, o magistrado está autorizado a negá-lo.

Compulsando os autos, não encontro relevância na fundamentação da agravante, até porque a decisão vergastada encontra amparo no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

“Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas”.

Sobre o tema, João Batista de Almeida leciona:

“A regra geral, na lei de proteção, é a responsabilidade solidária de todos os fornecedores, abrangendo, portanto, não apenas o vendedor ou comerciante, que manteve contato direto com o consumidor, mas este e os demais fornecedores em cadeia: fabricante, produtor, construtor, importador e incorporador [...]. Se entender que é difícil demandar o fabricante distante, pode exigir o cumprimento da

obrigação do vendedor, mais próximo e acessível. Se, ao contrário, entender que o vendedor não tem condições de arcar com os encargos financeiros da demanda, pode exigir o cumprimento da obrigação do fabricante, em regra em condições de arcar com os ônus da obrigação” (Almeida, João Batista de. *In* A proteção jurídica do consumidor. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 95).

A jurisprudência desse egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina não discrepa:

“Apelação cível – Ação de indenização – Responsabilidade por vício do produto – Automóvel novo – Surgimento e persistência de vários defeitos – Impossibilidade da regular e esperada fruição do bem – Devolução do valor pago – Solidariedade passiva – Vendedora e fabricante – Desgaste pelo uso – Irrelevância – Culpa exclusiva dos fornecedores – Honorários advocatícios – Sucumbência recíproca – Art. 21, *caput*, do CPC – Compensação – Possibilidade – Recurso parcialmente provido.

[...]

“Tratando-se de responsabilidade por vício do produto, respondem solidariamente o fabricante e o vendedor” (Ap. Cív. n. 1999.016112-9, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento).

Dessa forma, deve-se prover o agravo nominado para dar seguimento ao agravo de instrumento, devendo ser indeferido o pedido de efeito suspensivo, pois, em princípio, correta a decisão do magistrado que não suspendeu a cobrança da multa estipulada pelo agravado.

Ex positis, dou provimento ao agravo nominado do artigo 557, §1º, do Código de Processo Civil, conhecimento do recurso de agravo de instrumento e nego o efeito suspensivo pretendido.

Cumpra-se o disposto no artigo 527, incisos V e VI, do Código de Processo Civil e, após, à redistribuição, na forma do Ato Regimental n. 41/2000 com suas alterações posteriores.

Comunique-se o Juízo via fac-símile.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide esta Câmara Civil Especial, por unanimidade, dar provimento ao agravo nominado do artigo 557, §1º, do Código de Processo Civil, negar o pedido de efeito suspensivo, determinar o cumprimento do disposto no artigo 527, incisos V e VI, do Código de Processo Civil e, após, a redistribuição, na forma do Ato Regimental n. 41/2000 com suas alterações posteriores.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi. Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Victor Ferreira.

Florianópolis, 28 de abril de 2005.

Silveira Lenzi,
Presidente, com voto;
Jaime Luiz Vicari,
Relator.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2004.027277-5, DE CONCÓRDIA

Relator: Des. Mazoni Ferreira

Embargos infringentes – Responsabilidade civil – Danos morais – Ajuizamento de ação de execução contra garantes hipotecários – Ilícitude do ato não configurada – Exercício regular de direito – Exegese do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal – Inexistência de dolo do exequente – Dever de indenizar afastado – Decisum reformado – Recurso provido.

O ajuizamento de demanda executória contra parte ilegítima não tem o condão de gerar o dever de indenizar sem a demonstração do dolo do exequente e do dano efetivo, por constituir exercício regular de direito assegurado pelo art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2004.027277-5, da comarca de Concórdia, em que é embargante Banco do Brasil S.A. e embargados Geraldo Paulo Petkow e Terezinha Frizon Petkow:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Civil, por maioria de votos, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

A Primeira Câmara de Direito Civil, em acórdão da lavra do Des. Carlos Prudêncio, deu provimento ao

recurso interposto por Geraldo Paulo Petkow e Terezinha Frizon Petkow para reformar a sentença monocrática e condenar o Banco do Brasil S.A. ao pagamento de indenização de 100 (cem) salários mínimos a título de danos morais, além das custas e honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. As razões constam da ementa do acórdão, *verbis*:

“Apelação cível. Indenização por danos morais. Ajuizamento de executacional contra meros garantidores hipotecários. Impossibilidade. Recurso provido.

“A possibilidade de indenização por danos morais comprova-se pelo simples fato de os autores, meros garantidores hipotecários, terem sido executados indevidamente, causando-lhes, assim, uma ofensa à imagem, vertida na reação desgostosa suportada por estes, fato comprobatório dos prejuízos sofridos.

“Dano moral. *Quantum* indenizatório arbitrado em cem salários mínimos. Valor que condiz com a realidade dos autos.

“Linear é a doutrina ao determinar 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 função da agressão moral, em um misto de compensação e satisfação, e punir o causador do dano moral, inibindo novos episódios lesivos, nefastos ao convívio social.

“Sendo assim, examinados todos estes parâmetros, o valor da indenização pelo dano moral, no caso *sub judice*, deve ser fixado no equivalente a 100 (cem) salários mínimos, montante que se revela adequado, não gerando enriquecimento ilícito”.

Em sua declaração de voto vencido, o relator originário Des. Torres Marques disse ter dissentido da maioria porque não configura dano moral o fato de os autores terem figurado no pólo passivo de executacional aforada pelo banco réu, na condição de garantidores hipotecários, ainda que exista decisão transitada em julgado reconhecendo a ilegitimidade daqueles naquela ação (fl. 205).

Inconformado, o apelado Banco do Brasil S.A. apresentou embargos infringentes para que prevaleça a tese sustentada no voto vencido, aduzindo que: a) não há dano moral quando se exerce o direito constitucional de ação; b) inexistência de dolo na sua conduta, porquanto o Superior Tribunal de Justiça reconhece que os terceiros garantidores de hipoteca devem figurar no pólo passivo da ação de execução; c) os embargados não fizeram prova acerca dos danos por eles sofridos.

Admitido o recurso, manifestaram-se os embargados, propugnando pela manutenção do voto vencedor (fls. 221 a 227).

É o relatório.

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo apelado Banco do Brasil S.A., com o escopo de fazer prevalecer o voto vencido do Des. Torres

Marques, que dissentiu da maioria por entender não estarem demonstrados nos autos a ocorrência do dano moral nem o dolo na conduta do requerido.

Em se tratando de responsabilidade civil, para configurar-se o ato ilícito apto a gerar o dever de indenizar, é mister a comprovação do trinômio: evento danoso, dano efetivo e nexo causal entre o ato/fato e a lesão.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz leciona, *in verbis*: “para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral, sendo que pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo fato e; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente” (*in* Código Civil Anotado, 6. ed., Saraiva, 2000, p. 169 e 170).

Na presente demanda, os autores pleiteiam indenização por danos morais pelo fato de terem figurado no pólo passivo em ação de execução promovida pelo réu, sustentando que sofreram constrangimento e humilhação indenizáveis em decorrência do trâmite deste processo.

É cediço que o direito de estar em juízo encontra-se no seio do rol de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, arrolados na Constituição Federal de 1988, conforme disposto no art. 5º, inc. XXXV: “A lei não exclui a apreciação do Poder Judiciário

lesão ou ameaça a direito”. À luz deste princípio basilar, tem-se que o simples ajuizamento de ações judiciais, sem que sejam excedidos determinados limites, não constitui ofensa à esfera extrapatrimonial de um indivíduo, por caracterizar exercício regular de direito.

Com efeito, o art. 188, inc. I, do Código Civil (*vide* art. 160, inc. I, CC/1916), indicando as excludentes de ilicitude, é claro ao afirmar que: “Não constituem atos ilícitos: I — os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”. Desta feita, o dever de indenizar não decorre tão-somente do ajuizamento da executória contra os embargados, cabendo a estes provar efetivamente o dolo do exequente e os danos sofridos.

Acerca do tema em comento, discorre com propriedade o ilustre doutrinador Rui Stoco, *verbis*:

“Quando alguém ingressa com uma ação judicial está no exercício regular de um direito. Se o seu comportamento processual se der secundum ius, ou seja, conforme a moldura estabelecida na lei processual civil, não há abuso nem desvio, pouco importando que o resultado da demanda lhe seja favorável ou desfavorável, na consideração de que a só perda da ação judicial não licencia o vencedor a pretender perdas e danos, como de resto não justifica invocar o fundamento de que a sua condição de réu (embora vencedor) causou-lhe incômodos e prejuízos. Isso porque o fundamento moral do exercício regular de um

direito, como causa de isenção de responsabilidade civil, está na certeza imposta pela lei de que quem usa de um direito seu e o exerce regularmente não causa dano a ninguém” (*in* Tratado de Responsabilidade Civil, 5. ed., São Paulo: RT, 2001, p. 694) (grifo nosso).

E arremata:

“Diante disso cabe assentar em reiteração que a utilização do direito de estar em juízo encontra proteção e garantia na Carta Magna, de modo que o só ajuizamento de ações judiciais não constitui abuso de direito, mas exercício regular de um direito assegurado” (op. cit., p. 694) (grifo nosso).

Diverso não poderia ser o entendimento adotado, até porque o próprio ônus sucumbencial (art. 20 do CPC) reveste-se de caráter sancionatório, infligindo ao vencido o dever de pagar as despesas do processo, em lugar da indenização ora perquerida. Do contrário, a totalidade das ações que porventura viessem a ser julgadas improcedentes teriam o condão de gerar um dever de indenizar ao autor, o que não se coaduna com a ordem jurídica justa, muito menos com os pressupostos da responsabilidade civil.

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

“Ação de indenização. Danos morais decorrentes de processo de execução. A promoção de execução, como regra geral, constitui exercício regular de direito, não gerando obrigação de indenizar, ainda que reco-

nhecida a falta de razão do exequente. Ressalva-se a hipótese que tenha agido dolosamente (STJ – REsp n. 198.428, de São Paulo, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 20-6-00).

No mesmo norte, colhe-se da jurisprudência deste Sodalício:

“[...] Pleito de dano moral em razão do ajuizamento de execução fiscal – Circunstância que por si só não tem o condão de autorizar a condenação – Prejuízo não demonstrado – Indenização indevida. ‘Sabe-se que para haver indenização por ato ilícito, necessário é que se façam presentes, a um só tempo, o ato (causa), o dano (consequência), a culpa ou o dolo e o nexo de causalidade’ (Ap. Cív. n. 2000.017014-3, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben)” (TJSC – Ap. Cív. n. 2003.026393-4, de Balneário Camboriú, de minha lavra, j. 11-11-04).

“Ação de indenização por danos morais e materiais. Ajuizamento de execução fiscal. Exercício do direito de ação (CF, art. 5º, XXXV). Inocorrência de conduta dolosa. Responsabilidade limitada ao ônus da sucumbência e/ou encargos processuais suportados pelo contribuinte indevidamente chamado ao processo, como forma de evitar a irresponsabilidade do fisco ou de seus agentes. Inaplicabilidade da teoria do risco administrativo. Inteligência do art. 37, § 6º, da CF. Remessa e recurso parcialmente providos” (TJSC – Ap. Cív. n. 2002.013623-4, de Porto União, rel. Des. Cesar Abreu, j. 6-4-04).

“Apelação cível – Ação de indenização por danos morais – Exe-

cução hipotecária – Publicação de editais – Circulação em jornal – Abalo moral – Inocorrência – Exercício regular do direito – Exegese dos arts. 160, inciso I, e 333, inciso I, do Código de Processo Civil – Inexistência de litigância de má-fé – Sentença mantida – Apelo não provido. A reparação do dano moral encontra-se albergada na lei, sujeita-se sua exigibilidade, aos princípios que norteiam a responsabilidade civil, dentre os quais a demonstração de que o dano resultou da conduta dolosa ou culposa do lesante. Não há abuso de direito e não caracteriza ilícito indenizável, quando a instituição financeira exercita regular direito de ação [...]” (TJSC – Ap. Cív. n. 2001.025077-2, de Joinville, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 11-8-03).

“Responsabilidade civil – Município – Ajuizamento de execução fiscal – Dívida pertencente a terceiro – Correção efetuada – Dano moral – Inocorrência. O constrangimento ou a dor que justificam a indenização dos danos morais não precisam ser provados. O que precisa ser demonstrado cabalmente é a ocorrência do fato e a eficácia deste para causar abalo de ordem moral. O ajuizamento de execução fiscal concernente ao não pagamento de Imposto Territorial Urbano (IPTU) de imóvel pertencente a terceiro, mesmo causando indignação não configura situação que, por si só, tenha o condão de configurar lesividade apta a causar abalo na integridade moral do município. Não se deve confundir aborrecimento ou irritação com a inquietude espiritual que auto-

riza a indenização em referência” (TJSC – Ap. Cív. n. 2004.011763-9, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 28-9-04).

Destarte, os embargados estavam obrigados a amealhar conjunto probatório hábil a caracterizar o dolo ou má-fé no agir da instituição bancária para corroborar com a sua pretensão indenizatória, conforme a norma insculpida no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, o que não fizeram.

Ademais, não há falar em erro crasso do embargante ao inserir os embargados no pólo passivo da demanda executória, porquanto a jurisprudência não é uníssona quanto à possibilidade de os garantes hipotecários serem parte passiva ilegítima na execução movida contra o devedor principal, conforme se infere dos seguintes julgados:

“Apelação cível – Embargos à execução – Cédula rural pignoratícia e hipotecária – Ilegitimidade passiva – Interviente garante – Cerceamento de defesa – Julgamento antecipado da lide – Preliminares afastadas – Capitalização mensal de juros – Vedação – Possibilidade na forma semestral – Correção monetária – Indicação do INPC – Seguros e acessórios – Pactuação incorrente – Cobrança indevida – Imposto sobre operações financeiras (IOF) – Recolhimento obrigatório – Recurso parcialmente provido. Aqueles que dão em garantia hipotecária imóvel de sua propriedade não respondem necessariamente como devedores das obrigações as-

sumidas, devendo, entretanto, acompanhar a execução, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório quando penhorado o seu imóvel [...]” (TJSC – Ap. Cív. n. 2003.010386-4, de Mafra, rel. Des. Fernando Carioni, j. 21-10-04).

“Embargos do devedor. Execução. Cédula rural pignoratícia e hipotecária. Capitalização semestral de juros. Voto vencido do relator no sentido da capitalização mensal, desde que pactuada. Precedentes do STJ. Pretensão de limitação da correção monetária em 1% ao ano inacolhida. Taxa referencial afastada. Adoção do INPC. Cláusula que prevê a comissão de permanência erradicada. Matéria de ordem pública. Redução da multa a 2%. Código de Defesa do Consumidor, arts. 3º, § 2º, 47, 51, inc. IV, 52, § 1º, e 54. Honorários. Estipulação pelo critério de equidade. CPC, art. 20, § 4º. Recurso adesivo. Preliminar de ilegitimidade passiva dos terceiros garantes acolhida. Improriedade da inserção dos garantes no pólo passivo. Necessidade, entretanto, de se os citar, entendido enquanto comunicar, a fim de que acompanhem o procedimento expropriatório e se defendam de eventuais irregularidades. Voto vencido do relator neste ponto. Apelo do banco parcialmente provido. Recurso adesivo dos embargantes provido” (TJSC – Ap. Cív. n. 2001.021302-8, de Lebon Régis, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 12-2-04) (grifo nosso).

“Processo de execução. Cédula de crédito industrial. Garantes hipotecários. Legitimidade passiva. Recurso provido. 1. A partir do momento em que alguém dispõe-se a garantir o cumprimento de uma obrigação garan-

tia essa que é determinante para a realização do negócio jurídico bilateral, passa ela a ser responsável com o devedor pela satisfação do interesse do credor até o limite da garantia real prestada. 2. Não havendo o cumprimento voluntário da obrigação e tendo o credor de recorrer à execução forçada a fim de satisfazer o seu interesse, tanto o devedor principal quanto os garantes podem ser acionados para tal fim, até porque, como se sabe, a execução é real, isto é, não se prende à pessoa do devedor” (TJSC – Ap. Cív. n. 1998.010264-2, de São Bento do Sul, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 6-3-03) (grifo nosso).

Não restando demonstrada, portanto, a ilicitude da conduta do exequente, os presentes embargos merecem provimento para que seja mantida, nos seus próprios termos, a sentença objurgada.

Isso posto, decide o Grupo de Câmaras de Direito Civil, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para fins de restabelecer a decisão proferida no Juízo de primeiro grau.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Wilson Augusto do Nascimento, Luiz Carlos Freyesleben, Marcus Túlio Sartorato, Maria do Rocio Luz Santa Ritta e Sérgio Izidoro Heil, e com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio.

Florianópolis, 11 de maio de 2005.

*Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto vencido;
Mazoni Ferreira,
Relator.*

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2004.035372-1, DE GASPAR

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Procedimento de jurisdição voluntária. Alienação judicial de bem – arts. 1.113 a 1.119 do CPC. Acordo homologado em separação consensual. Estipulação de partilha quanto a bem indivisível/imóvel. Processo extinto sem julgamento de mérito, com base em suposta ausência de regime condominial, prevalecendo a obrigação de dar quantia certa. Interpretação hesitante dos termos do acordo homologado. Contextualização da avença em meio a referenciais hermenêuticos de caráter objetivo e subjetivo. Existência de regime condominial sob a condição resolutiva de pagamento da meação. Evento não implementado. Remanência da copropriedade por quotas. Incidência do art. 1.117, II, do CPC. Cassação da sentença. Recurso provido.

O procedimento gracioso de alienação judicial (Cap. II, do Tít. II, do Livro IV, do CPC) consiste em instrumento processual adequado à consorte que, por força da interpretação de acordo de partilha homologado em separação judicial, investe-se, após a extinção do regime de mancomunhão sobre os bens do casal, na condição de co-proprietária de bem indivisível que não cabe isoladamente nos quinhões individuais, em regime de condomínio por quotas ideais instituído sob a condição resolutiva de pagamento da meação. Não se operando o pagamento, é viável o uso do expediente previsto no art. 1.117, II, do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.035372-1, da comarca de Gaspar (2ª Vara), em que é apelante A. S., sendo apelado B. S.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, à unanimidade, dar provimento ao recurso para o fim de cassar a sentença terminativa, determinando a continuidade do procedimento de alienação na origem.

Custas legais.

I — Relatório

Na 2ª Vara da comarca de Gaspar, A. S. ingressou com o procedimento especial de jurisdição voluntária previsto no Capítulo II, do Título II, do Livro IV, do Código de Processo Civil, requerendo, contra B. S., a alienação judicial de bem imóvel objeto de partilha prévia nos autos de separação judicial litigiosa, posteriormente convertida para consensual, envolvendo-os.

Em sua petição exordial, relatou a autora que o acordo enfeixado e homologado em audiência, relativamente à partilha dos bens, previu, dentre outras coisas, “que o imóvel que pertencia ao casal ficaria para o requerido, que pagaria a meação da requerente no valor de R\$ 11.000,00”, até a data de 24-10-2003, sob pena de, em não o fazendo, ser “procedida a venda judicial do bem, além do pagamento de aluguel pelo requerido para a requerente no valor de R\$

200,00” mensais. Sem embargo do transcurso do prazo contratual, o demandado não lhe entregou, até o momento, a quantia de R\$ 11.000,00 respeitante à meação do imóvel, descumprindo o acordo de partilha. Com base nisso, requereu “seja a presente julgada totalmente procedente, determinando a venda judicial do imóvel pertencente ao casal, com base na sentença que homologou o acordo judicial e extinguiu a sociedade conjugal entre a requerente e o requerido, repassando o valor correspondente à meação”.

Citado, o demandado apresentou resposta sob a forma de contestação, fortificando os termos do acordo judicial, mas propondo, não obstante, a dilação no prazo de pagamento nele prescrito, sob a alegação de que num futuro próximo viria a auferir ganhos em reclamatória trabalhista. Opôs-se, ademais, ao pedido inicial de designação de hasta pública, argumentando que “a venda judicial, na prática, sempre é realizada com grande prejuízo para o alienante”, e pugnando, assim, na seqüência, por “novo prazo para o pagamento do valor acordado, visando preservar o patrimônio de ambas as partes”.

Ouvida sobre o teor dos fundamentos e da proposta veiculada na contestação, a demandante repugnou-os, concebendo unicamente que o imóvel, em lugar de excutir-se em hasta, seja posto à venda por imobiliárias credenciadas. Pleiteou “A designação de audiência conciliatória, propondo desde já a requerente, que

o imóvel seja colocado à venda por imobiliária escolhida por ela, ou o requerido pague o valor acordado antes da venda pela imobiliária, devendo, contudo, ser suspenso o processo pelo prazo de 3 (três) meses, prazo este que será dado para a imobiliária vender o imóvel”.

Manifestando-se a DD. representante do Ministério Público pela designação de audiência de conciliação, sobreveio sentença considerando que o imóvel em questão não se acha em regime de condomínio e que, ao contrário, a obrigação estipulada no acordo é de dar (quantia certa), reputando inadequado o procedimento de alienação previsto no art. 1.113 e seguintes do CPC. Explanando que a forma de exigir o cumprimento da obrigação é a execução do acordo judicial, extinguiu o feito com base no art. 267, VI, do CPC.

Inconformada com a prestação jurisdicional entregue, interpôs a autora recurso de apelação aventando que, nos termos do pactuado, “o apelado ficaria com o imóvel até certa data, sendo que, se não cumprisse o acordado, a apelante receberia certo valor mensal de aluguel até efetiva venda judicial do bem”. Tais circunstâncias, em sua visão, deixam claro que “não dissolveu-se o condomínio, tanto é que a apelante possui direito à metade do imóvel, pois o apelado deve pagar aluguel pela meação”, achando-se presente a adequação do procedimento de alienação judicial. Com base nisso vindicou a cassação da sentença terminativa, “devendo o

feito ter prosseguimento normal após o parecer ministerial de fl. 21, com designação de audiência conciliatória, onde poderá ser acordado pela venda do bem por imobiliária credenciada”.

Transcorrido *in albis* o prazo para contra-razões e sobrevivendo parecer do Ministério Público, da lavra do d. Procurador de Justiça Jobel Braga de Araújo, posicionando-se pelo conhecimento do recurso mas deixando de opinar sobre o mérito, vieram os autos conclusos para julgamento.

II — Voto

O objeto cêntrico da dissensão reside em diagnosticar se, com a homologação do acordo judicial de partilha em ação de separação enredando as partes, remanesceu o imóvel que compunha a mancomunhão do casal em regime de condomínio, ou se, ao revés, foi ele desde logo transladado ao patrimônio exclusivo do varão/demandado, ao qual passou a competir a obrigação de pagar o equivalente à meação, autorizando ou não, conforme o caso, o procedimento de alienação judicial com base no art. 1.117, II, do CPC. A questão, postas considerações introdutórias, perpassa pela interpretação da redação do acordo, com o auxílio de regras e referenciais hermenêuticos.

Em se tratando de separação judicial, com a dissolução do vínculo patrimonial que enlaça o casal, e em se afigurando viável a concomitante estipulação da partilha do acervo de bens, especificando-lhes a divisão, a

aspiração é de que haja distribuição, observado o regime matrimonial, de forma que a cada um dos desquitados compitam bens individualizados, sobre os quais passem a deter a propriedade exclusiva. Conforme leciona Yussef Said Cahali, “A lei não contém nenhuma proibição a respeito, existindo apenas recomendação da jurisprudência no sentido de que, ‘no caso de partilha conseqüente de desquite, manda a prudência que se evite qualquer fórmula que implique permanência de condomínio sobre alguns dos bens que constituem o patrimônio do casal’” (Divórcio e Separação. 10ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 155).

A pluralidade das situações concretas, não obstante, impõe flexibilização à recomendação jurisprudencial, à medida que nem sempre é possível a distribuição equânime de bens em observância ao regime patrimonial do casamento. O inconveniente ocorre, *e.g.*, nas hipóteses em que haja bens indivisíveis que não caibam, isoladamente considerados, no quinhão exclusivo de uma ou outra das partes. Nessas circunstâncias, uma das soluções possíveis, após a quebra do liame patrimonial e a dissolução da mancomunhão sobre os bens comuns do casal, é a instituição de condomínio por quotas, recaindo por sobre cada qual dos desquitados a propriedade sobre uma fração ideal do bem, fração essa de que pode dispor livremente, a qualquer tempo e independentemente de anuência, inclusive na forma do art. 1.117, II, do CPC.

À guisa de ilustração, convém transladar excerto do judicioso voto

proferido pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 130.605/DF:

“Desde a data da homologação da partilha – que manteve em comum os bens imóveis do casal, destinados à venda e oportuna repartição do preço —, a mancomunhão que existia entre os cônjuges casados pelo regime da comunhão universal transformou-se em condomínio, este regido pelo direito das coisas. Passou-se do instituto germânico da *gesamthand*, figura difícil de compreender aos juristas do sistema latino (Clóvis do Couto e Silva, Direito Patrimonial de Família no Projeto do Código Civil Brasileiro e no Direito Português, RT 520/11), para o condomínio romano, conforme explicou o Prof. José Lamartine Corrêa de Oliveira, no parecer juntado aos autos:

‘A doutrina distingue claramente a comunhão dita ‘de mãos juntas’, regulada pelo princípio da ‘*gesamthand*’ (comunhão germânica) da comunhão por quotas, de tipo romano, de que é caso modelar o condomínio. Na primeira, sustenta-se hoje ter importância secundária a questão consistente em saber se há ou não quotas: o que importa é a impossibilidade, em princípio, de atos de disposição isolados, de um ou de alguns dos comunheiros sobre a respectiva quota. Segundo a doutrina alemã, são três os exemplos clássicos de comunhão ‘de mãos juntas’: o espólio, ou comunhão entre herdeiros, a comunhão de bens entre marido e mulher, e a so-

cidade civil ou mercantil de pessoas. Com a abstração do último exemplo, uma que vez que tais sociedades, no direito brasileiro, são pessoas jurídicas, ao contrário do que sucede no direito alemão, é perfeitamente suscetível de transposição para o nosso direito a lição da doutrina germânica, que reconhece que o princípio da inalienabilidade de quota sobre o patrimônio conjunto tem rigorosa aplicação no caso da comunhão entre cônjuges. Lá como aqui, não pode o marido, como não pode a mulher, dispor de sua parte sobre os bens comuns, de tal forma a criar a comunhão entre o cônjuge e terceiros. Ao contrário, essa possibilidade de alienação da parte ideal é da essência do condomínio, regido pelos princípios da comunhão romana, e isso resulta claro, entre nós, do teor do art. 623, III, do Código Civil. É que a comunhão de mãos juntas, de que é exemplo a comunhão entre cônjuges, envolve a co-titularidade sobre um conjunto de patrimônio, enquanto que a comunhão romana e, portanto, o condomínio, envolve uma co-titularidade sobre cada objeto individualizado’.

“Yussef Said Cahali assevera: ‘E convencionando-se na partilha amigável o condomínio de bens do casal, esta passa a ser disciplinada segundo as regras comuns da compropriedade’ (Divórcio e Separação, RT, 2ª edição, II/834)”.

No caso *sub studio*, impende indagar se com a partilha, extinta a mancomunhão sobre o imóvel, instaurou-se o condomínio ou a propriedade

isolada do varão. A redação do acordo homologado é a seguinte:

“[...] O imóvel do casal ficará com o requerido que pagará a meação da requerente no valor de R\$ 11.000,00 (onze mil reais) no dia 24 de outubro do corrente ano. Não havendo pagamento até aquela data proceder-se-á à venda judicial do bem pelo valor de R\$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais), além do pagamento de aluguel pelo requerido para a requerente no valor de R\$ 200,00 mensais até a efetiva venda do imóvel [...]”.

Conquanto, literalmente interpretados, os termos do acordo judicial denotem a inexistência de condomínio (“o imóvel ficará com o requerido”), com a prevalência de obrigação de dar por parte do varão (“pagará a meação da requerente”), o certo é que a impressão derrui em exame sistêmico mais acurado, em atenção aos referenciais hermenêuticos que norteiam a exegese contratual.

Dissertando sobre a interpretação dos contratos, o didático civilista Sílvio Rodrigues destaca a existência de regras hermenêuticas de caráter subjetivo e objetivo. Ao passo em que naquelas tem-se em mira a intenção das partes contratantes, em detrimento do sentido literal da linguagem, regra adotada explicitamente pelo Código Civil, nestas, também admitidas subsidiária e secundariamente pelo ordenamento jurídico, a análise das cláusulas contratuais é de fazer-se *in abstracto*, segundo o sentido literal. Conforme o aludido mestre:

“Como ato jurídico que é, o contrato tem por mola propulsora a vontade das partes, de maneira que, para descobrir o exato sentido de uma disposição contratual, faz-se mister, em primeiro lugar, verificar qual a intenção comum dos contratantes. Esta é, teoricamente, a finalidade da exegese.

[...]

“Messineo, analisando o conteúdo do capítulo sobre a interpretação dos contratos do Código Italiano (arts. 1.362 a 1.371), divide em dois grupos as normas aí constantes. O primeiro abrange os princípios de caráter subjetivo, isto é, os que dizem respeito à análise da intenção das partes; o segundo, as regras de caráter objetivo, ou seja, a referente ao exame das cláusulas em si mesmas” (Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais de Vontade. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 49 a 51).

Bem, as regras de interpretação de caráter subjetivo, propensas a exprimir o sentido da exteriorização volitiva, ministram que “deve-se interpretar uma cláusula pelas outras contidas no ato, quer elas a precedam, quer a sigam” (Sílvio Rodrigues, traduzindo Pothier, ob. cit., p. 53), “pois, sendo o contrato um todo, a razão de uma cláusula encontra, no geral, justificativa na anterior, ou na subsequente” (ob. e p. cit.). No caso, contextualizando os termos isolados segundo os quais o varão “ficará com o imóvel”, devendo “pagar a meação” correspondente à fração pertencente à virago, em meio às demais circunstâncias do con-

trato, como a alusão à “alienação judicial” e ao “pagamento de alugueres”, é fácil perceber que a aquisição, pelo varão, da propriedade exclusiva não era desde logo intuída, senão condicionada à contraprestação pecuniária. Até lá remanesceria o regime de propriedade conjunta sobre o bem. Tanto isso é verdade que, na seqüência, o acordo alude à alienação judicial, expediente típico do regime condominial (art. 1.117, II, do CPC), e prescreve ainda um aluguel pelo uso exclusivo de um dos co-proprietários, peculiaridade também indicativa da vigência de condomínio por quotas (cf. REsp n. 12081/SP).

A propósito, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Separação consensual. Acordo sobre a partilha. Imóvel que permaneceu em comum. Uso pelo marido. Direito à indenização. Embargos de divergência. Aplicação do direito à espécie.

“Convencionado na separação do casal que o imóvel residencial seria partilhado, tocando metade para cada cônjuge, e permanecendo em comum até a alienação, o fato de o marido deter a posse exclusiva dá à mulher o direito à indenização correspondente ao uso da propriedade comum, devida a partir da citação.

“Trata-se de condomínio, regulado pelas regras que lhe são próprias, desfazendo-se desde a partilha a mancomunhão que decorria do direito de família.

“Nos embargos de divergência, uma vez comprovado o dissídio, cabe

à Seção aplicar o direito à espécie, podendo chegar a uma solução diversa da encontrada nos acórdãos em confronto.

“Embargos admitidos e parcialmente providos” (ERESP 130605/DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Ademais disso, de acordo com a lição de Sílvio Rodrigues, ainda correlacionada às regras hermenêuticas de caráter subjetivo, “Cumpra ao juiz, no caso de divergência entre os contratantes e obscuridade do texto, procurar o que estes efetivamente quiseram. Para tanto, deve examinar o comportamento dos contratantes, tanto anterior como posterior ao contrato (Cód. Italiano, art. 1.362, 2ª al.), pois é provável que a atitude de cada qual revele seu intento” (p. 52). Na hipótese, alega o demandado, em contestação, que a venda judicial seria gravosa a “*ambas as partes*”, uma vez que os bens são arrematados em 2ª praça por 50% do valor da avaliação. Trata-se, salvo melhor juízo, de asserção indicativa de que, no entender das partes, não se estava diante de uma obrigação meramente pecuniária, mas da existência de um direito incidente sobre 50% do bem, como se fosse uma quota condominial. Ora, se a venda não se desse por valores baixos, ou seja, não se operasse em hasta, e se isso trouxesse, *a contrario sensu*, benefício a ambas as partes, é porque os valores devidos à demandante incidem no percentual de 50% sobre o produto do imóvel. Não representam o valor fixo de R\$ 11.000,00, apenas estimado de antemão pelas partes

como equivalente a 50% do bem. Por outro lado, não há provas de que o formal de partilha, averbado na matrícula do Imóvel no Registro competente, encerre a transferência de propriedade exclusivamente ao varão, presumindo-se que levaria ele a cabo, se fosse o caso, tal providência (comportamento posterior ao acordo), e a comprovasse nos presentes autos.

Por fim, e levando em conta, agora, referenciais exegéticos de ordem objetiva, é certo que “Quando um contrato ou uma cláusula apresenta duplo sentido, deve-se interpretá-lo de maneira que possa gerar algum efeito, e não de modo que não produza nenhum” (ob. cit., p. 53), e que “as expressões com mais de um sentido (ou semanticamente empregadas de forma errônea) devem, em caso de dúvida, ser entendidas da maneira mais conforme à natureza ou ao objeto do contrato” (ob. cit., p. 54). Como visto linhas acima, é comum a formulação de acordos judiciais por meio dos quais os desquitados, em vista da indivisibilidade do bem e da impossibilidade de incluí-lo num quinhão individual e isolado, instituem regime de condomínio. Invulgar é a troca da propriedade conjunta por um direito de crédito, enfraquecendo sobremodo um dos separandos, de forma que também a natureza da espécie apruma para a solução apontada. No mais, entender diversamente seria inutilizar a previsão de alienação judicial.

Em conclusão: “Separação judicial. Partilha (falta). À falta de outros bens, e tendo a mulher concorda-

do com a venda do imóvel de propriedade do casal, inexistindo razão que impeça a alienação judicial do bem” (REsp n. 216.347/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 25-10-1999, p. 90). O entendimento se impõe *a fortiori* quando a existência de condomínio não é nem discutida pelas partes, sendo precipitadamente reconhecida, de ofício, pelo togado.

Isso posto, o voto é pela cassação da sentença terminativa, determinando, conforme requerido, e se ainda necessária a intervenção estatal, o avanço do procedimento de alienação judicial, com a designação de audiência de conciliação, mister em vista da predisposição das partes a colocar o bem à venda por imobiliárias cadastradas (§ 3º do art. 1.113, CPC), e não em hasta pública.

III — Decisão

Ante o exposto, à unanimidade, a Câmara dá provimento ao recurso para o fim de cassar a sentença terminativa, determinando a continuidade do procedimento de alienação na origem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Srs. Des. Dionísio Jenczak. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 14 de junho de 2005.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.025428-5, DE CRICIÚMA

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Apelação cível. Deserção recursal. Depósito a que alude o § 6º do art. 57 da Lei n. 5.250/67. Constitucionalidade dúbia. Exegese sistêmica dos arts. 51 e incisos e 56, § 7º, da Lei n. 5.250/67. Inocorrência. Limitações e balizamentos normativos à liberdade de imprensa. Inteligência do art. 220, § 1º, da CF. Matéria jornalística com conotação ofensiva à honra. Danos morais. Peculiaridades do caso. Quantificação incorreta. Reciprocidade sucumbencial. Pedido estimativo. Improvimento.

“O depósito prévio à apelação, no valor total da condenação imposta a título de indenização por dano moral advindo da atividade jornalística, foi concebido na vigência de um sistema que previa a indenização tarifada. Adotando-se nas instâncias ordinárias indenização que ultrapasse esse valor máximo, há que

se ter, por força de interpretação sistemática do dispositivo que impõe o depósito, por inaplicável também tal exigência” (STJ, REsp n. 72415/RJ, de 14-4-98, rel. Ministro Waldemar Zveiter).

A liberdade de imprensa (art. 1º da LI c/c art. 5º, IX, e art. 220, da CF), refletida numa comedida insubordinação das manifestações jornalísticas a fatores externos, é, a um só tempo, forma de tutela a direitos constitucionais de primeira geração e instrumento de fortalecimento e amadurecimento da democracia. O papel desempenhado pelos jornalistas e pelos veículos de comunicação é o de, manifestando o pensamento com liberdade relativa, informar a população sobre os acontecimentos que circundam uma determinada realidade, seja em âmbitos internacional, nacional, regional ou local. Nessa laudável atividade de angariação, compilação e divulgação de notícias, importa aos jornalistas e aos veículos de comunicação, contudo, espreitar certos limites de atuação. A liberdade jornalística não é absoluta e encontra contenções, dentre outros, na fidelidade aos fatos narrados (princípio da verdade) e, sobretudo, nos direitos à honra e à dignidade da pessoa humana (art. 220, § 1º, CF). Sob essa perspectiva, ao direito de informar, externando livremente o pensamento, corresponde o prudente dever de bem divulgar, impondo aos jornalistas e veículos de comunicação encontrar o equilíbrio necessário à tarefa, fazendo-a nem tanto ao céu, nem tanto ao mar. Infringem tais circunscrições e atuam de forma antijurídica aqueles que, emprestando à matéria conotações hiperbólicas, passam ao público em geral impressões que malferem a honra alheia e não guardam necessária fidelidade à realidade das coisas. Contexto em que emerge o dever de indenizar, nos termos do art. 49 da Lei de Imprensa.

Consabido que a quantificação do montante destinado à reparação dos danos tem sido feita de acordo com as peculiaridades que circundam cada caso concreto, levando-se em conta, sobretudo: a malícia, o dolo ou o grau de culpa do ofensor; a intensidade do sofrimento psicológico gerado pelo ilícito, auferido em meio aos antecedentes de honorabilidade e à projeção social do lesado; a finalidade admonitória da sanção, para que o evento não se repita; e o bom senso, para que a indenização não seja irrisória, nem extremamente gravosa, a ponto de gerar um enriquecimento sem causa do ofendido. Tais critérios são simetricamente transponíveis aos atos ilícitos regidos pela Lei de Imprensa.

“Em sede de indenização por danos morais, a entrega da prestação jurisdicional positiva implica na satisfação do pedido. E, muito embora o valor deferido seja inferior ao pleiteado, em sendo este meramente estimativo, não há cogitar de sucumbência parcial a autorizar a repartição dos encargos referentes às custas e aos honorários” (Ap. Cív. n. 1998.007947-0, rel. Des. Trindade dos Santos).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.025428-5, da comarca de Criciúma (2ª Vara), em que são apelantes Editora Jornal Tribuna do Dia Ltda. e Clarissa Margotti, sendo apelado Joacir Scremin:

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

Custas de lei.

I — Relatório

Na 2ª Vara Cível da comarca de Criciúma, Joacir Scremin aforou “ação de indenização por dano moral” contra o Jornal Tribuna do Dia Ltda. e a jornalista Clarissa Margotti, ambiçãoando a obtenção de lenitivo por notícia supostamente contumeliosa publicada e circulada na data de 16-1-2002.

Em sua peça exordial, relatou o autor que a matéria sob o título de “Testemunha chave muda depoimento sobre o caso Trichês”, redigida pela jornalista Clarissa Margotti e veiculada ao público no propalado jornal local Tribuna do Dia, afigura-se sensa-

cionalista, malferindo-lhe a honra. A seu ver, a notícia é tendenciosa e, versando sobre o conhecido caso de desvio de mercadorias na empresa Coposul — Copos Plásticos do Sul Ltda., não se limita a narrar imparcialmente os fatos, dando a entender que as imputações feitas ao então sócio Luiz Carlos Trichês foram, todas, previamente arquitetadas e tramadas pelo autor para o fim de “destruí-lo”. Tal notícia passa a impressão de uma espécie de reviravolta no caso, mencionando, de um lado, o depoimento de testemunha chave em desfavor do autor, bem como a sonegação de impostos por ele e, de outro, o relaxamento da prisão do ex-sócio Luiz Carlos Trichês.

Em adendo à fundamentação referente ao sensacionalismo e à parcialidade da notícia, informou que é empresário com alguma notoriedade nas comunidades cricumense e circunvizinhas, adquirindo enlevo nacional, uma vez que já foi Diretor-Presidente do Criciúma Esporte Clube. Aventou que a publicação, dada a alta repercutividade, traz-lhe e à família danos morais de toda ordem, reque-rendo, com base nisso, a condenação solidária dos demandados ao pagamento de indenização “no valor de R\$ 100.000,00”.

Citados, os demandados apresentaram resposta conjunta, sob a forma de contestação, sustentando, em resumo, que a publicação é imbuída de *animus narrandi*, de modo que não excede os limites de liberdade de manifestação e pensamento, tal qual tutelados na Lei de Imprensa. Tece-ram considerações sobre a importância de eventual condenação ao pagamento de danos morais e requereram, a título principal, a improcedência do pedido inicial.

Processado o feito e ultimada a respectiva instrução, sobreveio sentença julgando “procedente a ação de indenização por danos morais aforada por Joacir Scremin contra Editora Jornal Tribuna do Dia Ltda. e Clarissa Margotti, para condenar os requeridos solidariamente no pagamento de R\$ 10.000,00 ao autor, a título de indenização por danos morais, valor que doravante deverá ser acrescido de correção monetária e juros” e fixando o estipêndio advocatício em 20% sobre tal valor.

Inconformados com a prestação jurisdicional entregue, interpuseram os demandados recurso de apelação, requerendo, preliminarmente, a descon-sideração dos documentos de fls. 202 a 211, apresentados a destempo e sobre cujos termos não puderam manifestar-se. No mérito, repristinaram a tese de que as notícias publicadas “se basearam em alegações dos envolvidos, investigações policiais e procedimentos judiciais. Jamais publicaram inverdades ou tentaram instigar a criatividade do leitor leigo. Apenas se

limitaram a transcrever depoimentos, declarações prestadas pelo Sr. Gilmar Henrique, inquéritos e processos judiciais”. Requereram a reforma da sentença para os fins de: a) exoneração da condenação ao ressarcimento; b) minoração do respectivo importe, ou, por fim, c) aplicação da regra da reciprocidade sucumbencial.

Contra-arrazoados, ascenderam os autos a este Sodalício, ocasião em que lhes aportou petição à ordem dos autores, denunciando uma suposta deserção recursal, pela falta do depósito mencionado no art. 57, § 6º, LI.

II — Voto

Sem prejuízo das inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal estimando constitucional o depósito a que alude o § 6º do art. 57 da Lei de Imprensa, como requisito de admissibilidade recursal (cf. AI n. 225632/RS, Min. Sepúlveda Pertence, RE n. 254698, rel. Min. Ilmar Galvão, e AI n. 437891, Min. Sepúlveda Pertence), o certo é que o Superior Tribunal de Justiça, por fundamento infraconstitucional, vem dando-o por inexigível numa dada hipótese.

O depósito prévio à apelação, no valor total da condenação referente a danos morais decorrentes de atividade jornalística, foi concebido enquanto imerso num sistema de indenização tarifada (arts. 51 e 52, LI), cuja propensão era a de estimular, não os intimidando, o exercício da atividade profissional e a liberdade de impen-

sa. Em tal conjuntura, e como forma de compensar essa limitação no valor da indenização (cuja constitucionalidade é duvidosa nos tempos atuais — REsp n. 390594/RJ), tal depósito (art. 56, § 7º) propendia a assegurar ao ofendido uma reparação mais profícua, impedindo que a compensação pelo sofrimento moral desvanecesse pela ação do tempo. As duas disposições legais são um sistema interligado de peso e contrapeso (Ap. Cív. n. 1999.007873-6, de Itajaí, rel. Des. Newton Trisotto).

Dessa correlação entre os dispositivos avultou a orientação atualmente prevalecente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Segundo a Corte Superior, a razão de ser do depósito está na circunscrição/tarifação do valor da indenização, tal qual prevista na Lei de Imprensa. Assim, em não se adotando, como razões de decidir e parâmetros de quantificação do dano, as hipóteses de ofensa e respectivos valores constantes dos arts. 51 e 52 da aludida lei, esmaece, por extensão, a exigibilidade do depósito. À guisa de ilustração:

“O depósito prévio à apelação, no valor total da condenação imposta a título de indenização por dano moral advindo da atividade jornalística, foi concebido na vigência de um sistema que previa a indenização tarifada. Adotando-se nas instâncias ordinárias indenização que ultrapasse esse valor máximo, há que se ter, por força de interpretação sistemática do dispositivo que impõe o depósito, por inaplicável também tal exigência”

(REsp n. 72415/RJ, de 14-4-98, rel. Min. Waldemar Zveiter).

“Dano moral. Apelação. Depósito. Procedimento ordinário. Art. 57, §§ 4º e 6º do art. 57 da Lei de Imprensa. Precedente da Corte.

“1. Na linha de precedente da Corte, a ‘obediência ao procedimento ordinário, que acontece no caso de ser a ação contestada (art. 57, § 4º da Lei n. 5.250/67), não implica só por si o afastamento da exigência do depósito previsto no § 6º do mesmo artigo, imposto como condição de admissibilidade da apelação do réu condenado’.

“2. Recurso especial não conhecido” (REsp n. 180848/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

“Agravado de instrumento – Ação de indenização por danos morais – Lei de Imprensa – Exigência de prévio depósito pecuniário equivalente ao valor da condenação para a interposição de recurso – Descabimento – Montante fixado fora dos padrões do sistema de indenização tarifada – Recurso declarado deserto pelo magistrado *a quo* por ausência de pressuposto específico – Reforma da decisão para permitir o processamento do apelo” (AI n. 1999.018680-6, de Canoinhas, rel. Des. Orli Rodrigues).

“Responsabilidade civil – Lei de Imprensa – Recurso – Depósito do valor da condenação – Pressuposto de admissibilidade – Constitucionalidade.

“A Lei n. 5.250/67, ao limitar a responsabilidade civil dos jornalistas

e das empresas de comunicação (arts. 51 e 52), visou garantir a liberdade de imprensa; ao condicionar a admissibilidade do recurso ao depósito prévio do valor da condenação (art. 57, § 6º), assegurou ao ofendido a imediata reparação dos danos.

“Não há como dissociar os dois objetivos e acolher a pretensão da apelante. Se fosse inconstitucional o artigo que exige o depósito como pressuposto de admissão de recurso, também o seriam aqueles que limitam o *quantum* da indenização” (Ap. Cív. n. 1999.007873-6, de Itajaí, rel. Des. Newton Trisotto).

“Lei de Imprensa — Princípio da ampla defesa — Inexistência — art. 57, § 6º, Lei n. 5.250, de 1967, art. 5º, inc. LV — Constituição Federal de 1988 — Agravo de instrumento — Recurso provido — Agravo de instrumento. Lei de Imprensa é incompatível com o princípio da ampla defesa, consagrado no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, a exigência do depósito prévio do valor da condenação, prevista no § 6º do art. 57 da Lei n. 5.250/67. Além do mais, arbitrada a indenização além do limite máximo da Lei de Imprensa, não se pode adotá-la para um fim, e negá-la para outro. Proviemento do recurso, para que se receba a apelação, no duplo grau, ouvindo-se a apelada e prosseguindo-se na forma da lei (TJRJ, AI 2516/95, Reg. 090596 — Cód. 95.002.02516 — 10ª C. Cív., rel. Des. Sylvio Capanema, j. 7-3-1996)”.

“Consoante o disposto na Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67, art. 57,

§ 6º), no caso de condenação por dano moral, é pressuposto de admissibilidade do recurso o comprovante do depósito do valor total da condenação, pena de deserção. Tal pressuposto, não vulnera os princípios constitucionais do duplo grau de jurisdição e da ampla defesa” (Agravo de Instrumento n. 1997.002961-6, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“Processo civil. Lei de Imprensa. Depósito para recorrer. Tendo a sentença estabelecido o valor da condenação fora dos padrões tarifados pela Lei de Imprensa, fica dispensado o depósito do valor integral para recebimento da apelação, sendo necessário, apenas, o pagamento do preparo comum. Recurso conhecido e provido” (REsp n. 142.888, Min. César Asfor Rocha).

Conquanto as ementas transcritas aludam, em sua maior parte, à fixação de danos morais em patamar superior ao constante da Lei de Imprensa, parece sensato estimar que a causa de inexigibilidade não é, em rigor, o só fato de se transcender os valores previstos no art. 51, incs. I, II, III e IV, c/c art. 52. Em realidade, consiste ela no total desapego às hipóteses de dano estampadas em tais dispositivos, não capitulando rigorosamente o fato como divulgado de forma truncada (I), ofensivo à dignidade, decoro (II) e reputação (III), ou mesmo como a imputação de crime verdadeiro que não admite exceção de verdade (IV), isto é, tomando-o simplesmente como lesivo ao patrimônio moral de uma forma genérica, e abs-

tendo-se de aplicar-lhe a indenização no valor tarifado correspondente, impondo-se lenitivo em total autonomia e em indiferente a tais parâmetros, ainda que lhe não sejam excedentes. A rejeição, mesmo implícita, a qualquer um dos dispositivos (hipóteses de dano e sanção correlata) prosterna a adoção do outro (depósito), interligado, cuja aplicabilidade se esvai.

No caso, a sentença objurgada, em seu corpo, menciona que a publicação em foco ocasionou ao autor “desprestígio na sociedade e no seio familiar” (fl. 229), o que dá a entender, em conjunto com tudo o mais, que não se tratava apenas de divulgação de notícia falsa ou de fato truncado ou deturpado (art. 51, I). A hipótese parte de fato ofensivo ao decoro e à reputação, e vai daí para avante (incs. II, III, IV). Acaso fosse eleito o sistema de tarifação legal, o valor do lenitivo variaria de 5 (cinco) a 20 (vinte) salários mínimos, cujo valor à época era de R\$ 240,00, conforme o fato se capitulasse num ou noutro desses incisos. Tais valores, em todo caso, seriam suscetíveis de multiplicação por 10 (dez), na forma do art. 52, e desde sempre excederiam o valor de R\$ 10.000,00 fixado pela sentença a título de indenização por danos morais. A verba fixada não ultrapassaria os limites respectivamente previstos na Lei de Imprensa, o que, numa interpretação menos atenta, poderia aprumar para a necessidade do depósito. Mas não é a hipótese, na forma da fundamentação constante linhas acima, uma vez que não houve atenção aos critérios da lei nem fixação em salário mínimo.

Tais fundamentos, se acrescidos à rica dissensão em torno da (in)constitucionalidade da instância normativa, afastada pelo Supremo Tribunal Federal, mas não raro reconhecida incidentalmente pelos Tribunais Estaduais e pelo Superior Tribunal de Justiça (Ap. Cív. n. 1999.008421-3, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, Ap. Cív. n. 2001.001437-3, de Chapecó, rel. Des. José Volpato de Souza, REsp n. 108900/RJ, Min. Barros Monteiro), são o quanto basta para afastar uma suposta deserção recursal e conhecer do pedido de reforma.

Entretanto, o recurso não merece acolhida.

A liberdade de imprensa (art. 12, LI c/c art. 5º, IX, e art. 220, da CF), refletida numa comedida insubordinação das manifestações jornalísticas a fatores externos, é, a um só tempo, forma de tutela a direitos constitucionais de primeira geração e instrumento de fortalecimento e amadurecimento da democracia. O papel desempenhado pelos jornalistas e pelos veículos de comunicação é o de, manifestando o pensamento com liberdade relativa, informar a população sobre os acontecimentos que circundam uma determinada realidade, variando em âmbitos internacional, nacional, regional e local. É, em essência, o de manter o povo informado, passando-lhe notícias em primeira mão e atualizando-o acerca dos acontecimentos que lhe permeiam o cotidiano.

Bem por isso é que Rui Barbosa, citado na sentença, em lição ain-

da atual, feitas as devidas adaptações temporais, expõe que “cada jornalista é, para o comum do povo, ao mesmo tempo, um mestre de primeiras letras e um catedrático de democracia em ação, um advogado e um censor, um familiar e um magistrado. Bebidas com o primeiro pão do dia, suas lições penetram até o fundo das consciências inexperatas, onde vão elaborar a moral usual, os sentimentos e os impulsos, de que depende a sorte dos governos e das nações”.

Nessa laudável atividade de angariação, compilação e divulgação de notícias, importa aos jornalistas e aos veículos de comunicação, contudo, espreitar certos limites de atuação. A liberdade jornalística não é absoluta e encontra contenções, dentre outros, na fidelidade aos fatos narrados (princípio da verdade) e, sobretudo, nos direitos à honra e à dignidade da pessoa humana (art. 220, § 1º, da CF). A razoabilidade e o bom senso devem informar tal atividade, mantendo-a sempre na linha, certas vezes tênue, da esfera de licitude.

Sob essa perspectiva, o direito de informar, externando livremente o pensamento, afigura-se condicionado à observância de outros direitos coexistentes, tais quais a honra e a vida privada, que se lhe superpõem e cujas violações acarretam dever de indenizar (art. 5º, X, CF). Requer-se uma liberdade responsável, exercida sem excessos e não voltada a um sensacionalismo mercadológico. Ao direito de divulgar corresponde, assim, o prudente dever de bem divulgar, im-

pondo aos jornalistas e veículos encontrar o equilíbrio necessário à tarefa, fazendo-a nem tanto ao céu, nem tanto ao mar.

Não diverge a lição de Rui Stocco, exímio tratadista, que, perscrutando a responsabilidade civil em face da Lei de Imprensa, ministra:

“A atual Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 1967) preceitua no artigo 1º: ‘É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer’.

“Fundamental observar que o preceito, ao mesmo tempo que garantiu a liberdade de manifestação do pensamento, e, em resumo, a liberdade de noticiar e de informar, afastou os óbices pertinentes aos meios de divulgação; impediu a dependência da notícia a alguma condição e proibiu a censura, seja prévia ou posterior. Aliás, o mesmo artigo 5º da CF/88 consagrou no inciso IX a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e da comunicação, independentemente de censura ou licença.

“Entretanto, estabeleceu o limite da notícia: a divulgação deve estar contida na normalidade e na fidelidade do fato, pois proíbe-se expressamente o abuso.

[...]

“Assim, não basta que a notícia seja verdadeira, que se licencie a sua

divulgação. Impõe que seja colocada à disposição do público com as cautelas e reservas que o direito individual exige.

[...]

“A solução prática e a perfeita interação e convivência dos preceitos exige de cada qual que se comporte com cautela e seriedade, pois se a divulgação de informação é um direito, a fidelidade ao fato, a ausência de excessos ou de sensacionalismo é um dever.

“Não se admitem insinuações, interjeições, dubiedades, sensacionalismo ou dramatização ofensiva ou perniciosa sobre fatos verdadeiros.

“Condena-se e pune-se no âmbito civil tanto a notícia falsa, forjada e sem pertinência fática, ou seja, a notícia inexistente no plano fenomênico, como a notícia verdadeira mas travestida, desvirtuada ou divulgada com excesso e abuso.

[...]

“Evidentemente que o excesso com poder ofensivo não necessita configurar crime contra a honra (calúnia, difamação e injúria) para ensejar reparação, nem importa a circunstância de o ofensor ter sido absolvido no âmbito criminal. Mas impõe-se que o agente de divulgação tenha agido com dolo (intenção de ofender) ou culpa, nas modalidades clássicas criadas pela doutrina” (Tratado de Responsabilidade Civil. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1.445 e 1.446).

Também Pedro Frederico Caldas, em obra específica intitulada *Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral* (Saraiva, 1997, p. 65), obtempera, em igual sentido, que “A liberdade de imprensa não implica salvo-conduto para que o proprietário do veículo de informação ou o jornalista agrida impunemente direitos atribuídos à pessoa. A liberdade de veiculação de informação exige o princípio da verdade, pois, como adverte José Afonso da Silva, é reconhecido o direito de informar ao público os acontecimentos e idéias, mas sobre ele incide o dever de informar à coletividade tais acontecimentos e idéias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original; do contrário, se terá não informação, mas deformação”.

No caso em epígrafe, a notícia propalada no conhecido jornal *Tribuna do Dia*, subscrita pela jornalista Clarissa Margotti, tem o seguinte texto:

“Testemunha chave muda depoimento sobre o caso Trichês.

“Contradição em depoimento: caminhoneiro, acompanhado do advogado, acusa Scremin de mandar culpar sócio.

“Uma declaração contraditória a todas as acusações de participação do empresário Luiz Carlos Trichês no desvio de matéria-prima da empresa Coposul foi registrada na semana passada na 1ª DP, ao delegado João Loss de Medeiros, pelo caminhoneiro Gilmar Henrique, de 34 anos, considera-

do uma das testemunhas chaves no processo que foi arquivado na comarca de São Paulo. Na declaração, ele relata que pretende se retratar, garantindo nunca ter sofrido nenhuma ameaça do empresário, conforme ele mesmo denunciou na Divecar de São Paulo no ano passado. O alvo do motorista, agora, é justamente o empresário Joacir Scremin, ex-sócio de Trichês, apontado por Henrique neste último depoimento, como responsável por ameaças e que lhe teria obrigado a denunciar o ex-patrão.

‘Joacir ameaçou me prender se eu não fizesse o registro, dizendo que me colocaria como envolvido no roubo de cargas’, disse Gilmar Henrique, segundo consta do termo de declaração. No documento, ele ainda diz que trabalhou de caminhoneiro em 1993 para Scremin, trazendo polietileno para sua empresa, em Içara. ‘Em 1994, trabalhei na Coposul, a qual pertencia aos dois sócios, e todas as cargas que peguei na empresa Monsanto do Brasil/SP eu levava para a empresa de Içara’.

“O caminhoneiro ainda garante que toda a história do roubo de cargas é totalmente caluniosa, inventada por Joacir Scremin para denegrir a imagem de Luiz Carlos Trichês e que no dia 2 de janeiro deste ano Dimas Darós, diretor financeiro da Coposul, invadiu sua residência com um Boleim de Ocorrência com a intenção de pegar documentos que incriminam Scremin”.

Prosseguindo, num quadro à parte, a notícia denota:

“Entenda o caso:

“— Luiz Carlos Trichês, de 47 anos, foi preso no dia 26 de agosto de 2001, no Centro de Balneário Camboriú, sob a acusação de desvio de matéria-prima na indústria Coposul, da qual era sócio, localizada em Içara.

“— Na 3ª DP em Criciúma, Trichês, em entrevista exclusiva ao Tribuna do Dia, relatou que Joacir Scremin o queria destruir. E denunciou que seu sócio não pagava os impostos, chegando a ter que passar 85% de sua parte para ele.

“— Sua prisão foi concedida através de carta precatória expedida no dia 5 de fevereiro, pelo juiz Cesar Augusto Andrade de Castro.

“— Ele permaneceu preso 34 dias em São Paulo e foi solto através de um *habeas corpus* impetrado pelo (sic) STJ de Brasília. O processo que o acusava de envolvimento foi arquivado por falta de provas”.

Bem, fácil é perceber que a manchete segundo a qual uma testemunha “chave” mudou o depoimento sobre o caso Trichês (desvio de matéria-prima da Coposul), numa espécie de virada de mesa, voltando-se as atenções para o autor Scremin, guarda algum exagero. Passa a impressão de uma espécie de reviravolta no caso, mencionando, de um lado, o depoimento de testemunha chave em desfavor do autor e, de outro, no quadro “Entenda o caso”, o relaxamento da prisão do ex-sócio Luiz Trichês e o arquivamento do processo — sem maiores especificações — a ele diri-

gido, em decorrência da falta de provas. Ora, a uma grande parcela dos leitores desinformados pode ter soado como uma espécie de inocentar de Luiz Trichês, com o redirecionamento do caso ao autor, contra quem, até onde se sabe, sequer existe um processo criminal instaurado.

Nota-se que o testemunho de Gilmar Henrique é por ele dito e desdito a todo instante. Não tem a credibilidade necessária à veiculação de uma matéria de tal porte e expondo de tal maneira o autor às agruras do público. Ao elaborá-la e publicá-la, a jornalista e o veículo de comunicação emprestaram-lhe, não há negar, uma certa faceta sensacionalista e exagerada. A matéria, aliás, encerra algumas outras informações temerárias, como a liberação de Luiz Trichês em decorrência de *habeas corpus* e o arquivamento, por falta de provas, “do processo que o acusava”, a primeira delas comprovadamente distorcida e a segunda a autenticidade é obscura. Ocorre que tais informações eram incisivas em meio ao colorido da matéria. Houvesse a publicação se limitado a narrar o depoimento do caminhoneiro acusando o autor Joacir Scremin, sem taxá-lo de “testemunha chave” e sem deixar impressões de que o “vilão da história” é o autor, tal como fizeram as demais fotocópias de notícias acostadas aos autos, inexistiria irregularidade. No caso, porém, há excessos.

Conforme bem observado pela Magistrada *a quo*, “dentre algumas verdades relativas, extraídas de inquê-

rito e declarações prestadas perante a polícia e por escrito público, publicaram os réus algumas inverdades, tais como ter sido o inquérito aberto contra Trichês arquivado e ter sido o mesmo liberado por *habeas corpus* emanado do STJ (mais alta corte para a análise de matéria infraconstitucional do País) que se contrapõe às cópias das decisões anexadas aos autos, levando o leitor leigo a — partindo de falsa premissa — pensar, que, estando o mesmo doravante inocentado das acusações que contra si pendiam, o alvo é agora o autor (contra quem nem mesmo existe, ao que consta, procedimento policial instaurado)” (fl. 228, TJSC).

Sobre o assunto, esta Corte já decidiu:

“Configura dano moral a publicação, pela imprensa, de matéria ofensiva à dignidade e à honra da pessoa alvejada, seja ela física ou jurídica, independentemente da comprovação do prejuízo material sofrido pelo lesado ou da prova objetiva do abalo à sua honra e à sua reputação, porquanto são presumidas as consequências danosas resultantes desse fato” (Ap. Cív. n. 2000.022579-7, de Blumenau, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben).

Consabido, por outro lado, que a quantificação do montante destinado à reparação dos danos tem sido feita de acordo com as peculiaridades que circundam cada caso concreto, levando-se em conta, sobretudo: a malícia, o dolo ou o grau de culpa do ofensor; a intensidade do sofrimento psicológico gerado pelo ilícito, auferi-

do em meio aos antecedentes de honorabilidade e à projeção social do lesado; a finalidade admonitória da sanção, para que o evento não se repita; e o bom senso, para que a indenização não seja irrisória, nem extremamente gravosa, a ponto de gerar um enriquecimento sem causa.

Analisando o caso à luz de ditos parâmetros, não se afigura excessiva a condenação no valor de R\$ 10.000,00. O autor é empresário conhecido nas comunidades criciunense e circunvizinhas, e mesmo no País, dirigente que foi do Criciúma Esporte Clube. A repercussão da notícia é maior do que de ordinário sucede, tanto mais porque o jornal é de enorme porte e circulação na região e a jornalista possui o respaldo do público. Embora os antecedentes de honorabilidade do autor não sejam dos mais admiráveis, uma vez que condenado, inclusive, por crime de sonegação fiscal, e conquanto o grau de culpa dos ofensores não guarde significativo enlevo, tal quantia parece adequada para eufemizar mais uma projeção negativa da imagem daquele no meio social. Não se trata de *quantum* arbitrado com excesso ou em desproporção à lesão, não impingindo gravame excessivo, nem causando enriquecimento sem causa.

De outra banda, reciprocidade sucumbencial não há. O pedido relativo à condenação por danos morais, cuja mensuração e afixação competem à discricionariedade judicial, é meramente estimativo. Vendo-o acolhido, logra o autor êxito quanto a ele,

pouco importando que a condenação tenha expressão menor que a originalmente pleiteada. A propósito:

“Reconhecido o direito à autora, não seria porque desacolhido o *quantum* pretendido que haveria ela de ser tida como vencida, com os ônus da sucumbência, ainda que o encargo a ser suportado pela parte contrária se restringisse à proporção sobre o valor da condenação. E a matéria não poderia, segundo os princípios da lógica do razoável, ensejar agora distinta solução. De se observar que a contestação da embargante se contrapõe a todo e qualquer direito da embargada, e o direito desta vem a ser reconhecido. Substancialmente, existe um direito a ser tutelado. Quantitativamente, de forma simplesmente acessória, secundária, este direito a ser protegido e judicialmente firmado, não corresponde pecuniariamente ao que entendeu o sujeito da relação jurídica devesse alcançar.

[...]

“Assim, a solução da lógica do razoável em questão pertinente a perdas e danos só pode ser esta: o direito contestado existia, e ao ser afirmada a sua dimensão, bem mais reduzida que a pretendida, a sucumbência será fixada em função do *quantum* menor admitido” (Yussef Said Cahali. *Honorários Advocatícios*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3ª edição, p. 353 e 354).

Não discrepa o entendimento deste Tribunal de Justiça:

“Em sede de indenização por danos morais, a entrega da prestação jurisdicional positiva implica na satisfação do pedido. E, muito embora o valor deferido seja inferior ao pleiteado, em sendo este meramente estimativo, não há cogitar de sucumbência parcial a autorizar a repartição dos encargos referentes às custas e aos honorários” (Ap. Cív. n. 1998.007947-0, de Joinville, rel. Des. Trindade dos Santos).

Assim, também neste quesito é de manter-se a quantificação do estipêndio tal qual perpetrada pelo Magistrado *a quo*, que, de fora parte solucionar adequadamente a questão, ainda remunera, em atenção às alíneas *a*, *b* e *c*, do § 3º art. 20 do CPC, condignamente o profissional do direito.

Por fim, como forma de se evitarem ulteriores alegações de afronta ao princípio do contraditório, convém deixar claro que os documentos de fls.

202 a 211 não foram, a propósito do exercício da atividade cognitiva, minuciosamente analisados como elementos de convicção. A presente decisão se escora sobretudo no teor da própria publicação jornalística, encontrando fundamento subsidiário nos vários depoimentos colhidos na fase instrutória e no mais de que se compõe o plexo probatório.

III — Decisão

Ante o exposto, à unanimidade, a Câmara conhece do recurso e nega-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Dionísio Jenczak e Sérgio Izidoro Heil.

Florianópolis, 7 de junho de 2005.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Presidente e Relatora.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.029015-0, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Monteiro Rocha

Direito civil – Família – Falecimento de genitor – Defesa judicial – Menor representado pela mãe – Atos de administração e

de disposição – Diferença – Excesso da genitora – Acordo entabulado extrajudicialmente – Pedido de homologação – Indeferimento – Inconformismo – Decisum mantido – Recurso desprovido.

Entre os atos de simples administração consta a defesa judicial do menor pelos seus representantes legais.

A defesa judicial, ato de administração que é, não engloba a transação extrajudicial, desautorizando a genitora do menor a dispor dos bens deste por meio de concessões mútuas.

Ocorrendo prejuízo ao menor, o magistrado não deve homologar acordo judicial tratando sobre direitos morais e econômicos deste.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2003.029015-0, da comarca de Itajaí, em que é agravante Cynthia Morgana Boss e agravados Isabel Aparecida Pinheiro Escalvim e outro:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Cynthia Morgana Boss contra Isabel Aparecida Pinheiro Escalvin e outro, objetivando a reforma do interlocutório proferido pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Itajaí que, nos autos da ação de indenização de danos materiais e morais que lhe move a agravada, não homologou o acordo entabulado entre as partes.

O interlocutório agravado tem o seguinte teor (fl. 302 TJSC):

“Vistos e etc.

“As partes requereram a homologação do acordo de fls. 237 a 239.

“Interveio o Representante do Ministério Público que opinou pelo indeferimento.

“Realmente, o valor de 22.500,00 (vinte e dois mil e quinhentos reais) em favor do menor, incluindo-se pensão alimentícia e danos morais, não atende o interesse deste, pois somente referente ao último pedido seria no mínimo de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais).

“Acrescente-se que na apólice de seguro juntada na fl. 107 consta como danos corporais o valor de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), o que entende este Juízo que nesta importância estão incluídos os danos morais.

“Assim, indefiro o referido acordo”.

Asseverou que no ano de 2002 os agravados ingressaram com ação de indenização contra a agravante e a companhia de seguros Liberty Paulista, por acidente de trânsito ocorrido, no qual foi vítima fatal o pai e marido destes.

Sustentou que, antes da inquirição das testemunhas, as partes, em consenso, resolveram pôr fim à demanda.

Aduziu que o Ministério Público entendeu que o acordo entabulado por R\$ 45.000,00, em decorrência do falecimento do pai do menor, contraria os interesses do infante, tratando-se de quantia ínfima.

Entretanto, o recorrente entendeu que a quantia ofertada não é ínfima, pois “para quem vive de aluguel ou de favor, onde a renda mensal da família é irrisória, a base do salário mínimo representa uma vida inteira de trabalho árduo”.

Ao final, pugnou pela reforma do interlocutório, requerendo a homologação do acordo entabulado entre as partes.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo ilustre Procurador de Justiça Humberto Francisco Scharf Vieira, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 329 a 332).

É o necessário relatório.

II — Voto

O cerne da controvérsia cinge-se em saber se a transação extrajudi-

cial efetuada entre as partes é válida ou não.

As partes entabularam acordo, no qual restou estabelecido que a agravante e a seguradora Liberty Paulista Seguros S.A. pagariam aos agravados a quantia de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), como forma de quitação dos pedidos formulados na ação de indenização.

Instado a manifestar-se, o representante do *Parquet* opinou pela não homologação do acordo firmado, com o que o Togado concordou em seu *decisum*.

A questão circunda a exegese do art. 1.691 do novo Código Civil, correspondente ao art. 386 do diploma civil anterior e, conseqüentemente, a verificação da extensão do poder paterno na representação do filho.

Dispõe o art. 1.691 do CC:

“Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz”.

O diploma legal outorga aos pais poderes amplos de administrador. Todavia, esses amplos poderes são limitados no sentido de não poder ir além dos atos de simples e ordinária administração do patrimônio do menor.

À primeira vista é válida a transação envolvendo interesses de inca-

pazes quando realizada por seus genitores, desde que, nos termos da lei civil, sejam respeitados os limites da mera administração.

Traz-se aos autos entendimento doutrinário de J. V. Castelo Branco Rocha, *in* O Pátrio Poder, São Paulo, Leud, 1978, p. 232 e 233:

“Administrar, segundo os dicionaristas, significa gerir, reger, governar, dirigir. Administrar o patrimônio do menor quer dizer, portanto, gerir a fazenda do incapaz, cuidar dos seus interesses patrimoniais, zelar pelos seus negócios. A administração compreende todos os bens do menor, quer sejam móveis, imóveis ou semoventes.

‘Não obstante a regra geral de que o pai é o administrador dos bens dos filhos menores, existem certos bens que estão excluídos da administração paterna.

‘Na administração dos bens do menor, o pai tem uma certa liberdade de ação, nem poderia ser de outro modo. Todavia, por ser esta liberdade condicionada aos interesses do menor, temos de reconhecer que a administração paterna está sujeita à supervisão do juiz.

‘Cumpre distinguir entre atos de administração e atos de disposição. O pai administra os bens dos filhos, mas não pode dispor dos mesmos bens. É que a disposição é ato que pressupõe o domínio e o pai não é dono dos haveres do filho’”.

Entre os atos de mera administração, consta a defesa judicial, des-

de que não haja colisão de interesses dos filhos com o dos pais, colisão que veio a acontecer nos presentes autos.

Não é difícil concluir o prejuízo que iria sofrer o menor se fosse homologada a transação, pois verifica-se que o valor estabelecido a título de pensão alimentícia e danos morais pela morte de seu genitor não atende às suas necessidades.

Traz-se aos autos entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que reputo aplicável ao caso vertente:

“— O Código Civil outorga aos pais amplos poderes de administração sobre os bens dos filhos, mas estes não abrangem os atos que extrapolem a simples gerência e conservação do patrimônio do menor. Não podem, assim, praticar atos de disposição [...]” (STJ, Terceira Turma, rela. Mina. Nancy Andrighi, REsp n. 292.974, de São Paulo, j. em 29-5-2001).

Por essas razões, evidenciado que a genitora do menor cometeu excesso nos limites da mera administração dos bens pertencentes ao incapaz, voto para conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

III — Decisão

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

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs.

Des. Luiz Carlos Freyesleben e Jorge Schaefer Martins. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 23 de junho de 2005.

Monteiro Rocha,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2005.000636-8, DE BLUMENAU

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

Civil e processual civil. Contrato de fornecimento de serviços médico-hospitalares. Solicitação de cirurgia por médico não cooperado. Autorização negada. Tutela cautelar e antecipação de tutela. Institutos jurídicos diversos. Princípio da fungibilidade das tutelas de urgência. Presença dos respectivos requisitos legais.

Em atendimento ao princípio da fungibilidade das tutelas de urgência, corolário da instrumentalidade e da efetividade do processo, o juiz pode, em hipóteses especiais, quando presentes os respectivos pressupostos e houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deferir, inaudita altera parte, a medida emergencial requerida de forma inadequada, transigindo com a pureza dos institutos jurídico-processuais em homenagem à prestação justa e tempestiva da tutela jurisdicional, para defender os direitos e interesses envolvidos no litígio.

Tratando-se de hipótese excepcional, como no caso de procedimento cirúrgico de emergência indispensável à manutenção da vida, convém mitigar a disposição contratual que condiciona a internação de beneficiário de plano de saúde ao requerimento de médico cooperado, sob pena de ferir-se direito fundamental.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2005.000636-8, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que é agravante Unimed de Blumenau – Cooperativa de Trabalho Médico e agravado José Sebold:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unân-

nime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas de lei.

I — Relatório

José Sebold propôs ação cautelar inominada, preparatória de ação declaratória de vínculo contratual de saúde e assistência médica, contra

Unimed Blumenau – Cooperativa de Trabalho Médico, dizendo ser usuário de plano de saúde oferecido pela requerida e estar pagando, regularmente, os valores ajustados pela prestação de serviço.

Alegou que, após a realização de exames, o médico Amauri Cadore solicitou a sua internação, em face de quadro hemorrágico grave, decorrente de um câncer de cólon, com indicação cirúrgica emergencial.

Disse que a ré negou-se a autorizar a internação, sob o argumento de que o procedimento cirúrgico não contava com cobertura contratual. Daí por que, dizendo presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requereu o deferimento de liminar para que a ré autorize imediatamente a sua internação no Hospital Santa Izabel, em Blumenau/SC.

Pediu, ainda, a inversão do ônus da prova, a assistência judiciária gratuita e, ao final, a procedência do pedido.

O Juiz de Direito deferiu a liminar (fls. 17 e 18), fixando multa diária de R\$ 10.000,00 pelo descumprimento da ordem.

Inconformada, a Unimed de Blumenau agravou de instrumento. Asseverou que o contrato, em suas cláusulas 6.1, 6.2, 6.3 e 6.5, veda a cobertura de procedimentos solicitados por médico não cooperado, como na hipótese.

Ressaltou ter agido dentro dos limites do contrato e requereu a con-

cessão de efeito suspensivo ao recurso.

Disse da inadequação do meio processual utilizado pelo recorrido, porquanto a decisão atacada é irreversível e antecipou em definitivo os efeitos satisfativos da demanda principal, que restará prejudicada.

Enfatizou a ausência de *fumus boni iuris*, porque as cláusulas 6.1 a 6.5 do contrato estabelecem que a internação deve ser solicitada por médico cooperado, assim como destacou que essas cláusulas não são abusivas, pois cópias fiéis do texto de lei que normatiza os planos de saúde, mais precisamente do artigo 10, VI, da Lei n. 9.656/98.

Negou a presença do *periculum in mora*, porque o médico do agravado apenas mencionou no pedido a necessidade do procedimento cirúrgico, sem marcar data para a sua realização.

Por fim, pediu o provimento do recurso, com a revogação da decisão agravada.

Negou-se o efeito suspensivo almejado (fls. 123/125) e não houve contraminuta.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Unimed Blumenau – Cooperativa de Trabalho Médico contra decisão proferida pelo Juiz

de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Blumenau que, nos autos da Ação Cautelar n. 008.04.035468-2, concedeu medida liminar em favor de José Sebold, obrigando-a a autorizar a realização de procedimento cirúrgico.

Inicialmente, quanto à alegada inadequação do instrumento processual utilizado pelo agravado – ajuizamento de ação cautelar em vez de pedido de tutela antecipada –, cumpre esclarecer que, em atendimento ao princípio da fungibilidade das tutelas de urgência, corolário da instrumentalidade e da efetividade do processo, o juiz pode, em hipóteses especiais, quando presentes os respectivos pressupostos e houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deferir, *inaudita altera parte*, a medida emergencial requerida de forma inadequada, transigindo com a pureza dos institutos jurídico-processuais em homenagem à prestação justa e tempestiva da tutela jurisdicional, para defender os direitos e interesses envolvidos no litígio.

Assim, a agravante, por mais que argumente e relute, não tem razão. É que ela não logrou demonstrar a alegada inconsistência da decisão increpada, porquanto restaram presentes os requisitos exigidos para a dação da liminar não só pelo artigo 798, como também pelo artigo 273 do Código de Processo Civil.

No caso, houve solicitação de internação do agravante em caráter de urgência, em razão de quadro clínico hemorrágico decorrente de câncer de cólon (fl. 74).

A despeito de não constar da solicitação data para cirurgia, o quadro hemorrágico do paciente e a declaração do médico de que a cirurgia era emergencial bastavam para a concessão da tutela de urgência.

Não há dúvida de que o contrato a que aderiu o demandante estabelece, na cláusula sexta, que as internações somente podem ser realizadas em hospitais credenciados ao Sistema, por indicação de um médico também cooperado, conforme procedimento próprio. É o que se extrai das seguintes disposições do ajuste:

“6.2 O beneficiário gozará de livre escolha do médico cooperado.

[...]

“6.5 As internações serão processadas mediante ‘Pedido de Internação’ feito pelo médico cooperado e ‘Guia de Internação’, expedida pela Unimed, excetuando-se os casos de urgência, quando então mediante o pedido de internação do médico cooperado assistente, o beneficiário terá o prazo de 24 (vinte e quatro) horas úteis para providenciar a ‘Guia de Internação’” (fls. 79 e 80).

Entretanto, não é justo nem humano que a Unimed negue a internação e que, eventualmente, reembolse as despesas de seus associados, em razão de internações hospitalares e despesas médicas emergenciais em hospitais não credenciados pela prestadora do serviço (Unimed). A esse respeito, colhem-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado é admitido em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc.)” (REsp n. 402.727/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 9-12-2003).

“Plano de saúde. Centro Trasmontano. Internação. Hospital não conveniado. O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado, pelo valor equivalente ao que seria cobrado por outro da rede, pode ser admitido em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc.), os quais não foram reconhecidos nas instâncias ordinárias [...]” (REsp n. 267.530/SP, rel. Min. Ruy Roldão de Aguiar, j. 14-12-2000).

Se o usuário do plano de saúde pode ser ressarcido de gastos com procedimento cirúrgico em hospital fora da rede e por atendimento por médico não cooperado, ante o caráter emergencial da situação, a fornecedora de serviços não pode privar o associado de pronto atendimento seja onde for, recusando-lhe autorização de internação de urgência, pena de causar sérios danos à saúde e à sua vida.

Ademais, como bem salientou o relator provisório, Desembargador Silveira Lenzi, sopesando-se os direitos em conflito no caso em exame, deve prevalecer “incólume o direito à saúde e à vida do agravado” (fl. 124).

A propósito, prestadia a lição de Luiz Guilherme Marinoni engastada no corpo da decisão denegatória do efeito suspensivo:

“Há casos, porém, em que o magistrado percebe que, para tutelar o provável direito do autor, provocará um risco de prejuízo irreversível ao réu. Nessas situações, cabe ao juiz verificar se é justificável correr o risco. À primeira vista, seria fácil concluir que a tutela antecipatória não poderá ser concedida quando puder causar um dano maior do que aquele que pretende evitar. Contudo, para que o juiz possa concluir se é justificável ou não o risco, ele necessariamente deverá estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em vista do outro, de acordo com os valores de seu momento histórico. Não se trata de estabelecer uma valoração abstrata dos bens em jogo, já que os bens têm pesos que variam de acordo com as diferentes situações concretas’ (A antecipação da tutela, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 173)” (fl. 124).

Daí por que evidente o *fumus boni iuris*.

Do mesmo modo, o *periculum in mora* mostra-se presente porque, sem a realização imediata da cirurgia, o processo de agravamento da doença assumirá ritmo galopante e talvez incontrolável, podendo levar o paciente ao óbito.

Destarte, comprovados de plano pelo requerente os dois requisitos essenciais – a plausibilidade do direito substancial por ele invocado (*fumus*

boni iuris) e o fundado temor, objetivamente apurável, de que haverá lesão grave ou de difícil reparação desse direito (*periculum in mora*), enquanto aguarda a tutela definitiva do processo principal – impõe-se o deferimento da medida liminar.

Não é demais lembrar que “a tutela cautelar legitima-se porque o direito, carente de proteção imediata, poderia sofrer um dano irreparável, se tivesse de submeter-se às exigências do procedimento ordinário. O que a tutela cautelar pretende é, efetivamente, se não suprimir, ao menos reduzir, até o limite do possível, os inconvenientes que o tempo exigido para que a jurisdição cumpra sua função poderia causar ao direito necessitado de proteção urgente” (Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Curso de Processo Civil*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. III, p. 55).

Finalmente, ainda que se considerasse o pedido como de tutela antecipada, estariam presentes os requisitos exigidos pelo artigo 273 do Código de Processo Civil: a prova inequívoca das alegações do recorrido, consubstanciada na negativa de autorização da cirurgia e no contrato de prestação de serviços, e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, presente na gravidade do estado clínico do usuário do plano de saúde.

Por sua vez, o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, ante as circunstâncias específicas do caso, cujo escopo é a preservação da vida e da saúde do cidadão, cede ao estado de necessidade, não sendo

racional sacrificá-lo em favor de uma instituição de direito privado voltada ao trato da vida e da saúde humana, tarefa em princípio atinente ao Estado. Por isso, não há dar prioridade ao interesse da empresa privada (patrimonial) sobre o interesse do Estado na preservação da vida e da saúde.

A esse respeito, Jorge Pinheiro Castelo afirma que, “no caso de direitos de conteúdo patrimonial com função não patrimonial, de trato sucessivo, como é o caso de direito ao pagamento de prestações de caráter alimentar relativas a pensões, créditos decorrentes de acidentes ou trabalhistas, pagamento de seguro-saúde, para prevenir a saúde ou a morte do segurado, constata-se facilmente que a urgência da observância da tutela jurisdicional é inerente e própria da natureza da situação material a ser tutelada.

“O provimento antecipatório de urgência de prestação pecuniária que determina o pagamento de prestação alimentar deixa devidamente evidenciada a adoção do método da ponderação de bens, com a eleição do bem e valor que se tutelará em sede de cognição sumária satisfativa, afastando num plano meramente de probabilidade e pelo critério da proporcionalidade o perigo da irreversibilidade da situação fática, ainda que possa existir o perigo da irreversibilidade fática no plano da tutela ordinária” (Tutela antecipada na teoria geral do processo. São Paulo: LTr, 1999, vol. I, p. 333).

Também nesse sentido, colhe-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“Antecipação de tutela. Tratamento médico. Atropelamento. Irreversibilidade do provimento. A regra do § 2º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação da tutela quando a falta do imediato atendimento médico causará ao lesado dano também irreparável, ainda que exista o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado. Recurso não conhecido” (REsp n. 417.005/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25-11-2002).

Em face do exposto, obedecidos os requisitos do artigo 798, assim como os do artigo 273, ambos do Código de Processo Civil, conheço do agravo de instrumento e lhe nego provimento.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, conheceram do recurso e negaram-lhe provimento.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 5 de maio de 2005.

Monteiro Rocha,
Presidente para o acórdão, com voto;
Luiz Carlos Freyesleben,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2005.007964-6, DE SÃO BENTO DO SUL

Relator: Des. Jorge Schaefer Martins

Pedido de verificação de situação de risco proposto pelo Ministério Público. Criança recém-nascida. Liminar deferida. Encaminhamento ao programa de famílias de apoio. Agravo de instrumento. Preliminar de ausência de fundamentação. Inocorrência.

Expostos os motivos que levaram à concessão do pedido, não há falar em ausência de fundamentação.

Busca e apreensão de menor. Casal guardião de fato da criança não habilitado no cadastro de pretendentes à adoção. Circunstância que, isoladamente, não configura situação de risco, nem impossibilita a regularização da adoção já requerida. Precedentes desta Corte.

Não se deve, em caso que envolva interesse de criança, raciocinar unicamente com base nos regramentos legais, devendo

ser consideradas as peculiaridades de cada situação, vislumbrando-se a intenção daqueles que se dispõem a recebê-la.

Consentimento e intenção da genitora.

Apesar de se reconhecer ser defesa a adoção contratual, não se pode negar à genitora, que reconhece a ausência de condições para criar seu filho, a possibilidade de entregá-lo a casal que entende ter condições para tanto.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2005.007964-6, da comarca de São Bento do Sul (1ª Vara), em que são agravantes R. H. e L. C. W. H, sendo agravado o representante do Ministério Público:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

R. H. e L. C. W. H. interpuseram agravo de instrumento contra decisão do Dr. Juiz de Direito que, nos autos de ação de verificação de situação de risco promovida pelo Ministério Público em favor da menor E. A. de L., deferiu liminar de busca e apreensão, encaminhando a menor ao programa de famílias de apoio.

Sustentaram, em preliminar, a nulidade da decisão por ausência de fundamentação.

Além disso, aduziram que procuraram o Serviço Social do Fórum

da comarca de São Bento do Sul para apresentarem a documentação necessária ao cadastro de adotantes, porém foram informados pela assistente social de que nada adiantaria.

Ademais, asseveraram que a mãe biológica manifestou-se favoravelmente à adoção pretendida.

Finalmente, afirmando que a criança não se encontra em situação de risco, postularam a concessão de efeito suspensivo e, a final, o provimento do agravo.

Negado o almejado efeito suspensivo, o Dr. Juiz *a quo* prestou informações e o agravado apresentou as contra-razões.

Instada, a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer da lavra do Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, opinou pelo não provimento do agravo.

II — Voto

A nulidade da decisão interlocutória por ausência de fundamentação não deve prosperar, pois, ao con-

trário do mencionado pelos agravantes, a autoridade judiciária de primeiro grau apresentou os motivos de seu convencimento, cumprindo o disposto no inciso IX do artigo 93 da CRFB.

Isso se observa ao verificar-se que o MM. Juiz entendeu estar configurada a guarda irregular da criança pelo casal agravante, decorrendo da circunstância de não estar ele cadastrado devidamente, tendo considerado ainda entender não haver nenhum prejuízo à infante.

Sendo assim, houve expressa indicação dos motivos determinantes do *decisum*.

Por outro lado, no tocante à reforma da decisão, melhor sorte assiste aos agravantes. Com efeito, impõe-se algumas considerações a respeito da situação fática pertinente ao caso concreto.

Extraí-se do caderno processual que os agravantes auxiliaram a mãe biológica da menor pretendendo adotá-la regularmente, porém não se encontram cadastrados na lista de casais interessados à adoção, fato que, isolada ou fundamentalmente, motivou a concessão de liminar e, em consequência, a busca e apreensão da criança recém-nascida.

Na verdade, no que se refere à campanha “Faça Legal”, realizada em conjunto pelo Poder Judiciário da comarca de São Bento do Sul e o Grupo de Estudos e Apoio à Adoção – Gerando Amor, merecendo aplausos a iniciativa, verifica-se da documentação acostada aos autos que ela se

destina especialmente às mães biológicas e à erradicação das adoções ilegais, senão vejamos:

“2. Objetivos

“2.1 Objetivo Geral:

“Oferecer um serviço de apoio e orientação às mulheres/mães que entregam ou pretendem entregar seus filhos em adoção, favorecendo a reflexão sobre o processo de decisão e sobre a importância da entrega responsável.

“2.2 Objetivos específicos:

“— Incentivar a adoção legal, tornando acessíveis os serviços da Justiça da Infância e da Juventude para as mulheres que pretendem entregar seus filhos em adoção.

“— Orientar as mães e a comunidade em geral sobre os procedimentos legais a serem seguidos na adoção e os riscos decorrentes das entregas irregulares de crianças.

“— Promover estudos e reflexões sobre as situações sociais, familiares, econômicas e pessoais que envolvem o processo de decisão-entrega de um filho em adoção e as consequências para a criança de uma decisão mal-elaborada.

“— Organizar um registro informativo sobre a criança entregue em adoção e sua família biológica, com vistas a facilitar o resgate dos dados de saúde, quando necessários, e a busca pela sua identidade.

“— Favorecer a aproximação do Juizado da Infância e da Juventude

de com a comunidade, desmistificando a idéia da Instituição distante, autoritária e punitiva.

“3. População alvo:

“— Mulheres que entregam ou pretendem entregar seus filhos em adoção;

“— comunidade em geral (fl. 100)”.

Finalmente, colhe-se da justificativa do projeto:

“De acordo com os dados do Conselho Tutelar de São Bento do Sul e do Serviço Social Judiciário, nos últimos dois anos foram atendidas 12 (doze) situações de famílias querendo devolver seus ‘filhos’, com queixas evasivas, atribuindo sempre à criança a culpa pela devolução. Em todas estas situações, a criança foi entregue diretamente pela mãe biológica, sem processo legal de adoção. Em um dos casos o registro havia sido feito direto em cartório, as chamadas ‘adoções à brasileira’, as quais denominamos ser mais correto denominar adoções ilegais. Em outra situação, a adoção havia sido feita por escritura pública. Nos demais, não havia nenhum tipo de procedimento. A criança estava totalmente despida de proteção legal e, por consequência, à mercê dos despropósitos dos adultos que as receberam. Crianças e adolescentes inseridos em famílias substitutas, sem procedimento legal, as chamadas ‘guardas de fato’ ou ‘adoções de fato’. Famílias que, diante das primeiras dificuldades ou não mais atendendo a criança às expectativas iniciais, procuram as suas

famílias de origem (sabem o seu endereço, pois foi entrega direta) com o intuito de ali deixarem a criança, que já não mais lhes interessava. A mãe biológica, anos depois, vê-se diante de uma situação no mínimo constrangedora, pois refez sua vida após a entrega daquele filho em adoção e não construiu com ele vínculo afetivo, tampouco a criança com sua genitora. A situação que entendia fazer parte do passado bate à sua porta, como consequência de uma entrega sem orientação e proteção legal.

“Por outro lado, os processos de adoção que ingressaram no Juizado da Infância e Juventude da comarca de São Bento do Sul, nos últimos quatro anos, retrataram a mesma realidade: os processos para regularizar uma situação de fato são em maior número do que aqueles encaminhados pelo Judiciário, através do cadastro de pretendentes à adoção. Constatamos que dos processos de adoção que deram entrada no referido período, num total de 100 (cem) processos, 62 (sessenta e dois) deles ingressaram com o intuito de regularizar situação de fato, onde a criança já estava com os requerentes e havia-lhes sido entregue diretamente pela genitora ou por intermediário. Interessante observar que o pedido de adoção ingressa no Judiciário cerca de dois anos depois da entrega, quando entendem que o lapso de tempo já é suficiente para não mais perderem a guarda da criança. Somente 38 (trinta e oito) processos foram de adoções legais, entendidas como aquelas onde as crianças são encaminhadas pelo Juizado da Infân-

cia e Juventude para pessoa habilitada no Cadastro de Pretendentes à adoção.

“Este dados, no entanto, retratam apenas uma parcela das situações envolvendo entrega de crianças para famílias substitutas que chega ao juizado; quer para realizar a adoção legal, quer depois para buscar a regularização da situação de fato. Infelizmente, outras tantas situações sequer são conhecidas ou registradas. Não há saber ao certo o número de crianças entregues irregularmente e que transitam de casa em casa, sem nenhuma proteção social, afetiva ou legal. É comum mulheres que trabalham em bares de prostituição pagar famílias para ‘cuidar’ de seus filhos. Não os entregam legalmente em adoção e, na maioria dos casos, não os assumem efetivamente como filhos. As crianças circulam por diferentes famílias, de acordo com os acertos financeiros. Algumas destas mulheres somem e as crianças ficam anos e anos agregadas àquela família, sem no entanto serem incluídas como filho. Às vezes, o sentimento de pena as permite ficar; noutras vezes, são abandonadas ou transferidas para terceiros. Algumas destas famílias cuidadoras procuram o Juizado quando denunciadas ao Conselho Tutelar.

“Estas e outras situações, conhecidas e desconhecidas, nos fizeram reavaliar o foco do nosso trabalho e considerar um terceiro tripé da adoção, até então esquecido: a família de origem. Percebemos que o nosso trabalho estava muito direcionado

para os adotantes e obteve resultados positivos se considerados o aumento dos habilitados e a segurança e amor com que acolhem seus filhos por adoção. No entanto, não coibiram as adoções irregulares. Ainda existem (e talvez sempre vão existir) pessoas que, mesmo conhecendo os procedimentos legais, escolhem fazer de forma irregular para não ter que se submeter aos trâmites da justiça e às responsabilidades legais do seu ato. Justificativas do tipo: ‘demora muito’, ‘é complicado’, ‘a fila é grande’, ainda fazem parte do vocabulário daqueles que definitivamente vão tentar conseguir uma criança a qualquer custo, seja persuadindo e fazendo promessas às gestantes, seja registrando a criança direto em cartório, seja roubando [...] Inútil nosso serviço de orientação àqueles que não querem ser orientados.

“De outro lado, temos as mulheres e mães que entregam seus filhos em adoção, facilmente assediadas pelos que usam de má-fé. Que serviço de apoio e orientação lhes é oferecido? Que mensagem lhes transmitimos? Que olhar dirigimos até então para este contingente tão abandonado e facilmente julgado por nossa sociedade? Este projeto busca oferecer respostas a estas questões.

“6. Estratégia:

“Articular a rede de serviços governamentais e não governamentais para a divulgação, orientação, identificação e encaminhamento das situações que envolvem mulheres que entregam ou pretendem entregar seus filhos em adoção (fls. 101 a 103)”.

Todavia, o caso em comento não se encaixa entre aqueles que a campanha visa a coibir, pois a criança nasceu no dia 13 de março de 2005, tendo inclusive sido registrada pela própria mãe biológica (não há falar em adoção à brasileira, ou ilegal, como dito na justificativa da campanha acima citada) e os agravantes no dia 17 do corrente mês e ano, ou seja, 4 (quatro) dias após o nascimento, ingressaram com pedido de adoção, objetivando regularizar a situação, afastando também a incidência daquelas hipóteses previstas no decorrer da justificativa transcrita.

Nesse contexto, em que pese a violação no tocante à lista de espera existente na comarca, não se pode negar a vontade da genitora que reconhece não ter condições financeiras de criar sua filha, como afirmado aos servidores da justiça no momento do cumprimento do mandado de busca e apreensão da menor, acostado na fl. 58.

Aí reside a necessidade de observar-se a correção do procedimento havido em primeira instância. A autoridade judiciária disse estar a criança em situação de risco, pois na guarda dos agravantes irregularmente, sendo inadmissível que venham eles pretender sua adoção, pois não cadastrados perante o Juízo da Infância, considerando ainda a nocividade do procedimento de “adoção dirigida”.

Ora, será que tais fatos realmente indicavam a presença de situação de risco? Seriam suficientes, por si só, para determinar o seu reconhecimento?

Quero crer que não. A situação de risco estaria evidenciada na hipótese de se observar, mediante estudo social, relatório de Conselho Tutelar ou informações confiáveis de que a criança estivesse sendo submetida a maus-tratos, não estivesse recebendo a atenção e cuidados indispensáveis à sobrevivência e ao crescimento de um recém-nascido, fossem os agravantes pessoas irresponsáveis, absolutamente inaptas para cuidar de criança etc.

Partiu-se do pressuposto que havia risco à criança, unicamente por não haver o casal previamente se habilitado à adoção.

Tenho, no entanto, que a conclusão é precipitada.

No pertinente à ausência do casal na lista de pretendentes, já assentou este Tribunal, *verbis*:

“Agravamento de instrumento. Adoção. Posse de fato da criança por quatro meses com casal adotante. Busca e apreensão do menor indeferidas. Estudo social favorável à manutenção da criança com o casal adotante. Recurso desprovido.

“Não se deve afastar uma criança dos braços de quem a acolhe desde o nascimento, cujo requerimento de adoção já foi efetuado, a pretexto de inobservância cadastral de pretendentes à adoção, a não ser que se comprove de plano a inabilitação moral para o ato *Omissis*” (Agravamento n. 1999.017563-4, de Pomerode, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 17-10-00).

Ou:

“Apelação cível – Pedido de adoção – Concordância dos pais – Estudo social favorável – Não inclusão na lista de interessados em adoção da comarca – Formalismo legal não superior ao interesse da criança – Esporádica manutenção de contato com o pai biológico – Prejudicialidade futura – Suposição – Deferimento da medida – Provimento recursal.

“Não pode um formalismo legal, ainda que de extrema importância, sobrepujar os interesses de uma criança manifestados no caso concreto. Embora seja a inscrição no cadastro de interessados à adoção uma determinação legal, a sua ausência não pode servir de óbice ao deferimento dessa medida, sobretudo quando o infante já desenvolve há anos laços de afetividade com os adotantes e todas as demais situações lhes são favoráveis” (Ap. Cív. n. 2003.007437-6, de Orleans, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 20-10-03).

No mesmo sentido:

“Agravado de instrumento – Ação de verificação de situação de risco proposta pelo Ministério Público – Criança entregue pela mãe a terceiros não cadastrados na comarca – Pedido de busca e apreensão do menor deferido pelo Juízo *a quo* – Impossibilidade – Prevalência do interesse do infante, que vive em companhia dos adotantes desde o nascimento – Agravantes com condições morais e econômicas – Recurso provido.

“Não se deve afastar uma criança dos braços de quem a acolhe des-

de o nascimento, cujo requerimento de adoção já foi efetuado, a pretexto de inobservância cadastral de pretendentes à adoção, a não ser que se comprove de plano a inabilitação moral para o ato.

‘Revelando o estudo social a boa índole da família adotante e o carinho e amor conferidos ao menor, é de indeferir-se pedido de busca e apreensão deste, requerido pelo Ministério Público, porquanto silogismos críticos, impostos à simples leitura de texto legal, não podem prevalecer sobre o bem-estar da criança’ (AI n. 1999.017563-4, rel. Des. Carlos Prudêncio)” (Agravado de Instrumento n. 2002.016110-7, de Orleans, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 17-10-02).

O Dr. Juiz de Direito *a quo*, acatando pedido do representante do Ministério Público formulado em ação de verificação de situação de risco, determinou a busca e apreensão da menor que se encontrava com a mãe biológica e o casal pretendente à adoção, determinando o encaminhamento da infante ao programa de Famílias de Apoio, com suporte em informação da Assistente Social do Fórum daquela comarca, na qual é informado o acolhimento da gestante, o nascimento da criança e a entrega ao casal agravante, assim como a falta de providências pretéritas relativas à pretensão de adoção.

Ora, em nenhum momento se disse da presença de condições que pudessem por em perigo a criança.

Fê-lo, também, sem se manifestar em relação ao pedido de guar-

da provisória formulado na ação de adoção, ou seja, sem que viesse a valorizar as peculiaridades do caso narradas pelos agravantes, disso podendo advir reflexos negativos aos envolvidos.

Não é demais repisar, portanto, que sequer houve a realização de estudo social no processo de adoção para se investigar as condições exigidas para a procedência do pedido de adoção.

Não se trata, por óbvio, de questão meramente de direito. Cuida-se de matéria que se refere a envolvimento emocional, disposição de acolher como sua criança estranha, buscar entregar amor, proteção, enfim, doar-se em prol de outrem, com o fito de proporcionar-lhe melhores condições de vida e expectativa de um futuro melhor.

Caso se passe a agir unicamente com base em rotinas – que por vezes efetivamente são necessárias –, desprezando-se as características próprias de cada caso concreto, haverá o cumprimento da lei, mas é discutível que se esteja distribuindo Justiça, ou, o que é mais importante, fazendo com que o interesse da criança seja colocado em primeiro plano.

Na hipótese, não parece se tratar de casal alheio aos regramentos estabelecidos para o processo de adoção, como naquelas hipóteses mencionadas tanto na justificativa da campanha “Faça Legal” como no parecer de fls. 121 a 124. Ao contrário, como dito pela assistente social, já haviam

entrado em contato para providenciar o cadastramento, porém ocorreu o abreviamento da espera pela ocorrência de fato inesperado.

Mas é de se indagar se por essa razão devem ser punidos. A disposição genuína de receber como sua uma criança estranha é passível de repreensão? A “escolha” feita pelas autoridades investidas do poder será sempre melhor que a realizada pela própria genitora?

Além disso, deve-se observar o fato de que a criança recém-nascida estava com os agravantes há poucos dias, e, em razão da concessão de liminar, esta foi encaminhada ao programa “Famílias de Apoio” no dia 17 de março de 2005, correspondendo até o momento deste julgamento a 98 (noventa e oito) dias.

Pois bem, apesar do entendimento externado por esta Câmara no julgamento do AI n. 2001.018118-5, de Lebon Régis, em 25-4-2002, no sentido de que a retirada do menor e a conseqüente adoção por outra família, a qual se encontrava na guarda por tempo superior há 6 (seis) meses, coibia o retorno ao *status quo*, no caso em tela, deve-se considerar que a criança foi apenas encaminhada ao programa “Famílias de Apoio”, afastando a aplicação deste raciocínio, pois, ocorrendo a improcedência do pedido de adoção formulado pelos agravantes, das duas uma, ou a criança retorna aos cuidados da mãe biológica ou será adotada por outros pretendentes.

Assim, levando-se em conta que a ausência do casal no cadastro

de pretendentes à adoção, por si só, não configura situação de risco, como não afasta de maneira definitiva a possibilidade de adoção, torna-se prudente a reforma da decisão agravada, e, em consequência, o retorno da criança recém-nascida aos cuidados dos agravantes, os quais desde a gestação pretendiam a adoção, tendo, logo após o nascimento, ingressado com a ação competente.

Mutatis mutandis, colhe-se o seguinte precedente desta Corte:

“Direito de família – ECA – Adoção – Mãe biológica que entrega menor ainda na maternidade mediante instrumento particular de declaração à família substituta devidamente cadastrada na comarca – Ação anulatória movida pelo representante do Ministério Público – Pedido de busca e apreensão da infante deferido sob o argumento de ter havido adoção à brasileira – Rigorismo da medida que se verifica na hipótese como injustificável e desaconselhável – Interesse da menor que se sobreleva à inobservância das formalidades do processamento da perfilhação – Interpretação teleológica dos artigos 227 da Constituição, 6º do ECA e 5º da LICC – Recurso provido.

“Pela interpretação teleológica da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, evidencia-se como desaconselhável sob todos os aspectos a retirada de uma menor do ambiente familiar onde se encontra há meses para colocá-la em abrigo ou em outra família. A excepcionalidade de tal providência está

reservada tão-somente às medidas de proteção, cujas hipóteses estão expressamente delineadas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

“Como corolário, deve a menor permanecer em companhia daqueles que a acolheram desde os primeiros dias de vida, com a anuência da mãe biológica, e passaram desde então a provê-la de todos os cuidados necessários à sobrevivência, incluídos educação, alimentação, lazer e, sobretudo, carinho familiar. Eventual reapreenção a meios escusos utilizados, como, por exemplo, a denominada ‘adoção à brasileira’, por si só, não pode sobrepujar os interesses maiores e o bem-estar da criança” (Agravo de Instrumento n. 2004.007632-0, de Navegantes, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato).

Em outros tribunais, já se decidiu:

“Apelação cível. Adoção. Tendo a genitora do menor entregue sua filha em adoção a um casal determinado (*adoção intuitu personae*), não se pode desconsiderar tal vontade, em razão da existência de listagem de casais cadastrados para adotar. A lista serve para organizar a ordem de preferência na adoção de crianças e adolescentes, não podendo ser mais importante que o ato da adoção em si. Desproveram. Unânime” (Ap. Cív. n. 70006597223, de Santa Maria (RS), rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 13-10-03).

É cediço que deve prevalecer, acima de tudo, o interesse da criança,

uma vez que a reformulação do direito da criança e do adolescente, transmutou a doutrina da “situação irregular” para a concepção da “proteção integral”, impondo ao magistrado novo enfoque no tocante aos direitos das crianças e dos adolescentes, pois suas decisões devem, doravante, perseguir o interesse do menor, consoante preconiza o art. 6º do ECA.

Sobre o assunto, colhe-se da doutrina:

“O artigo em tela menciona a forma como se deve interpretar o Estatuto. O fim social é o de proteção integral da criança e do adolescente e o bem comum é o que atende aos interesses de toda a sociedade. Os direitos e deveres individuais e coletivos são elencados no ECA, relativos à criança e ao adolescente.

“Entendemos que ‘a condição peculiar da criança e do adolescente’ deve ser o principal parâmetro na aplicação das medidas na Vara da Infância e Juventude. Obedecidos os critérios legais, as autoridades devem procurar as medidas mais adequadas à proteção da criança e do adolescente” (ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 28).

E:

“Certamente, deve-se levar em conta o fato de que todas as decisões mais importantes são a cargo dos adultos. Mas reconhece-se formalmente que existe uma categoria de cidadãos – as crianças – que têm seus próprios interesses específicos, os quais nem

sempre coincidem – e às vezes contrastam – com os dos adultos. Esta categoria não pode proteger-se por si mesma, não tem força contratual dentro da sociedade, não vota e não protesta. Por conseguinte, os adultos responsáveis – não só os pais, mas também, e sobretudo, aqueles que tomam decisões coletivas que envolvem milhões de crianças (administradores, políticos e aqueles que detêm o poder econômico) – são investidos da responsabilidade de exercitar os direitos fundamentais das crianças em seu lugar.

“O comportamento destes adultos deverá, portanto, ser avaliado, política mas também juridicamente, por sua conformidade aos verdadeiros interesses da criança, por sua adequação à função de representar aquela categoria especial de cidadãos.

“Esta também é uma *declaração programática* do Estatuto, a qual poderá e deverá ser levada em conta pelos operadores do Direito; talvez uma das mais importantes, se estes souberem fazer bom uso dela, na prática” (Cury, Munir; Amaral e Silva, Antonio Fernando e Mendes, Emílio García (coordenadores). *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 3ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 19 e 20).

Finalmente, considerando-se as peculiaridades do caso em análise, vota-se pelo provimento do recurso para determinar a restituição da criança aos agravantes.

Outrossim, recomenda-se à autoridade judiciária de primeiro grau

o prosseguimento da ação de adoção desencadeada pelos agravantes, principalmente no que tange à realização do estudo social e produção de provas pertinentes à adoção pretendida, obtendo elementos que permitam a apreciação do pedido de guarda provisória lá formulado.

III — Decisão

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso, determinando-se a imediata restituição da criança ao casal agravante.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Des. Luiz Carlos Freyesleben, emitindo parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 23 de junho de 2005.

Monteiro Rocha,
Presidente, com voto;
Jorge Schaefer Martins,
Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÕES CÍVEIS NS. 2002.024270-0 E 2003.030627-7, DE JOINVILLE

Relator: Des. Monteiro Rocha

Direito civil e processual civil – Despejo por falta de pagamento c/c cobrança de encargos locatícios – Locação em shopping center – Procedência do julgamento antecipado – Inconformismo – Shopping center configurado – Diversificação de lojas comerciais e instituição de lojas-âncora que assegurem tráfego de consumidores – Obrigações essenciais do contrato locatício – Alegação de descumprimento do empreendedor/administrador – Pagamento dos locatícios – Obrigação do locatário – Exceptio non rite adimpleti contractus – Retenção de aluguéis pelo locatário – Arguição em contrato de locação – Prova relevante – Indeferimento – Julgamento antecipado – Impossibilidade – Cerceamento de defesa configurado – Sentença cassada – Apelo provido.

Caracteriza-se como shopping center o empreendimento comercial que, entre seus elementos mínimos, compreende aluguel percentual, associação de lojistas e regimento interno, subordinado à legislação própria.

É obrigação essencial do empreendedor de shopping centers disponibilizar ramos comerciais diversificados, sem faltar especialidade, mas sem saturamento, de modo que o consumidor desfrute de opções variadas, por meio de lojas-âncora e de lojas-satélite.

É nulo por cerceamento de defesa o julgamento da controvérsia se o locatário, embora tenha requerido, não conseguiu provar que a ausência de locatícios decorreu de grave inadimplemento obrigacional do locador.

Direito processual civil – Ação revisional – Julgamento posterior à ação desalijatória – Extinção do processo por carência de ação – Inconformismo – Propositura durante o prazo para desocupação do imóvel – Inocorrência – Sentença cassada – Reclamo provido.

Ajuizada a ação revisional em prazo anterior ao lapso temporal de desocupação do imóvel decorrente de sentença desalijatória (art. 68, § 1º, da Lei n. 8.245/91), nulo é o veredicto judicial que determina a extinção do feito por carência de ação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos das Apelações Cíveis ns. 2002.024270-0 e 2003.030627-7, da comarca de Joinville (2ª Vara), em que são apelantes Línea Baby Indústria e Comércio de Confecções Ltda., Nelson Martinho Vieira e Paula Machado Vieira, sendo apeladas São Carlos Empreendimentos e Participações S.A. e Centerville Participações e Imóveis Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar-lhes provimento para cassar as sentenças recorridas, determinando-se o prosseguimento conjunto dos processos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

São Carlos Empreendimentos e Participações S.A. e Centerville Participações e Imóveis Ltda., qualificadas nos autos, por intermédio de advogado, ajuizaram ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança de aluguéis e encargos contra Línea Baby Indústria e Comércio de Confecções Ltda. (locatária), Nelson Martinho Vieira e Paula Machado Vieira (fiadores).

Argumentaram haver locado à primeira requerida Línea Baby Indústria e Comércio de Confecções Ltda. um imóvel de 34,85m² – sala comercial n. 6 – situado no *Shopping Center*

Americanas Joinville, este de propriedade das requerentes.

Aduziram que o contrato foi firmado em 10-5-1999 e aditado em 1º-7-2000, sendo o prazo de vigência de 1º-5-1999 a 30-4-2001.

Afirmaram que o valor do aluguel foi ajustado em R\$ 950,00, mais outros encargos contratualmente previstos.

Sustentaram que a locatária está inadimplente com o pagamento de aluguéis e demais encargos desde o mês de janeiro de 2000, com débito no montante de R\$ 16.612,27.

Assim discorrendo, requereram a procedência do pedido com a decretação da rescisão contratual e o consequente despejo da requerida locatária, postulando, ainda, a condenação desta e dos requeridos fiadores ao pagamento dos débitos vencidos e vincendos, custas e honorários advocatícios.

Citados, Línea Baby Indústria e Comércio de Confecções Ltda., Nelson Martinho Vieira e Paula Machado Vieira ofereceram contestação, alegando que o contrato de locação está eivado de diversas irregularidades por estabelecer cláusulas abusivas e unilaterais.

Prosseguiram argumentando que os encargos locatícios encerram obrigações desproporcionais e que é abusiva a cláusula que veda a indenização por benfeitorias realizadas.

Sustentaram a abusividade da cláusula de renúncia ao benefício de ordem dos fiadores.

Argüiram *exceptio non rite adimpleti contractus* em face da inadimplência dos locadores em não manter lojas-âncora no estabelecimento e não prover uma estrutura adequada e própria de *shopping center*, ocasionando o esvaziamento da clientela.

Afirmaram que “após a saída da última loja-âncora do Shopping Center Americanas Joinville, no final do ano de 1999, início de 2000, a nova loja-âncora somente foi instalada junto aos autores quase no final do mês de julho de 2001, sendo que neste período as lojas que restaram com as portas abertas, encontravam-se em situação financeira desesperadora em razão da falta de público no Shopping Center Joinville, sem condições de venda”. Enfatizaram que “mais de 50% (cinqüenta) por cento do espaço físico do empreendimento encontrava-se vazio”.

Alegaram que é “insofismável a constatação da inadimplência por parte dos requerentes, que não estabeleceram, até então, um complexo comercial com clientela própria, fator integrante de um verdadeiro *Shopping Center*, e, muito menos, gerenciaram de maneira eficaz e decisiva a técnica denominada de *tenant mix*, indispensável e responsável pelo sucesso e, mesmo, pela caracterização de um verdadeiro *Shopping Center*”.

Defenderam a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Pleitearam o seguinte: a) redução da multa moratória de 10% para

2% sobre o valor dos débitos vencidos; b) limitação de juros em 12% ao ano, sem capitalização; c) abatimento no valor dos locativos e encargos no período em que as locadoras permaneceram inadimplentes; d) compensação dos prejuízos devidamente apurados em perícia contábil; e) conexão da presente *actio* com ação revisional do contrato locatício.

Ao final, pugnaram pela improcedência do pedido, requerendo a condenação das autoras em custas e honorários.

Em réplica à contestação, as requerentes argumentaram que “se não estivesse a primeira requerida de acordo com os valores dos aluguéis e encargos da locação que lhes são apresentados mês a mês, deveria ter efetuado o depósito judicial dos valores que acha serem devidos”.

Apreciando antecipadamente a lide, o Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido.

A parte dispositiva da sentença apelada possui o seguinte teor (fls. 112 e 113):

“Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, *julgo procedente* o pedido formulado na inicial para declarar rescindido o contrato de locação firmado entre as partes e, por conseguinte;

“a) decretar o despejo da locatária, com prévia notificação, para a desocupação voluntária do imóvel em 15 (quinze) dias, sob pena de não o fazendo, ser executado o despejo, na

forma do art. 63, § 1º, letra b, e art. 65 da Lei de Locação. A título de caução, compensa-se o crédito reconhecido nesta sentença, ficando assim o vencedor liberado de prestar nova garantia;

“b) condenar a requerida e fiadores ao pagamento dos aluguéis atrasados referente aos meses de janeiro de 2000 a abril de 2001 na importância de R\$ 16.261,27, além dos aluguéis, multas e encargos locatícios até a data da desocupação voluntária do imóvel, acrescidos de juros legais, a partir da citação, e correção monetária a partir da data da propositura da ação;

“c) deixo de condenar os réus nas despesas processuais, porquanto são beneficiários da justiça gratuita. Condeno-os, por outro lado, ao pagamento dos honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o valor da condenação, devidamente corrigida, ficando suspensa a sua execução, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

“Expeça-se mandado de despejo”.

Irresignados com a resposta judicial, os requeridos Línea Baby Indústria e Comércio de Confeções Ltda., Nelson Martinho Vieira e Paula Machado Vieira interpuseram recurso de apelação, argüindo, em preliminar, cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide.

No mérito, reiteraram as alegações expendidas na contestação.

Às fls. 145 a 158, as requerentes São Carlos Empreendimentos e

Participações S.A. e Centerville Participações e Imóveis Ltda. apresentaram contra-razões, pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

Por ocasião do oferecimento de contestação na ação de despejo, Jesser Nelson Vieira – proprietário de Línea Baby Indústria e Comércio de Confecções Ltda. (locatária) –, Nelson Martinho Vieira e Paula Machado Vieira (fiadores), qualificados nos autos, por intermédio de advogado, ajuizaram ação ordinária de revisão do instrumento particular de contrato atípico de locação e outras avenças, de Salão Comercial do Shopping Center Americanas Joinville c/c indenização por perdas e danos e danos morais contra Empreendimentos Imobiliários São Carlos S.A. e Centerville Participações e Imóveis Ltda.

Argumentaram haver locado das requeridas um imóvel – sala comercial n. 6 – situado no Shopping Center Americanas Joinville, este de propriedade das requerentes.

Sustentaram que o contrato de locação foi firmado em 12-5-1997, sendo o prazo de vigência de 1º-5-1997 a 30-4-1999.

Alegaram que o contrato de locação está eivado de diversas irregularidades por estabelecer cláusulas abusivas e unilaterais.

Repetiram todas as alegações expendidas na contestação da ação desalijatória.

Assim discorrendo, requereram a procedência do pedido.

Entregando a prestação jurisdicional, o Magistrado *a quo* extinguiu o processo sem julgamento de mérito.

A parte dispositiva da sentença apelada possui o seguinte teor (fl. 86):

“Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, declaro os autores carecedores de ação por falta de interesse de agir e, conseqüentemente, extinto o processo, sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, VI, cumulado com art. 295, III, ambos do CPC.

“Sem custas, porquanto foi deferida a justiça gratuita aos autores.

“Sem verba honorária, porquanto não angularizada a relação jurídicoprocessual”.

Irresignados com a resposta judicial, os requerentes Línea Baby Indústria e Comércio de Confecções Ltda., Nelson Martinho Vieira e Paula Machado Vieira interpuseram recurso de apelação, alegando que ajuizaram a presente revisional antes da prolação da sentença da ação de despejo movida pelas requeridas, portanto antes da incidência do prazo para desocupação do imóvel, pelo que não é aplicável a vedação disposta no art. 68, § 1º, da Lei do Inquilinato. No mais, reiteraram as alegações esposadas na inicial.

Sem contra-razões, pois não houve citação das requeridas.

É o relatório.

II — Voto

1) Ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança de encargos locatícios

A súplica recursal é dirigida contra sentença que, julgando antecipadamente a lide, decretou a rescisão do contato locatício e o conseqüente despejo da ré locatária, condenando os requeridos, locatária e fiadores, ao pagamento de encargos locatícios vencidos e vincendos.

Alegam os apelantes, locatária e fiadores, que houve cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, porquanto pleitearam a produção de prova acerca de sua arguição da *exceptio non rite adimpleti contractus*, em face da inadimplência dos locadores em não manter lojas-âncora no estabelecimento e não prover uma estrutura adequada e própria de *shopping center*, ocasionado o esvaziamento da clientela.

a) Cabimento da *exceptio non adimpleti contractus* em pactos locatícios

O conteúdo normativo do art. 1.092 do Código Civil de 1916 é claro: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro” (= art. 476 do CC/2002).

Comentando o dispositivo *supra*, ensina o ilustre doutrinador J. M. Carvalho Santos:

“Por ser da essência dos contratos bilaterais a reciprocidade e equi-

valência, todos são acordes em que as prestações devem ser feitas simultaneamente, [...] podendo, como exceção, admitir-se outro modo de adimplemento se tiver havido estipulação expressa ou tácita em contrário.

“Em qualquer hipótese, a lei não tolera que um dos contratantes, aquele que primeiro tiver de fazer a prestação, possa exigir o implemento da do outro, isto é, daquele que por último devia fazê-la, se não tiver cumprido a sua obrigação. Mesmo que as prestações devam realizar-se contemporaneamente, cada contratante pode recusar a sua até que o outro tenha efetuado ou ofereça a própria.

“Se contra o disposto na lei, o contraente que não cumpriu a sua obrigação ou não ofereceu a sua prestação exige o implemento da do outro, terá este o direito de opor a exceção *non adimpleti vel non rite adimpleti contractus*, que é precisamente o meio legal de fazer valer aquele seu direito de não cumprir a sua obrigação sem que, primeiro ou contemporaneamente, seja cumprido a do que quer exigila.

“Convém, desde logo, acentuar que esta execução apresenta duas modalidades: a exceção *non adimpleti contractus*, que tem cabimento quando o contraente sem ter cumprido a sua obrigação exige o implemento da do outro; e a exceção *non rite adimpleti contractus*, que pressupõe a má execução do contrato por parte daquele que quer exigir o implemento da obrigação do outro contratante, vale dizer, pressupõe que um dos contraentes

tenha executado a sua obrigação, mas nem por isso poderá exigir a do outro, porque a executou mal, o que vale a não ter executado” (Código Civil Interpretado. 10ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, vol. XV: Direito da Obrigações: arts. 1.079-1.121, p. 238 e 239).

Porque o contrato de locação é bilateral ou sinalagmático – que envolve prestações recíprocas de cada uma das partes – é cabível, *in thesi*, uma das partes recusar-se a cumprir sua obrigação, com fundamento na exceção de contrato não cumprido, até que a outra implemente sua prestação exigível e ainda não cumprida.

Sobre o tema, discorre Sílvia de Salvo Venosa:

“A locação é, portanto, contrato bilateral e comutativo, a ela sendo aplicável o princípio da exceção de contrato não cumprido dos arts. 476 e 477 (antigo, art. 1.092). Existem obrigações recíprocas para ambas as partes. É onerosa porque importa em vantagem e sacrifício para as partes. Se a cessão da coisa é gratuita, tipifica-se como comodato” (Contratos em Espécie. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 137, grifou-se).

O saudoso mestre Orlando Gomes ensina que, em face do inadimplemento do locador em não manter a coisa em condições prometidas ao uso, o locatário pode suspender o pagamento dos aluguéis:

“Se o locador deixa de cumprir a obrigação de manter a coisa locada em condições de servir ao uso a que

foi prometida, pode o locatário demandar a resolução do contrato ou exigir que a obrigação seja cumprida, *suspender o pagamento dos aluguéis*, ou reduzi-los.

“Se o locador não faz as reparações necessárias, tem o locatário direito a ser indenizado dos prejuízos consequentes.

“O inadimplemento da obrigação da garantia dá ao locatário a faculdade de promover a resolução do contrato ou pedir indenização das perdas e danos, pleiteando a redução do aluguel ou o reembolso das despesas efetuadas com a reparação da coisa” (Contratos. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 281, grifou-se).

Por outro lado, Caio Mário da Silva Pereira sabiamente adverte que “a retenção do aluguel sob este fundamento (*exceptio non adimpleti contractus*) [...], converter-se-ia em mero pretexto para que o locatário se esquivasse de cumprir o seu dever de pagar” (Instituições de Direito Civil. 11ª ed., Rio de Janeiro, 2004, vol. III: Contratos, p. 285).

Com efeito, o julgador deve ter extrema precaução para conferir ao locatário a possibilidade de reter os aluguéis sob o argumento de que o locador está inadimplente com suas obrigações.

Analisando o caso concreto, deve o magistrado verificar se é justificável o locatário adotar medida tão extrema diante da falta perpetrada pelo locador.

Isso porque só será legítima e razoável a retenção dos aluguéis em face do não-cumprimento de *obrigações essenciais* do locador, relacionadas à entrega do imóvel locado e à manutenção das condições necessárias para possibilitar o uso prometido.

Segundo Orlando Gomes, “as principais obrigações do locador são: 1º) entregar ao locatário a coisa locada em estado de servir ao uso a que se destina; 2º) assegurar-lhe o uso pacífico do prédio locado” (Contratos. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 278).

Acerca dos requisitos para aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*, esclarece Miguel Maria de Serpa Lopes:

“Condições de aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* [...].

“A) Contratos sinalagmáticos [...].

“B) Ordem normal de execução das prestações não modificadas [...].

“C) A exceção de inexecução deve ser utilizada de acordo com as regras de boa-fé.

“1º – Considera-se a *exceptio non adimpleti contractus* invocada fora das regras da boa-fé quando é oposta com fundamento numa prestação secundária para não cumprir uma *principal*. Refere Von Tuhr que, em princípio, o réu pode reter sua prestação na totalidade, tanto que o autor não haja realizado tudo quanto lhe incumbia. Mas se o autor estava em mora para uma parte relativamente mínima de

sua prestação, o réu violaria as regras da *boa-fé recusando-lhe desobrigar-se*. Contudo, acrescenta, se o autor estava em condições de realizar integralmente sua prestação e recusou-se deliberadamente, o réu está no direito de reter a totalidade de sua própria prestação. Importa isso em se afirmar a relação de conexidade na proporcionalidade das duas prestações: a exigida e a que deixou de ser cumprida. Como observa devoto, deve haver um limite à aplicação da regra *frangenti fidei fide non servanda est: se de um lado é feita a prestação em parte, a contraprestação não pode vir negada, enquanto essa recusa, dadas as circunstâncias, e, em espécie, pela relativa insignificância da parte não prestada, seja contrária à boa-fé*” (Curso de Direito Civil. 4ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, vol. III: Fontes das Obrigações: Contratos, p. 142 e 143, grifou-se).

Cumprе salientar que além de impedir a exigibilidade de cumprimento do contrato, a *exceptio non adimpleti contractus* ainda obsta a rescisão por inadimplemento de contrato bilateral requerida pela parte também inadimplente.

Nesse sentido, leciona J. M. Carvalho Santos:

“Bem se está a ver, portanto, que se subentende poder pedir a rescisão dos contratos bilaterais somente a parte que, tendo cumprido a sua obrigação, não recebeu, por sua vez, a contraprestação. Se também foi inadimplente, incorrendo em culpa, será igualmente responsável por per-

das e danos, servindo a sua inexecução de desculpas à do outro contratante, que poderá opor-lhe a exceção *inadimpleti contractus* (Código Civil Interpretado. 10ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, vol. XV: Direito das Obrigações: arts. 1.079-1.121, p. 252, grifou-se).

Dessa forma, *in thesi*, não pode o locador inadimplente requerer o despejo (rescisão do contrato) por inadimplemento do locatário ou a cobrança dos encargos locatícios (execução do contrato) referentes ao período em que perdurou o descumprimento daquele.

Conforme raciocínio *supra*, é viável a oposição da *exceptio non adimpleti contractus* ou da *exceptio non rite adimpleti contractus* pela retenção de aluguéis pelo locatário, desde que o inadimplemento do locador seja grave e esteja relacionado às suas obrigações essenciais.

b) Caracterização do empreendimento comercial como shopping center

Conforme lição do mestre Caio Mário da Silva Pereira, “o *shopping center* não é uma loja qualquer; não é um conjunto de lojas dispostas num centro comercial qualquer; não se confunde com uma loja de departamentos (*store magazine*), já inteiramente implantada em nossas práticas mercantis há algumas dezenas de anos” (*Shopping Centers: aspectos jurídicos*. José Soares Arruda e Carlos Augusto da Silveira Lôbo (Coord.). São Paulo: RT, 1984, p. 73).

Nessa esteira, esta Segunda Câmara de Direito Civil tem entendi-

do ser necessário diferenciar “centro comercial” de “*shopping centers*”, que possui legislação própria e requisitos específicos para sua caracterização. Veja-se: TJSC, 2ª Cam. Direito Civil, rel. Des. Monteiro Rocha, Ap. Cív. n. 2002.018436-0, de Brusque/SC, j. em 18-11-2004; TJSC, 2ª Cam. Direito Civil, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Ap. Cív. n. 2001.005378-0, de São José/SC, j. em 5-6-2003.

Sobre o assunto, ensina Orlando Gomes que “não se compreenderá a essência do *shopping center* sem se ter conhecimento de pelo menos três peculiaridades altamente significativas: 1) o aluguel percentual; 2) a associação de lojistas; 3) o regimento interno” (*Shopping Centers: aspectos jurídicos*. José Soares Arruda e Carlos Augusto da Silveira Lôbo (Coord.). São Paulo: RT, 1984, p. 89).

No caso *sub examine*, verifica-se a presença desses três elementos essenciais e outros tais como aluguel mensal mínimo, pagamento de *res sperata*, fundo de promoção e organização de *tenant mix*, pelo que o empreendimento comercial caracteriza-se como *shopping center*, submetendo-se à legislação e tratamento específicos.

c) Cerceamento de defesa

Argumentam os apelantes, locatária e fiadores, que houve cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, pois requereram a produção de prova acerca de sua arguição da *exceptio non rite adimpleti contractus*, em face da inadimplência

dos locadores em não manter lojas-âncora no estabelecimento e não prover uma estrutura adequada e própria de *shopping center*, ocasionando o esvaziamento da clientela.

Com razão os apelantes.

Efetivamente, é inerente ao contrato de locação em *shopping centers* o denominado *tenant mix* – plano geral de distribuição das atividades –, como forma de organização do empreendimento comercial e fator de atratividade de público.

Dentro do *tenant mix*, os principais fatores de atração de público consumidor são as chamadas lojas-âncora e as lojas-satélite, grandes lojas de departamento e lojas de renome que asseguram o sucesso do *shopping* pelo afluxo de clientela.

Traz-se aos autos lição doutrinária ministrada por Mário Cerveira Filho sobre as obrigações do empreendedor na administração de *shopping centers*:

“Muitas vezes o *shopping center* que o empreendedor se obrigara a construir e a administrar não condiz com a realidade fática, ilaqueando a boa-fé do lojista.

[...]

“A despeito dessa certeza, não é difícil afirmar-se que o descuido, o desleixo, a má gestão constituem motivos mais do que suficientes para afastar o consumidor de qualquer *shopping center*.

“São, sem dúvida, o capricho e o zelo do empreendedor que tornam

o negócio atrativo e, por via de consequência, fadado ao sucesso.

“O sucesso, sendo curial, é alcançado pelo afluxo de público.

[...]

“Cabe esclarecer, mais, que o não-cumprimento da *primeira e mais importante obrigação contratual assumida pelo empreendedor, consistente em entregar a coisa tal qual como prometida e caracterizada no contrato, dentro do prazo assumido, com a implantação de toda a infra-estrutura que se propôs a realizar, bem como uma administração sadia*, poderá trazer, como corolário lógico, o insucesso do empreendimento como um todo.

[...]

“Por outro lado, se as dependências do *shopping center* não se revelarem alentadoras, poderá levar o lojista a uma situação desesperadora, pela falta do público esperado, uma vez que vem desembolsando aluguéis, muitas vezes não condizentes com a realidade e outras despesas, aumentando sensivelmente seu prejuízo, além da desvalorização do seu ponto comercial, que na realidade é seu patrimônio.

[...]

“Ora, qual a vontade presumida do lojista ao ingressar em *shopping center*?

“À evidência, sua vontade é a de se instalar em um bom empreendimento, no qual o capital investido teria uma remuneração plausível (que

é o mínimo esperado em qualquer negócio), cujo futuro, à época do fechamento do negócio, seria bastante certo e com ótimas expectativas.

“Assim, alterada unilateralmente a estrutura do negócio, modificaram-se as condições pelas quais ele foi celebrado, merecendo, destarte, ser revisto pelo Poder Judiciário, a fim de acomodá-lo à realidade de fato.

“Evidente que, *com a ocorrência do inadimplemento do empreendedor, através de uma má administração ou não realização das obras e dos atrativos a que se obrigara, terá como consequência o não fluxo de público consumidor, acarretando, assim, a queda na expectativa das vendas do lojista*” (*Shopping Centers: direitos dos lojistas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 88 a 93, grifou-se).

Indispensável a leitura dos ensinamentos de José da Silva Maquieira sobre *tenant mix*:

“Com o processo de incorporação, nasce a filosofia ocupacional, através do chamado *tenant mix*, que numa tradução livre significa a combinação de diversificações comerciais, o sopesamento de ramos mercantis, de modo que o público desfrute de opções variadas, sem que falte uma especialidade, mas também sem saturamento de outras.

“O empreendedor utiliza os mais diversos fatores de atração, a começar pelas denominadas *lojas-âncora*, por si só departamentais, *capazes de assegurar um bom tráfego de consumidores*. Depois, quanto aos lo-

jistas de porte normal, preferidos são os detentores de marcas ou denominações mais conhecidas e mais acreditadas (*lojas-satélite*). Seguem-se as lojas de refeições variadas e com isso é formada a essência do pólo de consumo” (*Shopping Center: questões jurídicas*. Roberto Wilson Renault Pinto e Fernando Albino de Oliveira (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1991, p. 138, grifou-se).

Nesse contexto, é obrigação essencial do empreendedor de *shopping centers* administrá-lo de modo diligente, garantindo estrutura e distribuição de atividades comerciais que assegurem condições de atração de público para o sucesso do empreendimento, ou seja, deve existir um adequado *tenant mix*, constituído de lojas-âncora e lojas-satélite apropriadas.

Quando chamado a resolver problema jurídico semelhante ao do caso *sub judice*, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido o seguinte:

“*Shopping center*. Contrato de reserva. *Res sperata*. Exceção de contrato não cumprido.

“O lojista pode deixar de efetuar o pagamento das prestações previstas no ‘contrato de direito de reserva de área comercial para instalação de loja e de integração no *tenant mix* do centro comercial’ se o empreendedor descumpre com a sua obrigação de instalar loja-âncora no local previsto, em prejuízo do pequeno lojista. Para isso, não há necessidade de também rescindir o contrato de locação da loja.

“Art. 1.092 do CC.

“Recurso conhecido e provido” (STJ, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, REsp n. 152.497/SP, in DJU 30-9-2002, p. 263, j. em 15-8-2002).

Oportuno trazer à colação excerto do voto da lavra do Exmo. Min. Ruy Rosado de Aguiar do Superior Tribunal de Justiça, a propósito do tema em debate:

“O negócio jurídico que reúne empreendedor de *shopping center* e lojista é misto e regula relações de natureza vária. Apesar de sua complexidade, nem por isso perde a unidade, especialmente considerando-se que *tudo é contratado tendo em vista uma única finalidade principal, que é a instalação de uma loja no recinto do shopping, estabelecimento comercial que tem características próprias, entre elas a de garantir a afluência do público com a instalação de alguns pontos comerciais especialmente atrativos para grande número de pessoas, o que beneficia o pequeno comerciante, e adotar um certo perfil na distribuição dos pontos, seja quanto à localização, seja quanto à natureza do negócio que realizam.*

[...]

“Portanto, se o empreendedor não cumpre com a promessa — expressa ou implícita, porque inerente ao negócio — de destinar um dos espaços para a instalação de loja-âncora, fator determinante do negócio e da própria escolha do local, não há como deixar de considerar a regra do art. 1.092 do CC, que trata do inadimple-

mento, quer para determinar o rompimento de toda a relação, quer apenas para afastar cláusulas ou obrigações diretamente atingidas com a falta da prestação convencionada. O uso da exceptio non adimpleti contractus ou da non rite adimpleti contractus era perfeitamente cabível.

“Posto isso, não posso acolher a tese principal aceita no r. acórdão recorrido, isto é, o lojista não pode opor-se ao pagamento de prestações previstas no contrato celebrado para a edificação do prédio e instalação das lojas (‘contrato de direito de reserva de área comercial para instalação de loja e de integração no *tenant mix* do centro comercial’) se não rescindir por inteiro o contrato. Se permaneceu com a sua loja funcionando, deve pagar tudo o que foi contratado no denominado contrato de *res sperata*.

“Isso significaria submeter o lojista ao inteiro interesse do empreendedor, que pode deixar de atender às suas obrigações desde que o lojista não requeira a extinção também do contrato de locação. É que este pode ter interesse em continuar com o seu estabelecimento, sem perder a oportunidade de deixar de efetuar os pagamentos por obrigações que foram descumpridas pelo empreendedor” (STJ, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, REsp n. 152.497/SP, in DJU 30-9-2002, p. 263, j. em 15-8-2002).

Ademais, o próprio instrumento de “Normas Gerais Complementares dos Contratos de Locação” estipula como obrigação do empreendedor a organização do *tenant mix*, *verbis*:

“1.5 *Shopping Center* Americanas Joinville ou Centro Comercial ou *Shopping Center*: Centro Comercial a ser construído, de acordo com planificação técnica, visando oferecer ao consumidor um conjunto de atividades de natureza diversa, comerciais e/ou de prestação de serviços, combinados tecnicamente, de forma harmônica e integrada” (fl. 28).

À vista disso, não há desconsiderar a importância da prova pleiteada, referente à alegação de que, no período de impontualidade dos alugueis, as locadoras permaneceram inadimplentes por não manterem lojas-âncora e lojas-satélite no *shopping*, ocasionando o esvaziamento da clientela, até porque o fato sequer foi impugnado pela parte adversa.

Em decorrência, restou caracterizado o cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, porquanto a prova requerida e não deferida era relevante ao deslinde da *quaestio*.

Ante o exposto, voto pelo provimento do recurso para cassar a sentença recorrida, determinando-se o prosseguimento do processo com instrução do feito.

2) Ação revisional de contrato

Depreende-se dos autos que, por ocasião do oferecimento de contestação na ação de despejo, a locatária e os fiadores ingressaram com ação revisional de contrato contra as locadoras.

Entretanto, o presente feito revisional foi distribuído a Juízo diverso

da ação de despejo, pelo que a Magistrada *a quo*, reconhecendo a conexão entre as ações, determinou a remessa à Vara na qual tramitava a *actio* desalijatória (fls. 81 a 82).

Apesar da remessa em tempo hábil para apreciação conjunta das ações, não houve processamento e julgamento simultâneo.

Após o julgamento da ação de despejo, o Magistrado *a quo* julgou o processo extinto sem julgamento de mérito por carência de ação, com fundamento no art. 68, § 1º, da Lei do Inquilinato, *verbis*:

“§ 1º. Não caberá ação revisional na pendência de prazo para desocupação do imóvel (arts. 46, § 2º, e 57), ou quando tenha sido este estipulado amigável ou judicialmente”.

Sobre o dispositivo *supra*, anota Theotonio Negrão que “o que o § 1º do art. 68 da Lei n. 8.245/91 veda é a propositura da revisional, pendendo prazo para a desocupação do imóvel” (RSTJ 97/416). Mas nada impede que a proponha enquanto tal prazo não está correndo na ação de despejo (RSTJ 104/452)” (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 35ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.578).

É a hipótese dos autos, pois a ação revisional foi proposta quando da contestação da ação de despejo, não estando pendente prazo para desocupação.

De qualquer modo, reconhecido o cerceamento de defesa pelo jul-

gamento antecipado da lide na ação de despejo, e anulada a sentença daquele processo, desaparece a causa impeditiva apontada pelo Magistrado *a quo*, pelo que se impõe a cassação da presente sentença hostilizada.

Ante o exposto, voto pelo provimento do recurso para cassar a sentença recorrida, determinando-se o prosseguimento do processo com instrução conjunta das ações desalijatória e revisional, conforme conexão proclamada pela Magistrada às fls. 81 e 82.

Extraia-se cópia do acórdão para juntada nos autos da Ação Revisional em apenso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, esta Segunda Câmara de Direito Civil decide conhecer dos recursos e dar-lhes provimento para cassar as sentenças recorridas, determinando-se o prosseguimento conjunto dos processos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz Carlos Freyesleben e Jorge Schaefer Martins.

Florianópolis, 30 de junho de 2005.

Monteiro Rocha,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.004749-2, DE MAFRA

Relator: Des. Monteiro Rocha

Reivindicatória – Procedência no juízo a quo – Insurgência – Prescrição extintiva e prescrição aquisitiva – Lapso temporal diferenciado e independente – Prescrição aquisitiva apreciada à luz do usucapião extraordinário – Matéria de defesa – Inexistência dos requisitos legais – Lapso temporal vintenário – Arguições inadmissíveis – Sentença mantida – Recurso improvido.

Não consumada a prescrição aquisitiva, não corre o prazo da prescrição extintiva.

A ação reivindicatória só é alcançada pela prescrição aquisitiva, sendo-lhe inaplicável o art. 177 do Código Civil de 1916.

Verificado que o justo título apresentado pela ré não se refere à área vindicada, o usucapião argüido em defesa é o extraordinário, que possui lapso temporal aquisitivo de vinte anos.

Quem alega usucapião em defesa deve provar os requisitos necessários para usucapir, dentre os quais o lapso prescricional vintenário, que, ausente, afasta a prescrição aquisitiva, julgando-se procedente a reivindicatória.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.004749-2, da comarca de Mafra (1ª Vara Cível/Criminal), em que são apelantes e apelados Modo Batistella Reflorestamento S.A. e os litisconsortes Eugênia Okopnei Cordeiro, Clemente Okopnei, Nelson Okopnei, Dirce Scholze e Ilene de Oliveira, os últimos como apelantes adesivos:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento aos recursos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Mafra, os litisconsortes Eugênia Okopnei Cordeiro, Clemente Okopnei, Nelson Okopnei, Dirce Scholze e Ilene de Oliveira, qualificados nos autos, por seu advogado (procuração inclusa), ajuizaram ação reivindicatória contra Modo Batistella Reflorestamento S.A., alegando, em síntese, o seguinte:

“Que os autores são proprietários de terreno rural de 23.852m², situado em Butiá, Alto Rio Preto, na margem esquerda da estrada municipal Mafra-Moema, no município de Mafra, com características e confron-

tações constantes em memorial descritivo anexo, conforme partilha homologada judicialmente em 31-8-55;

“Que a empresa requerida invadiu a área de terras e está utilizando para reflorestamento de *pinus*, sendo que sua posse é injusta e de má-fé, pois não possui justo título;

“Que a requerida, embora instada, nega-se a devolver a área pertencente aos autores”.

Assim discorrendo, requereram a procedência da ação para condenar a requerida a devolver o imóvel e os frutos colhidos e percebidos do imóvel, bem como ao pagamento de honorários advocatícios e custas processuais.

Valoraram a causa, anexaram documentos e requereram a produção de provas.

Devidamente citada, a requerida Modo Batistella Reflorestamento S.A., por advogado (procuração inclusa), ofereceu resposta por meio de contestação na qual alega, preliminarmente, que prescreveu o direito de ação dos autores, conforme artigo 177 do Código Civil Brasileiro (1916).

Como matéria de defesa, argumenta que adquiriu a área de terras *sub judice* por meio de contrato de compra e venda (justo título) e que faz

reflorestamento no imóvel há mais de 20 anos, razão pela qual, no mínimo, adquiriu a propriedade por usucapião, tendo requerido a improcedência do pedido vestibular e a condenação dos autores ao pagamento dos ônus decorrentes da sucumbência.

Processado o feito com a realização de perícia, o Magistrado *a quo* proferiu sentença de procedência do pedido vestibular, condenando a ré a devolver o imóvel aos autores.

Inconformada com a resposta judicial, a requerida interpôs recurso de apelação, reeditando a preliminar de prescrição do direito da ação real (art. 177 do CC de 1916) e a aquisição da propriedade por usucapião, razão por que requereu o provimento do apelo a fim de que seja extinta a ação pela prescrição ou para julgá-la improcedente em face do usucapião.

Os requeridos contra-arrazoaram o recurso e interpuseram apelo adesivo a fim de que seja apreciado o pedido de devolução dos frutos colhidos e percebidos do imóvel, recurso que foi julgado deserto, conforme decisão irrecorrida de fl. 194.

É o relatório.

II — Voto

O recurso adesivo foi julgado deserto e a matéria nele suscitada resta sepultada pelo manto da preclusão (decisão irrecorrida de fl. 194).

O recurso principal, por sua vez, reúne as condições para o seu conhe-

cimento e tem por fundamento exclusivamente preliminar de prescrição do direito de ação dos autores (art. 177 do Código Civil de 1916) e aquisição da propriedade reivindicada pela requerida por usucapião.

Aprecia-se ambas as questões em separado.

a) Prescrição da pretensão à luz do art. 177 do Código Civil de 1916

A requerida, em preliminar, alegou que os autores não poderiam propor a ação, porquanto entre o lapso da aquisição da propriedade por direito hereditário (31-8-55) e o ajuizamento da ação (11-12-98) transcorreram mais de 10 anos, sendo aplicável o art. 177 do Código Civil de 1916, para o qual “as ações reais prescrevem em dez anos entre presentes”.

O Magistrado *a quo*, sem insurgência das partes, remeteu o exame da questão para o julgamento do processo, entendendo que com ele deveria ser apreciado, sem contudo examinar detidamente a tese de defesa sustentada pela requerida, que pediu sua apreciação no recurso.

O aparente julgamento *citra petita* (ausência de análise da prescrição pelo art. 177 do CC) não ocorre na hipótese porque, conforme estabelece o art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil, “serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro”.

Interpretando o dispositivo legal *supra*, a jurisprudência tem entendido o seguinte:

“É integral o efeito evolutivo da apelação: não se cinge às questões efetivamente resolvidas na instância inferior; abrange também as que deveriam tê-lo sido” (RSTJ 129/328).

“A amplitude de devolução do § 1º do art. 515 do CPC é limitada à matéria impugnada, ainda que, embora discutida na causa, não tenha sido objeto do julgamento da instância monocrática” (rel. Min. Dias Trindade, *in* REsp n. 5.803/CE, j. em 30-4-91 pela 3ª Turma do STJ).

No mesmo sentido, esta Segunda Câmara de Direito Civil, ao julgar a Apelação Cível n. 2001.021634-5, de São José, entendeu que “só se anula uma sentença por falta de fundamentação (*citra petita*) quando a matéria omitida pelo decisório não esteja compreendida no recurso de apelação a ser examinado pela instância superior” (deste Relator).

Como se vê, ao Tribunal são devolvidas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não inteiramente decididas na sentença (extensão do efeito devolutivo, art. 515, § 1º, do CPC).

Em decorrência, e porque a requerida assim postulou em seu apelo, prossegue-se no exame da matéria.

Não assiste razão à requerida ao pretender a aplicação do art. 177 do Código Civil de 1916 ao caso vertente. É que o dispositivo legal em

apreço deve ser examinado sob a orientação do art. 550 do mesmo diploma legal.

O Conselheiro Lafayette pontificava em seus estudos que “o proprietário perde o domínio, porque o adquire o possuidor” (RF 122/116).

Por essa razão é que a doutrina e a jurisprudência pátria firmaram o entendimento de que “a ação reivindicatória é imprescritível. Mas, evidentemente, se a coisa foi usucapida pelo possuidor, não pode mais ser proposta pelo antigo proprietário, por ter perdido a propriedade da coisa que outro adquiriu por usucapião” (Orlando Gomes, *Direitos Reais*, 1ª ed., ano 1958, p. 344).

A propósito, colhe-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina o ensinamento segundo o qual “a reivindicatória é imprescritível: ‘as ações reais extinguem-se nos prazos estabelecidos para o usucapião, porque o direito do adquirente elimina o do antigo titular’ (*in* Ap. Cív. n. 35.121 de Biguaçu, rel. Des. Xavier Vieira).

Colhe-se, ainda, do repertório da jurisprudência nacional o seguinte julgado, que serve de paradigma ao caso *sub judice*:

“Inadmissível o acolhimento da prescrição de ação reivindicatória em 10 (dez) anos, pois, a toda evidência, não pode ocorrer prescrição extintiva enquanto não se consumir a aquisitiva gerada em prazo maior por via do usucapião” (TJMG — Des. Cunha Peixoto, *in* JB 4/201).

Objetivando resolver o problema *sub examine* com a maior brevidade possível, traz-se à colação o seguinte entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“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” (rel. Min. Waldemar Zveiter, *in REsp* n. 144.330/AC, j. em 18-10-99 pela 3ª Turma do STJ).

Alia-se a essas argumentações a lição doutrinária citada na contestação e no apelo, em que consta expressamente que a propriedade “não se perde pela prescrição extintiva, oriunda da simples inércia do proprietário; mas perde-se pela prescrição aquisitiva, ou usucapião, resultante de posse exclusiva de terceiro” (fl. 175).

Por isso é que não se aplica o prazo do art. 177, mas, sim, busca-se a ocorrência do lapso temporal aquisitivo previsto no art. 550, ambos do Código Civil de 1916.

Assim, porque “o proprietário tem o direito de promover a reivindicação dos bens que integram o seu domínio em qualquer tempo, enquanto não configurada em favor de outrem a usucapião” (rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *in REsp* n. 37.859/PR, j. em 11-3-97 pela 4ª Turma do STJ), afasta-se a preliminar suscitada.

b) Aquisição da propriedade pela ré por usucapião

Anota-se, inicialmente, que “pode o usucapião ser argüido como matéria de defesa, na reivindicatória, desde que comprovada a existência dos requisitos necessários. No caso específico da prescrição aquisitiva, o decurso de tempo gera direito em favor de quem detenha a posse da coisa, entretanto, posse e lapso de tempo não implicam, por si só, em usucapião” (Ap. Cív. n. 1997.008436-6, de Balneário Camboriú, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Pois bem. A requerida alega possuir a área dos autores à custa de justo título e boa-fé. A prova do processo, contudo, demonstrou que a propriedade da requerida não se confunde com a área reivindicada pelos autores.

Nesse sentido, traz-se à colação trecho da sentença que, corretamente, examinou o laudo pericial produzido na fase probatória, *in verbis*:

“O laudo de fls. 123 a 126 deixou cristalino que os requerentes são proprietários do imóvel litigioso e que se trata de uma área distinta àquela de propriedade da ré.

“Senão vejamos, esclareceu o Sr. *Expert* que “[...] o terreno pertencente aos requerentes e à requerida, inicialmente parte de uma comunhão de 730.100m² do inventário de José Okopny, acha-se documentalmente distribuído do seguinte modo:

‘369.050m² são de José Osiris Clemente;

‘249.880m² são de Mobasa (requerida — grifo meu);

‘47.668m² são de Maria Wantoski Knop;

‘23.834m² são de Catarina Okopny;

‘23.834m² são de Nicolau Okopny;

‘23.834m² são dos requerentes’.

“Noticiou, também, que a requerida apresentou um mapa de 1.735.000m² (Fazenda Rio Preto I e II) como sendo o terreno de 249.880m², matrícula 306.

“E, em resposta ao quesito de n. 1, disse ser perfeitamente possível individuar o imóvel reivindicando e de propriedade dos autores através do mapa e do memorial descritivo de fls. 15 e 16, bem como o fato da autora (leia-se requerida) estar ocupando tal área, bem como outros ‘em nome de outras pessoas’ (fl. 125).

“Revelou, ainda, que ‘há um plantio de *pinus spp* em toda a área ocupada’.

“Inescondível, pois, que a ré está ocupando o imóvel reivindicando e que o mesmo não lhe pertence, mas sim aos requerentes” (fl. 163).

Convém anotar que os documentos anexos à contestatória não se aplicam à gleba de terra reivindicada pelos autores. Aplicam-se ao projeto de reflorestamento da Fazenda Rio Preto, não havendo demonstração de que ao tempo da realização das providências administrati-

vas para a realização do projeto de reflorestamento da Fazenda Rio Preto a empresa ré possuía efetivamente a área litigiosa. É que a posse é relação de fato sobre a coisa.

A escritura pública de compra e venda de fl. 66, por sua vez, não se refere à área de terras reivindicada, mas à outra que foi legitimamente adquirida pela requerida, mas que não serve como justo título para a área de terras reivindicada.

Em decorrência desses fatos realmente provados no processo, a requerida só obstaría a pretensão dos autores se provasse a aquisição da propriedade por usucapião extraordinário, diante da falta de justo título, sendo dispensável, por isso, examinar se a ré possuía o imóvel de boa-fé ou não.

Todavia, a requerida não logrou êxito em provar estar na posse mansa e pacífica por mais de vinte anos ininterruptos.

A prescrição aquisitiva, como se sabe, deixa de correr com a citação válida, que ocorreu em 14 de junho de 1999, data em que a carta precatória de citação foi juntada aos autos, retroagindo, entretanto, “à data da propositura da ação”, *ex vi legis* (CPC, 219, § 1º).

Sendo assim, o termo final de posse mansa e pacífica ocorreu em 11-12-98, data da propositura da ação.

Convém anotar que, para sair-se vencedora na exceção que propôs, competia à requerida demonstrar a

posse mansa e pacífica do imóvel por mais de vinte anos, ou seja, que iniciou a posse antes de 10-12-78.

Nesse sentido, lúcido o posicionamento do saudoso Des. Francisco Borges, para o qual “se o demandado, na ação reivindicatória, alega a prescrição aquisitiva como defesa, deve demonstrar, com prova adequada, de forma vigorosa e incontroversa, estar exercendo, no tempo devido, com ânimo de dono, a posse da área vindicada” (*in Ap. Cív. n. 20.179, de Seara*).

E o que há de prova no processo a respeito do lapso temporal em que a requerida está no imóvel?

As duas testemunhas ouvidas em Juízo, Marlin Antônio Schweiczerski e Carlos Milton Schweiczerski, afirmaram que a requerida possuía a área por 16 ou 17 anos. Admitindo-se a utilização do imóvel por 17 anos, e considerando que as testemunhas foram ouvidas em 3-10-2000, significa que a requerida possuía o imóvel desde outubro de 1983, portanto bem após a data de 10-12-78, necessária para que se configurasse a prescrição vintenária.

Além disso, o perito judicial examinou a idade do reflorestamento com base no diâmetro da altura do peito – medida usada para dimensionar o volume da floresta – e concluiu o seguinte:

“Considerando-se que há um mínimo de crescimento, em terrenos ruins, que não é o caso, de 1,23 c./ano em diâmetro, e de 1,15 m/ano em altura, posso assegurar com relativa certeza que o florestamento está com idade ao redor de 18 anos” (fl. 124).

Como a perícia foi realizada em dezembro de 2000, pode-se afirmar que, pela perícia, a empresa requerida estaria exercendo posse sobre o imóvel desde dezembro de 1982, data também posterior a dezembro de 1978, inviabilizando a caracterização do lapso prescricional do usucapião extraordinário.

Convém anotar que competia à requerida comprovar o lapso prescricional vintenário. A prova produzida no processo, com segurança, demonstra que esse lapso não transcorreu, devendo ser afastada a tese de aquisição da propriedade reivindicada por usucapião.

Assim, a sentença proferida, de boa lavra, não merece nenhum reparo, e, por isso, ao recurso é negado provimento.

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.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz Carlos Freyesleben e Jorge Schaefer Martins.

Florianópolis, 23 de junho de 2005.

Monteiro Rocha,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.013935-1, DE BLUMENAU**Relator: Jorge Schaefer Martins**

Contrato de compra e venda de bens móveis e imóvel. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

Somente se poderá cogitar de cerceamento de defesa, gerador de nulidade do processo havido em razão do julgamento antecipado, quando se observar que a prova coligida não era suficiente para a prestação jurisdicional, ou que provas outras pudessem ser obtidas para alterar sua conclusão.

Inaplicabilidade do Codecon. Ausência de relação de consumo bem como da vulnerabilidade dos compradores em relação aos vendedores, ambos comerciantes.

Não havendo relação de consumo, bem como a vulnerabilidade de uma das partes contratantes, não há falar em aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Legitimidade adquirida no decorrer do processo. Possibilidade. Afastamento da preliminar.

“Caso existentes quando da propositura da ação, mas faltante uma delas durante o procedimento, há carência superveniente ensejando a extinção do processo sem julgamento do mérito. A recíproca é verdadeira, pois ausente uma das condições da ação quando de seu ajuizamento, mas implementada no curso do processo, o juiz deve proferir sentença de mérito, sendo-lhe vedado extinguir o processo sem julgamento do mérito (Liebman, Manuale 74, 144 e 145; Nery, RP 64/37 e 38)” (Código de processo civil comentado. 7ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 629, verbete 10).

Rescisão contratual. Alegação de que a inadimplência decorreu do não-pagamento de dívidas contraídas pelos vendedores com as instituições financeiras. Ausência de simultaneidade e equivalência entre as prestações. Inteligência do caput do artigo 1.092 do Código Civil de 1916. Hipóteses de exceção do contrato não cumprido e adimplemento incompleto não caracterizadas no caso concreto.

Para que se possa falar em exceção de contrato não cumprido ou adimplemento incompleto exige-se a simultaneidade e a equivalência entre as prestações.

Dúvida acerca da concretização do negócio. Ausência de prova de pagamento dos débitos após o recebimento de parcelas devidas em decorrência do pacto. Aplicação da segunda parte do caput do artigo 1.092 do Código Civil de 1916.

“É condição julgada essencial para ter aplicação o preceito legal. A diminuição do patrimônio deve ser de tal ordem que seja capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação devida. É uma questão de fato, que cabe ao juiz decidir, em cada hipótese, diante das provas e circunstâncias” (J. M. Carvalho Santos. Código civil brasileiro interpretado. 12ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. XV, 1989, p. 242).

Compradores que tinham ciência das dívidas e do agravamento da situação dos vendedores em quitar os débitos em decorrência da suspensão do pagamento efetuada. Contribuição evidente para o inadimplemento. Culpa recíproca reconhecida. Retorno das partes ao status quo ante.

“Se ambas as partes contribuem com o seu comportamento para a inadimplência, não é justo, nem jurídico, que uma delas se beneficie da culpa de que partilha e para a qual contribuiu.

“A solução mais coerente, em tais eventualidades, é a rescisão do contrato, restabelecendo o estado anterior” (Rizzardo, Arnaldo. Contratos. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 54).

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.013935-1, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que são apelantes José Natal Mafra e Rainilda de Melo Mafra, sendo apelados Romualdo Pereira e Maria Adelina Pereira:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Romualdo Pereira e Maria Adelina Pereira intentaram ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse e perdas e danos contra José Natal Mafra e Rainilda de Melo Mafra, alegando que celebraram instrumento particular de promessa de

compra e venda de móveis e imóveis, por meio do qual os réus se comprometeram a pagar R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), parceladamente.

Aduzindo a inadimplência dos compradores a partir de 21 de fevereiro de 1996, postularam a procedência do pedido.

Acostaram documentos de fls. 15 a 130.

Indeferida a liminar de reintegração de posse, os réus apresentaram contestação, arguindo, em preliminar, ilegitimidade ativa dos autores em relação aos bens móveis relacionados no pacto, ao argumento de que pertencem ao Sr. Amilton Roberto Pereira.

À guisa de mérito, sustentaram que o inadimplemento ocorreu por culpa exclusiva dos autores, em virtude do não-pagamento das dívidas referentes ao imóvel contraídas com as instituições financeiras.

Juntaram documentos (fls. 146 a 168).

Houve réplica (fls. 170 a 179).

Nas fls. 190 a 192, os autores retornaram aos autos para requerer a antecipação dos efeitos da tutela.

Após a manifestação dos réus nas fls. 196 a 198, o Dr. Juiz *a quo* afastou a preliminar de ilegitimidade e julgou procedente o pedido, declarando a rescisão contratual e, em consequência, condenando os réus à perda das arras, além do pagamento de

aluguéis mensais no percentual de 2% (dois por cento) do valor do contrato, correspondente ao período em que permaneceram no imóvel; às despesas de administração e de revenda, no patamar de 40% (quarenta por cento) do valor pago; e aos eventuais débitos de IPTU, energia elétrica, água, condomínio e demais encargos estabelecidos no contrato.

Outrossim, determinou a reintegração dos autores na posse do imóvel e dos móveis descritos nas fls. 3 e 4.

Por derradeiro, condenou os réus nos ônus da sucumbência, fixando a título de verba honorária o percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Inconformados, apelaram os vencidos, levantando, em prefacial, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, além da ilegitimidade ativa asseverada na resposta.

No mérito, insistiram na argumentação apresentada na contestação.

Finalmente, pediram a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

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

Neste grau de jurisdição, os autores reiteraram o pedido de tutela antecipada, o qual restou indeferido pelo Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira, nas fls. 231 a 234.

Colocado o processo em pauta para julgamento, os réus informaram

a constrição dos bens objetos da rescisão, invocando novamente a exceção do contrato não cumprido.

Retirado de pauta e efetuada a intimação dos autores, estes se manifestaram nos autos.

II — Voto

A nulidade da sentença por cerceamento de defesa não pode prosperar. Com efeito, do exame percuente dos autos, verifica-se que nenhuma censura merece a sentença monocrática neste particular, posto que irrelevante para o deslinde da questão a produção de provas testemunhais.

A propósito, já decidiu esta Câmara, nestes termos:

“Omissis.

“Somente se poderá cogitar de cerceamento de defesa, gerador de nulidade do processo havido em razão do julgamento antecipado, quando se observar que a prova coligida não era suficiente para a prestação jurisdicional, ou que provas outras pudessem ser obtidas para alterar sua conclusão.

“Omissis” (Ap. Cív. n. 2000.005806-8, da Capital, deste Relator).

Outrossim, em que pese não ter sido alegada na contestação, porém passível de invocação neste grau de jurisdição, tendo em vista que se trata de matéria de ordem pública, afasta-se a aplicabilidade das regras do Có-

digo de Defesa do Consumidor em razão da ausência de relação de consumo, uma vez que os vendedores não podem ser considerados fornecedores, consoante o disposto no *caput* do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, levando-se em consideração que, segundo as palavras de Sílvio de Salvo Venosa, “basta a presença de um consumidor e sua vulnerabilidade para o negócio ser atingido pelas normas do Código de Defesa do Consumidor” (Direito civil: contratos em espécie. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 66), refuta-se também a aplicação das regras consumeristas em razão da ausência de vulnerabilidade do comprador na hipótese, pois colhe-se do instrumento de promessa de compra e venda que tanto o promitente vendedor como o compromissário comprador exercem a mesma atividade laborativa, ou seja, atos de comércio.

Ademais, não se pode admitir que os autores tornaram-se fornecedores por causa da intermediação do negócio por meio da administradora de imóveis.

Quanto à preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*, impõe-se, em primeiro lugar, analisar o documento acostado pelos autores na fl. 185 e impugnado pelos réus. Com efeito, verifica-se que se trata de termo de cessão e transferência de bens móveis assinado pelo filho dos autores e datado de 30-8-95. Contudo, em virtude da impugnação dos réus, para que se possa identificar a data verda-

deira ou pelo menos mais condizente ao contexto probatório, necessita-se concluir qual contrato é válido entre os litigantes, se aquele acostado nas fls. 20 a 24, aceito pela autoridade judiciária de primeiro grau, ou aquele registrado no Registro de Imóveis apresentado por ambas as partes.

Na verdade, ambos os contratos foram efetivados na mesma data, sendo que o reconhecimento de firma das assinaturas constantes no contrato juntado nas fls. 20 a 24 ocorreu posteriormente ao apresentado nas fls. 40 a 46, único registrado no Cartório Imobiliário.

A par disso, levando-se em consideração que se tratava de promessa de compra e venda de bens imóveis e, portanto, necessário o registro imobiliário, além do que não há nenhuma referência no contrato de fls. 20 a 24 a respeito daquele devidamente registrado, percebe-se que o contrato registrado é o que deve ser considerado válido e eficaz entre as partes.

Assim, a cessão de direitos trazida pelos autores, em razão da ausência de reconhecimento de firma do cedente, fato estranho tendo em vista que os demais documentos apresentados pelas partes possuem esta precaução, não pode ser considerada como efetivada no dia 30-8-95, porém no momento em que apresentada em juízo, consoante o disposto no inciso IV do artigo 370 do Código de Processo Civil.

A propósito, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, após

ênfatarem que “a presente regra, a quem olha sob o prisma do processo, parece não ter nenhum significado próprio. De fato, observando os termos do *caput* do dispositivo, tem-se que ele se dirige antes aos terceiros (obviamente, terceiros em relação ao processo) do que aos litigantes” (Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, vol. 5, p. 80). Apresentam outra alternativa, afirmando que “[...] permite extrair do dispositivo integralmente considerado alguma função mínima no processo, na medida em que autoriza a aplicação das presunções fixadas no texto legal às partes litigantes (além de terceiros indiferentes ao processo), permitindo que o magistrado parta, como ponto inicial de sua perquirição sobre a data do documento (em surgindo dúvida quanto a este ponto), de uma daquelas determinações legais” (ob. cit., p. 81).

E concluem:

“Esta parece ser a única saída viável para conferir algum sentido à previsão aqui versada, muito embora a doutrina brasileira tenda a desconsiderar toda esta problemática, fazendo vista grossa à questão” (ob. cit., p. 82).

Entrementes, a consideração de validade do documento após a junta da nos autos não tem o condão de afastar a legitimidade ativa dos autores, visto que admite-se o preenchimento das condições da ação no decorrer do processo, até porque, embora deva ser apreciada no recebimento da inicial, possibilitando à par-

te o suprimimento da ausência no prazo de 10 (dez) dias, é praxe judiciária a sua apreciação na sentença antes de analisar o mérito da contenda.

Nesse sentido, colhe-se o comentário de Nelson Nery Junior:

“Caso existentes quando da propositura da ação, mas faltante uma delas durante o procedimento, há carência superveniente ensejando a extinção do processo sem julgamento do mérito. A recíproca é verdadeira, pois ausente uma das condições da ação quando de seu ajuizamento, mas implementada no curso do processo, o juiz deve proferir sentença de mérito, sendo-lhe vedado extinguir o processo sem julgamento do mérito (Liebman, *Manuale* 74, 144 e 145; Nery, RP 64/37 e 38)” (Código de processo civil comentado. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 629, verbete 10).

No pertinente aos demais aspectos mencionados em relação à cessão apresentada pelos autores, razão alguma assiste aos apelantes, pois eventuais prejuízos causados às instituições financeiras em razão da ausência de anuência na cessão e transferência dos bens devem ser por estas alegados em ação própria.

No mérito, ressalta-se primeiramente que procede a alegação dos apelantes de que o contrato a ser considerado válido é aquele juntado nas fls. 40 a 46, o qual deve ser levado em consideração para apreciar as razões de apelação.

No tocante à consideração de que o não-pagamento das contrapres-

tações estipuladas no contrato decorreu da falta de pagamento das dívidas contraídas pelos autores perante as instituições financeiras, necessita-se de maiores digressões acerca das exceções previstas no artigo 1.092 do Código Civil de 1916.

Para tanto, disserta-se a respeito do assunto:

“[...] nos contratos bilaterais, cada parte tem direito de exigir que a outra cumpra sua parcela na avença. É característica ínsita ao sinalagma presente nesse negócio. Permite a lei que o contratante suste sua parte no cumprimento até que o outro contratante perfaça a sua. É uma ‘exceção’ tratada dentro do princípio romano de que a *exceptio* é uma forma de defesa. O contratante opõe essa exceção como forma de se defender contra o outro contratante inadimplente. É exceção de mérito. Com essa oposição, o contratante logra opor um obstáculo legal à exigência de seu cumprimento, pelo não-cumprimento da outra parte. Pressupõe-se, por outro lado, que o contratante em falta esteja a exigir indevidamente o cumprimento do contrato. Esse é justamente o âmbito da questão, a ser examinado pelo juiz em cada caso concreto. Se o contratante está em dia com o cumprimento de suas obrigações, pode validamente exigir que o outro cumpra a avença no que lhe couber.

“O fundamento desse princípio repousa no justo equilíbrio das partes no cumprimento do contrato, fundamentalmente em razão da equidade, portanto. É uma aplicação do princí-

pio da boa-fé que deve reger os contratos, por nós já referido.

“Note que esse meio de defesa só pode ser validamente oposto se as prestações são simultaneamente exigíveis. Uma prestação futura, ainda não exercitável e inexigível dentro do contrato, não lhe pode servir de base de defesa, isto é, de paralisação de cumprimento do contrato pela parte cuja obrigação já esteja vencida e exigível. Destarte, só podemos opor essa defesa quando a lei ou o contrato não disser a quem cabe cumprir primeiramente a obrigação. Nessa hipótese, a lei abre exceção descrita no art. 477 (na segunda parte do art. 1.092 do antigo Código):

‘Se depois de concluído o contrato sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la’.

“É mais uma aplicação do princípio da boa-fé que deve nortear os contratos. Imagine o contratante de uma empreitada, que deve fornecer dinheiro e materiais em continuação ao empreiteiro e venha a saber que este se envolve em operações arriscadas, que colocam em perigo sua solvência e credibilidade. Pagar nessa situação seria um risco de não ver completada a obrigação do empreiteiro em concluir a obra ou serviço. Permite-se, pois, que o devedor suspeito peça uma garantia ao outro contratante, uma caução idônea” (Veno-

sa, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, vol. II, p. 394 e 395).

J. M. de Carvalho Santos, por sua vez, se manifesta, nestes termos:

“Não nos parece, todavia, que se trate unicamente de uma medida de equidade. O disposto no artigo *supra* que comentamos tem uma significação, que traduz bem, a nosso ver, uma consequência forçada do próprio contrato bilateral, que, como se sabe, deve ser executado de boa-fé e nada mais contrário à boa-fé do que pretender receber sem que tenha executado a obrigação que lhe competia, não levando em conta a equivalência, que é da essência de tal contrato” (Código civil brasileiro interpretado. 12ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. XV, 1989, p. 237).

E, em relação à segunda parte do artigo 1.092 do Código Civil de 1916, discorre:

“[...]. Pressupõe o Código, neste passo, a diminuição do patrimônio de um dos contratantes após a conclusão do contrato. Não se deve todavia, entender com muito rigor a regra aí prevista. Mesmo que, por ocasião da conclusão do contrato, já não oferecesse um dos contratantes uma garantia absoluta, ainda assim tem cabimento aplicar a regra se, depois disso diminuíram as garantias, tornando-se mais acentuado o risco de não ser efetuada a prestação devida. Poder-se-ia na ocasião do contrato vislumbrar apenas uma probabilidade de não

poder o contratante, devido a dificuldades financeiras, efetuar a prestação a que se obrigava. Mas, se posteriormente, essas probabilidades mais se acentuaram com a impontualidade de outros compromissos do contratante, não há como se possa negar ao outro contratante o direito de invocar o texto que comentamos, precisamente porque sobreveio uma alteração no patrimônio capaz de comprometer ou tornar ainda mais duvidosa a prestação devida.

“[...] É condição julgada essencial para ter aplicação o preceito legal. A diminuição do patrimônio deve ser de tal ordem que seja capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação devida. É uma questão de fato, que cabe ao juiz decidir, em cada hipótese, diante das provas e circunstâncias.

“[...] A hipótese aqui está bem caracterizada, percebendo-se que o Código cogita daqueles casos em que uma das partes é obrigada a fazer a prestação em primeiro lugar. Se a sua prestação devesse ser feita concomitantemente com a do outro contratante, ou depois, seria o caso dela invocar a exceção *non adimpleti contractus*.

“Se um contratante obriga-se a fazer a prestação em primeiro lugar, bem é de ver que se não o faz infringe o contrato. Esta é a regra. Mas, tendo em vista a reciprocidade e equivalência das prestações, em se tratando de contratos bilaterais, permite o Código que, se as condições econômicas do outro contratante autorizam a proba-

bilidade, ao menos, de que a prestação a ser feita fique sem a correspondência e equivalência imprescindíveis, a recusa da prestação não seja havida como infração contratual” (ob. cit., p. 242 e 243).

Frisa-se ainda acerca da matéria:

“Mais apuradamente se assenta o princípio, atendendo-se a que cada um dos contratantes está sujeito ao cumprimento estrito das cláusulas contratuais, e, em consequência, se um não o faz de maneira completa, pode o outro opor-lhe em defesa esta exceção levada ao extremo de recusar a *res debita* se, cumprido embora o contrato, não o fez aquele de maneira perfeita e cabal – *exceptio non adimpleti rite contractus*, vale dizer que deixa de prestar e a isto se não sente obrigado, porque a inexecução do implemento da outra parte equivale à falta de execução. Não pode, porém, ser levada a defesa ao extremo de acobertar o descumprimento sob invocação de haver o outro deixado de executar parte mínima ou irrelevante da que é a seu cargo.

“Sendo o instituto animado de um sopro de equidade, deve à sua invocação presidir a regra da boa-fé, não podendo erigir-se em pretexto para o descumprimento do avençado. Assim é que, se ambas as prestações têm de ser realizadas sucessivamente, é claro que não cabe a invocação da *exceptio* por parte do que deve em primeiro lugar, pois que a do outro ainda não é devida; mas, ao que tem de prestar em segundo tempo, cabe o

poder de invocá-la, se o primeiro deixou de cumprir. Sendo simultâneas, a sua interdependência funcional autoriza a recusa, sob alegação de falta de cumprimento pois que *non servanti fidem non est fides servanda*” (Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. III, p. 160 e 161).

Conclui-se, portanto, que o artigo 1.092 prevê três situações. A primeira trata da exceção do contrato não cumprido, na qual as prestações devem ser simultâneas e equivalentes. A segunda corresponde ao adimplemento incompleto e a terceira aplica-se na hipótese de um dos contratantes obrigar-se em primeiro lugar.

No caso concreto, ocorreu a entrega do imóvel e dos bens que o guarneciam, porém ao argumento de que os vendedores não estavam quitando as dívidas de sua responsabilidade, conforme previsto na cláusula quarta do contrato, os compradores, então, deixaram de efetuar os pagamentos a que se obrigaram.

Dessarte, deve-se, em primeiro lugar, analisar o conjunto probatório existente nos autos.

Com efeito, resta incontroverso que os réus deixaram de adimplir as parcelas devidas a partir de 21 de fevereiro de 1996, pois alegado na inicial e confirmado na contestação.

De se dizer que as parcelas são quinzenais e correspondem ao valor de R\$ 2.128,79, porém em que pese os vários documentos apresentados pelos apelantes (compradores) não se

tem como auferir o montante das dívidas, pois, da lista de processos desencadeados contra os autores apresentada nas fls. 157 a 161, extrai-se que as ações são anteriores ao contrato e, portanto, de responsabilidade dos autores, ou posteriores ao inadimplemento dos réus.

Os documentos acostados nas fls. 249 e seguintes também não beneficiam os apelantes tendo em vista que as execuções foram ajuizadas pela CEF e Banco do Brasil em datas bem posteriores ao inadimplemento (oito meses), entendendo-se que, caso houvesse o pagamento das parcelas devidas desde 21 de fevereiro de 1996, as execuções poderiam não ter sido instauradas.

Pois bem, para que se possa aplicar as duas primeiras hipóteses previstas no artigo 1.092 (exceção do contrato não cumprido ou adimplemento incompleto) as prestações deveriam ser sucessivas e equivalentes, o que não ficou comprovado pelos réus, ônus que lhes competia.

A propósito, acerca do ônus da prova, colhe-se da doutrina:

“644. Suponhamos, por outro lado, que a parte inadimplente seja autor da demanda contra a outra parte também por inadimplemento.

“O demandado invoca o inadimplemento do autor. A quem incumbe a prova? A afirmação do réu coloca o autor na necessidade de provar que cumpriu sua prestação, ou deve ele réu fazer a prova da inexecução do autor?

“Ao réu nesta hipótese incumbe a prova, pois que, ou se trate da *non adimpleti* ou de *non rite adimpleti*, é sempre livre ao autor oferecer a execução do contrato que lhe toca prestar para obter a prestação equivalente. Eis por que o Código alemão consagrou a doutrina que quem opuser a exceção *non adimpleti* nada mais pode obter além da condenação do autor à execução” (Carvalho de Mendonça, Manuel Inácio. Doutrina e Prática das Obrigações. 4ª ed. aum. e atual. pelo Juiz José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, tomo II, 1956, p. 326 a 327)

No entanto, o caso em tela amolda-se à possibilidade de cessar os pagamentos diante da situação econômica dos vendedores que, segundo os apelantes e as provas dos autos, não vinham efetuando a quitação das dívidas. Esta afirmação decorre da ausência de prova de pagamento efetuado em favor dos credores após a realização do pacto, ônus que competia aos autores.

É o caso estatuído na segunda parte do *caput* do artigo 1.092 do Código Substantivo Civil de 1916, merecendo destaque a lição de J. M. Carvalho Santos acima transcrita, nestes termos:

“[...] É condição julgada essencial para ter aplicação o preceito legal. A diminuição do patrimônio deve ser de tal ordem que seja capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação devida. É uma questão de fato, que cabe ao juiz decidir, em cada hipótese, diante das provas e circunstâncias”.

Ainda, salienta Caio Mário da Silva Pereira:

“Desde que saiba, ou tenha razões plausíveis de presumir (protesto de título, pedido de moratória ou de concordata etc.), que a diminuição patrimonial do outro faça duvidar da contraprestação esperada, cessará o pagamento ou reterá a execução, até que se lhe dê a solução devida, ou garantia suficiente de que será efetivada no momento oportuno. Não há predeterminação de garantia. Pode ser de qualquer natureza, real ou fidejussória. Mas é necessário que se trate de garantia bastante. Uma vez prestada esta, a exceção caduca, e a prestação suspensa tem de ser cumprida” (ob. cit., p. 161).

Ora, os próprios autores sustentam que os móveis e imóvel objetos do contrato tornaram-se os últimos bens de seu patrimônio, restando duvidosa a concretização do negócio no que se refere às dívidas contraídas perante as instituições financeiras.

Novamente afirma-se que os autores não apresentaram nenhum documento capaz de comprovar a efetivação de algum pagamento perante os credores, presumindo-se que não vinham utilizando os valores recebidos em decorrência da promessa de venda para sanar suas dívidas ou, pelo menos, parte delas.

Por outro vértice, não se pode olvidar que a cessação do pagamento das parcelas impossibilitou ainda mais a quitação dos débitos existentes com as instituições bancárias, dos quais os

rés tinham conhecimento desde a realização do negócio, tendo sido até mesmo inserida cláusula contratual a respeito da responsabilidade deles decorrentes.

Sendo assim, não obstante a ciência de que a suspensão do pagamento das parcelas prejudicaria ainda mais a quitação das dívidas, os rés simplesmente deixaram de efetuar os pagamentos devidos, prejudicando ainda mais o adimplemento das obrigações contraídas pelos autores.

Destaca-se, nesse momento, que os rés não haviam pago sequer 30% (trinta por cento) do valor pactuado, ficando um *quantum debeatur* de aproximadamente R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais), o qual, como dito acima, com base nas provas apresentadas pelos rés, não se pode admitir como menor do que o valor referente às dívidas dos autores, presumindo-se que, caso não houvesse a suspensão dos pagamentos, as dívidas poderiam ser quitadas.

Nesse contexto, admite-se a possibilidade de não-pagamento das parcelas em decorrência da não-quitação das dívidas, reconhecendo-se a culpa dos autores pela rescisão contratual, mas, da mesma forma, reconhece-se a culpa dos rés, pois tinham conhecimento das dívidas e que o não-pagamento acarretaria a não-quitação delas e, em consequência, contribuíram para a inadimplência.

Sabedores da existência das dívidas e diante da suposta negativa dos autores em aditar o contrato, de-

veriam ter consignado os valores devidos e não simplesmente deixar de efetuar os pagamentos.

Assim, a melhor solução a ser aplicada pertence à rescisão do pacto por culpa recíproca, impondo-se a reforma parcial da sentença para determinar o retorno das partes ao *status quo ante*.

A respeito, leciona Arnaldo Rizzardo:

“Se ambas as partes contribuem com o seu comportamento para a inadimplência, não é justo, nem jurídico, que uma delas se beneficie da culpa de que partilha e para a qual contribuiu.

“A solução mais coerente, em tais eventualidades, é a rescisão do contrato, restabelecendo o estado anterior. Este, aliás, o caminho adotado pela Suprema Corte, em caso análogo:

‘Rescisão de contrato. Contrato bilateral. Obrigações recíprocas. Inadimplência (art. 1.092 do CC). Compensação de culpas.

‘1. A imputação de inadimplência à contraparte não dispensa da exigência do cumprimento de sua obrigação a quem visa compelir o cumprimento da obrigação simultânea e recíproca, conforme o art. 1.092 do CC.

‘2. Evidenciada a reciprocidade das culpas, na condução do contrato, uma parte não pode tirar vantagem contra a outra, importando, em razão da compensação de culpa, rescindir o

contrato, restabelecendo o seu *status quo ante*'.

"Como assinala M. I. Carvalho de Mendonça, trata-se de 'um caso característico de compensação da culpa em que as duas ações se ilidem e nenhuma das partes pode contra a outra tirar vantagem da culpa que lhes é comum'" (Contratos. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 54).

A autoridade judiciária impôs aos apelantes a perda das arras, além do pagamento de aluguéis mensais no percentual de 2% (dois por cento) do valor do contrato, correspondente ao período em que permaneceram no imóvel; as despesas de administração e de revenda, no patamar de 40% (quarenta por cento) do valor pago; e os eventuais débitos de IPTU, energia elétrica, água, condomínio e demais encargos estabelecidos no contrato.

Todavia, diante do reconhecimento da culpa recíproca devem as partes retornar ao *status quo ante*, determinando-se a reintegração de posse dos autores bem como a devolução dos valores recebidos, acrescidos de correção monetária a contar do pagamento e, em contrapartida, a sua compensação com os valores devidos pelos réus em decorrência da utilização dos móveis e imóvel indicados no contrato de promessa de compra e venda, os quais devem ser apurados em liquidação de sentença, com base no valor de mercado, porém limitados ao percentual de 2% (dois por cento), devendo corresponder aos meses que se sucederam da ocupação até a desocupação.

Ressalta-se, também, que na hipótese de o valor apurado passar da-

quele a ser compensado, impõe-se a condenação dos réus, sob pena de enriquecimento sem causa.

Eventuais débitos de IPTU, energia elétrica, água e condomínio também devem ser pagos pelos réus desde que correspondentes ao período de utilização dos bens objetos do contrato.

Por derradeiro, condena-se cada parte ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das despesas processuais e honorários advocatícios, estes no patamar de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (somado o valor da devolução com aquele a ser apurado na liquidação de sentença), dividindo-se em razão da sucumbência recíproca a 2,5% (dois vírgula cinco por cento) para cada lado, percentual este fixado pelo Togado *a quo* e não impugnado pelas partes.

III — Decisão

Ante o exposto, deu-se parcial provimento ao recurso para decretar a rescisão contratual por culpa de ambas as partes e, em consequência, determinar o retorno ao *status quo ante*, na forma acima mencionada.

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

Florianópolis, 30 de junho de 2005.

Monteiro Rocha,
Presidente, com voto;
Jorge Schaefer Martins,
Relator.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.007632-0, DE NAVEGANTES

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

Direito de família – ECA – Adoção – Mãe biológica que entrega menor ainda na maternidade mediante instrumento particular de declaração à família substituta devidamente cadastrada na comarca – Ação anulatória movida pelo representante do Ministério Público – Pedido de busca e apreensão da infante deferido sob o argumento de ter havido adoção à brasileira – Rigorismo da medida que se verifica na hipótese como injustificável e desconselhável – Interesse da menor que se sobreleva à inobservância das formalidades do processamento da perfilhação – Interpretação teleológica dos artigos 227 da Constituição, 6º do ECA e 5º da LICC – Recurso provido.

Pela interpretação teleológica da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, evidencia-se como desconselhável sob todos os aspectos a retirada de uma menor do ambiente familiar no qual se encontra há meses para colocá-la em abrigo ou em outra família. A excepcionalidade de tal providência está reservada tão-somente às medidas de proteção, cujas hipóteses estão expressamente delineadas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como corolário, deve a menor permanecer em companhia daqueles que a acolheram desde os primeiros dias de vida, com a

anuência da mãe biológica, e passaram desde então a provê-la de todos os cuidados necessários à sobrevivência, incluídos educação, alimentação, lazer e, sobretudo, carinho familiar. Eventual repreensão a meios escusos utilizados, como, por exemplo, a denominada “adoção à brasileira”, por si só, não pode sobrepujar os interesses maiores e o bem-estar da criança.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2004.007632-0, da comarca de Navegantes, em que são agravantes M. S. e T. A. M. S., e agravado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

M. S. e T. A. M. S. interpuseram agravo de instrumento contra decisão judicial que, nos autos da “ação constitutiva negativa c/c busca e apreensão” ajuizada pelo representante do Ministério Público Estadual, determinou a busca e apreensão da menor G. M. S., devendo esta ser abrigada na entidade Abrigo Luz da Manhã “até que se defina família substituta”.

Argumentam os agravantes que decidiram adotar uma criança e, para tanto, protocolizaram requerimento de inscrição no cadastro de pretendentes das comarcas de Navegantes e Piçarras, concluindo o estudo social elaborado pela Assistente Social do Juízo que eles estavam em plenas condições para pleitear a adoção, merecen-

do parecer favorável do *Parquet* e deferimento pelo Magistrado.

Asseveram que, enquanto aguardavam na fila de espera, “surgiu a possibilidade de adotarem um bebê recém-nascido”, cuja mãe biológica “não tinha interesse em permanecer com a criança haja vista suas precárias condições financeiras”. Reconhecem que, assim que receberam a criança, dirigiram-se ao Cartório de Registro Civil de Cajuru/PR, no qual a registraram como filha legítima, dando-lhe o nome de G. M. S. Contudo, ante a suspeita que despertaram, a autoridade policial do Estado do Paraná instaurou inquérito, tendo o agravante, na oportunidade, confessado a falsidade cometida.

Diante do ocorrido, requereram, por meio de procedimento próprio, a adoção da infante na comarca de Navegantes, enquanto o agravado aforou a presente demanda.

Por fim, aduzem que, para o bem da menor, deve ela permanecer com a atual família, tendo eles boa qualidade de vida, com uma remuneração de aproximadamente R\$ 5.000,00 mensais.

O efeito suspensivo almejado foi concedido às fls. 150 a 152.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no sentido de dar provimento ao recurso para manter a menor na companhia dos agravantes até a solução derradeira da ação (fls. 162 a 166).

II — Voto

Prevê o art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil que “*é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*” (sem grifo no diploma).

A solução da presente demanda deve, inexoravelmente, pautar-se no norte traçado pelo art. 43 da Lei n. 8.069/90, impondo-se a concessão da adoção, sobretudo, se apresentar reais vantagens para o adotando e se fundar em motivos legítimos. Resta, assim, compulsar os elementos probatórios carreados aos autos a fim de se aferir o caminho que melhor vem a atender ao ditame compilado no referido dispositivo. O que deve predominar, sem dúvida, é o interesse da própria menor G. M. S., atualmente com dez meses de idade.

O conjunto probatório evidencia que a menor, em tese, está recebendo dos agravantes todos os cuidados

necessários que uma pessoa de tenra idade carece (documentos e fotografias de fls. 114 a 146). Resta incontroverso que a mãe biológica da menor entregou-a aos cuidados dos agravantes quando a criança ainda estava na maternidade, com eles permanecendo até a presente data. Se é certo que as condições financeiras não traduzem motivo suficiente para a destituição do poder familiar, por outro lado também não são justificativa plausível para o afastamento da criança em relação aos pretensos adotantes.

Do instrumento particular de declaração, no qual a genitora da menor declara expressamente que queria entregar sua filha aos agravantes, extrai-se às fls. 44 e 45:

“Eu, A. F. [...] maior de idade nascida em 21-5-1981, declaro a quem interessar possa e para os devidos fins de direito que doe, espontaneamente e livre de qualquer condição e de qualquer retribuição financeira e material, minha filha biológica, nascida à 0h15min do dia 21-12-2003 [...]. Que a entrega da criança, do sexo feminino, nascida com 3.150kg, deu-se no mesmo dia do nascimento, na saída da maternidade.

“Que a doação ocorreu em função de que não queria criá-la, pela minha vida desregrada, pela minha péssima situação financeira, além de que o pai biológico era desconhecido e eu já tinha pleno conhecimento da ótima reputação e da excelente situação financeira dos pais adotivos”.

Ademais, denota-se que o casal agravante teve deferida sua ins-

crição no cadastro de pretendentes à adoção, sendo consideradas pessoas idôneas e aptas para tanto.

Nesse enfoque, sobreleva-se o interesse da menor, levando-se em consideração o disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e, em especial no art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe: “Na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

Comentando o referido artigo, Válter Kenji Ishida adverte:

“O artigo em tela menciona a forma como se deve interpretar o Estatuto. O fim social é o de proteção integral da criança e do adolescente e o bem comum é o que atende aos interesses de toda a sociedade. Os direitos e deveres individuais e coletivos são elencados no ECA, relativos à criança e ao adolescente.

“Entendemos que ‘a condição peculiar da criança e do adolescente’ deve ser o principal parâmetro na aplicação das medidas na Vara da Infância e Juventude. Obedecidos os critérios legais, as autoridades devem procurar as medidas mais *adequadas à proteção da criança e do adolescente*.

“Em caso específico de procedimento, os genitores pleitearam a busca e apreensão de seu filho que estava sob a guarda de tio do mesmo. O termo de guarda estava expirado,

mas o menor estava há mais de dois anos sob os cuidados do tio. Assim, a interpretação literal levaria ao deferimento do pedido dos genitores. Contudo, uma análise à luz da norma levaria a outro entendimento, posto que, sob a vigência do Estatuto, prevalece a avaliação e a situação do menor e, conseqüentemente, a decisão deve ser balizada sempre em seu favor” (Estatuto da criança e do adolescente. São Paulo: Atlas, 1998, p. 28).

A razão de ser do dispositivo não deve ser considerada isoladamente, mas, sim, de forma teleológica, atendendo-se ao real propósito do legislador, que consiste na satisfação dos superiores interesses da criança, de forma a lhe proporcionar bem-estar moral, material e psicológico.

Nesse norte, consignou o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que “a melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo da exegese dos textos legais pode levar a injustiças” (RSTJ 4/1.555).

É certo que o procedimento temerário adotado pelos agravantes de ignorar os meios legais de adoção e maliciosamente terem simplesmente registrado a infante como se sua filha fosse é reprovável. Como bem salientou o ilustre Juiz Sérgio Izidoro Heil ao conceder o efeito suspensivo ao recurso, “a lista de adoção, mantida no Estado de Santa Catarina pela Comissão Estadual Judiciária de Adoção, deve sempre ser prestigiada, notadamente em atenção ao interesse do

menor, já que nela estão inscritos casais que se submeteram a todos os trâmites do processo de habilitação e que foram e são constantemente orientados pelos grupos de apoio à adoção existentes no Estado” (fl. 151).

Por outro lado, utilizando-se de uma interpretação teleológica do Estatuto da Criança e do Adolescente, isto é, procurando desvendar os fins a que a lei propõe, contata-se que a retirada da menor do ambiente familiar, no qual se encontra há aproximadamente dez meses, para colocação em um abrigo ou em outra família substituta, como ponderou o douto Procurador de Justiça Sérgio Antônio Rizelo, “é medida excepcionalíssima, a ser reservada para casos em que a sua saúde física ou mental esteja sob perigo iminente, situação que não encontra semelhança com o presente caso” (fl. 165).

Sobre o tema, colhe-se a lição de J. Franklin Alves:

“No direito do menor deixou a adoção de ser um instituto destinado a resolver o problema de casais sem filhos, para transformar-se num forte instrumento de solução para o problema da paternidade irresponsável e do menor desassistido.

“O interesse do menor é, pois, diretriz dominante. Pode o casal preencher os requisitos legais para adotar e o Magistrado indeferir a adoção por não vislumbrar no pedido atendimento aos interesses do menor.

“Ao mesmo tempo, no direito do menor, o Magistrado tem mais liber-

dade para, sem vulnerar a lei, ajustar o preceito legal às exigências do caso concreto” (Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade e Concubinato, 7ª ed., p. 86, Forense, Rio de Janeiro, 1995).

Nesse sentido, assim tem decidido esta Corte:

“Agravado de instrumento – Ação de verificação de situação de risco proposta pelo Ministério Público – Criança entregue pela mãe a terceiros não cadastrados na comarca – Pedido de busca e apreensão do menor deferido pelo Juízo *a quo* – Impossibilidade – Prevalência do interesse do infante, que vive em companhia dos adotantes desde o nascimento – Agravantes com condições morais e econômicas – Recurso provido” (AI n. 2002.016110-7, rel. Des. Mazoni Ferreira).

“Agravado de instrumento. Guarda e responsabilidade de menor. Mãe biológica de poucos recursos que se dispõe a doar o filho. Deferimento da guarda a casal que pretende adotá-lo. Contraposição do Ministério Público. Busca e apreensão deferida pelo magistrado. Colocação da criança em abrigo municipal. Interesse do menor que deve sobrepujar aos das formalidades no regular processamento de adoção — arts. 6º do ECA e 5º da LICC. Recurso provido” (AI n. 2001.015225-8, Des. Cesar Abreu).

“Agravado de instrumento. Adoção. Posse de fato da criança por quatro meses com casal adotante. Busca e apreensão do menor indeferida. Estudo social favorável à manutenção da

criança com o casal adotante. Recurso desprovido.

“Não se deve afastar uma criança dos braços de quem a acolhe desde o nascimento, cujo requerimento de adoção já foi efetuado, a pretexto de inobservância cadastral de pretendentes à adoção, a não ser que se comprove de plano a inabilitação moral para o ato.

“Revelando o estudo social a boa índole da família adotante e o carinho e amor conferidos ao menor, é de indeferir-se pedido de busca e apreensão deste, requerido pelo Ministério Público, porquanto silogismos críticos, impostos à simples leitura de texto legal, não podem prevalecer sobre o bem-estar da criança” (AI n. 1999.017563-4, Des. Carlos Prudêncio).

“Agravado de instrumento – Cautelar de busca e apreensão de menor – Art. 839 e seguintes do CPC – Princípio básico (art. 1º do ECA – Lei n. 8.069/90) – Recurso desprovido.

“Ante o princípio da proteção integral que rege a aplicação do ECA, há que se buscar a melhor solução para o resguardo dos interesses do menor, indo de encontro qualquer pretensão diversa do mencionado princípio” (AI n. 2001.015019-0, rel. Des. José Volpato de Souza).

“No Direito hodierno é defesa a adoção contratual, todavia não se pode negar à genitora, que reconhece a ausência de condições para criar seu filho, a possibilidade de entregá-lo a casal de sua confiança, que entende, ter condições para tanto” (AI n. 2001.018118-5, rel. Juiz Jorge Schaefer Martins).

“Agravado de instrumento. Adoção. Ouvida dos casais inscritos no registro de interessados em adotar. Desnecessidade face às peculiaridades do caso concreto. Prevalência do interesse do menor, que vive em companhia dos adotantes desde o nascimento. Recurso desprovido” (AI n. 1996.007402-3, rel. Des. Paulo Gallotti).

Destarte, por não se negar que os agravantes são pessoas que, por suas condições subjetivas e familiares, atendem aos preceitos contidos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, e com o objetivo de preservar a integridade física, moral e afetiva da infante, melhor razão não há senão manter a menor G. M. S. na companhia daqueles até o deslinde da demanda, preservando-se, assim, o interesse maior a ser tutelado, qual seja, o bem-estar da criança.

III — Decisão

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

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Dionizio Jenczak. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 29 de outubro de 2004.

José Volpato de Souza,
Presidente, com voto;
Marcus Tulio Sartorato,
Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.012142-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Dionízio Jenczak

Apelações cíveis – Ação de restituição de pagamento indevido – Caracterização de venda ad corpus – Metragem do terreno meramente enunciativa – Previsão contratual – Observância das circunstâncias que precederam o negócio e a intenção dos contraentes. Ação de cobrança – Condenação – Apuração por meio de liquidação por artigos – Inexigibilidade – Desnecessidade de alegação e comprovação de fato novo – Verba honorária – Montante fixado adequadamente – Pedido improcedente em parte mínima. Recurso interposto contra decisão da ação de cobrança parcialmente provido, sendo desprovido aquele proposto contra o decisum da ação de restituição.

Em não consistindo a área do imóvel vendido elemento determinante na fixação do preço, configurando-se a sua referência como meramente enunciativa, não tendo, dessa forma, a função de condicionar o preço, caracterizada está a venda ad corpus.

Contendo os autos ressonância probatória apta para o resultado condenatório, não necessitando de alegação e comprovação de fato novo, não há ser este objeto de oportuna apuração, por meio de liquidação por artigos, estabelecendo-se, conseqüentemente, a liquidação direta com base em documentos da época dos fatos e da decisão, em razão dos princípios da celeridade e economia processuais.

Os honorários advocatícios são fixados de acordo com o artigo 20, § 3º, do CPC, consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância do feito, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

O fato de o litigante decair em parte mínima do pedido, o qual não é considerado economicamente relevante, se comparado aos demais pleitos, não estabelece a reciprocidade da sucumbência e, conseqüentemente, repartição dos respectivos ônus.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.012142-8, da comarca da Capital (5ª Vara), em que é apelante Ademar de Camargo Brascher, sendo apelados Engecal Construção e Incorporação Ltda. e Condomínio Portamar:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por unanimidade, conhecer dos recursos e negar provimento ao interposto contra Engecal Construção e Incorporação Ltda. e parcialmente prover aquele proposto contra Condomínio Portamar, para determinar que, nos reajustes das parcelas devidas, incidam juros de 6% ao ano, até a entrada em vigor do novo Código Civil; a partir daí juros de 1% ao mês, e a correção monetária seja calculada com base na variação do CUB até o término das obras, após o que deverá ser feita de acordo com a variação do INPC.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Condomínio Portamar propôs ação de cobrança contra Ademar de Camargo Brascher, pretendendo receber as parcelas equivalentes às suas cotas condominiais, as quais se encontram em atraso desde 5-8-1994, des-

tacando que o total da dívida, atualizada em 23-11-94, é de R\$ 10.684,95.

Citado, apresentou contestação, pleiteando, preliminarmente, o apensamento destes autos aos da ação de restituição de pagamento indevido que aforou contra Engecal Construção e Incorporação Ltda.; aduziu defeito de representação, em razão de não ter o autor comprovado sua instalação e regular constituição. No mérito, assinalou que o valor que o contestante se comprometeu a pagar quanto ao custo da obra está ligado à fração ideal do imóvel que comprou, a qual ainda não se encontra determinada, questão que também se depara em Juízo; que o valor apresentado pelo autor foi formulado unilateralmente; que sempre pagou as parcelas das despesas a mais, tendo em vista a fração ideal que lhe foi transferida; e impugnou, ainda, a incidência da multa diária.

Houve réplica.

Em audiência de conciliação, restando inexitosa, foi reconhecida a conexão, sendo, em conseqüência, apensados estes aos autos da ação de restituição de pagamento indevido.

Nesta, Ademar de Camargo Brascher contende com Engecal Construção e Incorporação Ltda., aduzindo que as partes celebraram contrato particular, encontrando-se inclu-

sas a promessa de compra e venda de fração ideal de terreno e a contratação de administração de construção de edificação, tendo efetuado o devido pagamento.

Afirmou que no contrato constava uma área maior do que aquela verificada por ocasião da escritura, tendo sido regularizadas as frações ideais correspondentes ao co-proprietário, deixando de fazê-la no tocante à área total. Assim, ressalta que efetuou pagamento maior do que o devido no rateio das despesas relativas ao custo da obra.

Citada, a ré ofereceu contestação, suscitando, preliminarmente, a prescrição; e, no mérito, rebateu os argumentos iniciais.

Foi apresentada réplica.

Saneado o processo, apensaram-se os autos.

A Magistrada *a quo* julgou improcedente a ação de restituição de pagamento indevido aforada por Ademar de Camargo Brascher, condenando-o, em consequência, à satisfação das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 600,00; e procedente o pedido formulado pelo Condomínio Portamar na ação ordinária de cobrança, impondo ao vencido Ademar o pagamento das parcelas mensais em atraso, a partir do mês de agosto/94, devidamente corrigido, e das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Insatisfeito com o *decisum* que lhe foi adverso, em ambas as ações,

Ademar de Camargo Brascher interpôs recursos de apelação.

O Condomínio Portamar apresentou contra-razões.

Os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

II — Voto

A matéria objeto das ações suscita o exame em torno da natureza da aquisição do imóvel objeto do contrato particular de promessa de compra e venda firmado entre as partes — se realizada *ad mensuram* ou *ad corpus*.

Da apelação interposta pelo autor Ademar na ação de restituição de pagamento indevido

Aduz que não efetivou a compra do terreno pelo aspecto meramente enunciativo de sua existência, tendo em vista que realizou, objetivamente, a compra de um apartamento individualizado, assinalando que o contrato utilizado para tanto era padrão, contendo, por isso, cláusulas inócuas.

No caso concreto, insurge-se o autor contra o *decisum* que julgou improcedente a ação, sob o fundamento de que, ao contrário do entendimento da Dra. Juíza de Direito, a venda de que cogitam os autos não foi *ad corpus*, mas *ad mensuram*.

Ora, em conformidade com o artigo 1.136 do CC/1916, atualmente previsto no artigo 500 (CC/2002), sabe-se que caracteriza a venda *ad*

corpus a necessária e perfeita individualização do imóvel, com suas características e confrontações, o que foi o caso. No contrato de compromisso de compra e venda, constava a área global como sendo enunciativa, pois trata o negócio de venda de um imóvel urbano edificado, com divisas certas, conhecidas do comprador, embora maior a área constante do título, e o preço é único para o todo, deduzindo-se, daí, que o interesse das partes foi comprar e vender, respectivamente, o que dentro daquelas divisas fosse encontrado, reputando-se acidental a declaração da medida da área total do terreno onde seriam edificadas as unidades imobiliárias, dentre elas a pertencente ao autor.

Não menos esclarecedora é ainda a lição de Orlando Gomes:

“A venda *ad corpus* é a que se faz sem determinação da área, do imóvel, ou estipulação do preço por medida de extensão. O bem é vendido como corpo certo, individualizado por suas características e confrontações, e, também, por sua denominação, quando rural. *Note-se que a referência a dimensões não descaracteriza a venda ad corpus, se não tem a função de condicionar o preço* (grifou-se).

“Na venda *ad mensuram* a determinação da área do imóvel constitui elemento determinante da fixação do preço, explícita ou implicitamente. A área é expressamente condição do preço quando este se estipula por medida de extensão, como, por exemplo, quando alguém compra um terreno à razão de tantos cruzeiros por

metro quadrado. A correlação entre as dimensões do imóvel e o preço de sua venda existe implicitamente quando a área é determinada, embora o preço não esteja calculado por medida, como, por exemplo, se o vendedor declara que o imóvel possui determinado número de tarefas e se pode inferir que as partes deram importância à expressão quantidade. Não é suficiente, desse modo, a referência às dimensões do terreno” (Contratos, Forense, 16ª edição, Rio de Janeiro, 1995, p. 235).

Sílvio Rodrigues não doutrina diferentemente (Direito Civil — dos contratos e das declarações unilaterais de vontade, vol. III, 4ª ed., Saraiwa, 1972, p. 156 a 158:

“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”.

Nesse aspecto, nota-se que a sentença ora reexaminada não está a comportar reforma, tendo em vista que, *in casu*, a área do imóvel vendido não consistiu elemento determinante na fixação do preço, sendo, portan-

to, a venda *ad corpus*, pois a referência à área é meramente enunciativa, não tendo a função de condicionar o preço.

Destarte, apesar de incontroverso que por ocasião da celebração do contrato em apreço a área total do terreno era de 7.485,41m², sendo que, na escrituração, restou reduzida para 5.025,00m², não merece acolhimento a pretensão do autor, ora apelante, pois do mencionado Contrato de Incorporação Imobiliária extrai-se que “a execução da construção do edifício terá as suas despesas de custeios suportadas pelos incorporados, na proporção da sua respectiva fração ideal”.

Da análise do mencionado contrato, chega-se à conclusão de que não há pagamento a mais, tendo em vista que a metragem do terreno é meramente enunciativa, conforme se denota do parágrafo único de sua cláusula décima quarta:

“Fica a incorporadora desde já autorizada a alterar o projeto e o memorial descritivo para atender às exigências do Poder Público, *sendo as metragens e a fração ideal do terreno meramente enunciativas*, as quais serão fixadas em caráter definitivo quando da individualização” (grifou-se).

Assim sendo, não há falar em pagamento a mais, pois a construção da unidade, a qual seria custeada pelo autor, dá-se em percentuais sobre a fração ideal do terreno, ou seja, 2,2827% concernente ao apartamento n. 310, e mais 0,4955% relativo às

garagens de ns. 1 e 2 e despesa n. 6. Dessa forma, a alteração da metragem do terreno não modifica as frações ideais correspondentes à unidade a ser custeada pelo recorrente.

Maria Helena Diniz, ao abordar o tema, indica os parâmetros que devem orientar o magistrado por ocasião da apreciação de casos como o dos autos:

“Por essas razões, o magistrado, para determinar se a venda se realizou *ad mensuram* ou *ad corpus*, deverá sempre, e em primeiro lugar, verificar o título, as circunstâncias que precederam o negócio (RF 167:242) e a intenção dos contraentes” (Tratado teórico e prático dos contratos, Saraiva, 2ª ed., vol. 1, São Paulo, 1996, p. 357).

Como bem leciona Washington de Barros Monteiro, na obra Curso de Direito Civil, vol. 5, p. 94:

“Na venda *ad corpus*, compreensiva de corpo aberto e individualizado, presume-se que o comprador examinou as divisas do imóvel, tendo intenção de adquirir precisamente o que dentro delas se continha. A referência à metragem ou à extensão superficial é meramente acidental e o preço é global, pago pelo todo, abrangendo a totalidade da coisa”.

Outrossim, observa-se que na escritura pública de compra e venda de imóvel com atribuição de fração ideal, a qual foi lavrada após 2 anos, houve a alteração para menos da respectiva área, considerando-se que o recorrente firmou a mencionada escri-

tura, bem como sua posterior rerratificação, sem nenhuma reserva, evidenciando, assim, que as partes concordaram com a mencionada redução.

Dessa forma, conclui-se ter sido a venda *ad corpus*, pela verificação do contrato, bem como pelas circunstâncias que precederam o negócio e a intenção dos contraentes, configurando-se a área do terreno mencionado no contrato de incorporação imobiliária como meramente enunciativa.

Assim, é de ser negado provimento ao apelo.

Do recurso interposto pelo réu Ademar na ação ordinária de cobrança

O réu postula a procedência da *actio*, assinalando que não pactuou com a redução da área do terreno, salientando que, em razão de ter pago uma área maior e ter recebido uma menor, sub-rogou-se no direito de crédito com a empresa ofertante.

Ademais, reiterou os argumentos das razões de recurso da sentença de restituição.

Como se observa, o argumento apresentado para o não-pagamento do valor das parcelas que lhe cabia no rateio das despesas relacionadas à construção do edifício é o mesmo apresentado na ação de restituição de pagamento indevido.

No entanto, como já restou fundamentadamente demonstrado, a diminuição da área total em que seria

construído o edifício em nada alterou o valor a ser por ele pago, não lhe assistindo, portanto, razão em sua pretensão ao abatimento do preço, pois, como já ressaltado, o apelante firmou a escritura, bem como sua posterior rerratificação, sem nenhuma reserva, o que evidenciou sua concordância com a redução e continuação da obra, a qual, em razão do atraso no pagamento pelo recorrente, obrigou os demais condôminos a arcarem com o custo da edificação.

Destarte, não restando caracterizado o pagamento a mais, certa é a sua efetivação pelo réu, ora apelante, do valor de suas quotas de custeio no empreendimento do qual participa.

Pleiteia, alternativamente, o apelante, a liquidação da sentença por artigos.

Reza o artigo 608 do CPC:

“Art. 608. Far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo”.

Os autos contêm ressonância probatória apta para o resultado condenatório, não necessitando, por isso, ser objeto de oportuna apuração por liquidação por artigos, tendo em vista que houve demonstrativo acompanhando a inicial, com a discriminação de determinadas parcelas vencidas.

Assim, estabelece-se a execução direta dos valores, tendo em vista que poderá ser feita por simples cálculo aritmético, com base em documentos da época dos fatos e da

decisão, inclusive com a aplicação dos juros fixados pelo Juízo monocrático, ante a suficiência de elementos ao cômputo dos demais, não necessitando, por isso, de alegação e comprovação de fato novo, valorizando-se, conseqüentemente, os princípios da celeridade e da economia processuais.

Rebela-se, ainda, contra o montante fixado a título de honorários advocatícios, à base de 20% sobre o valor da condenação, requerendo sua minoração.

Entretanto, cabe enaltecer que, *in casu*, os honorários podem ser fixados de acordo com o art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância dos feitos, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Acerca da fixação da verba honorária, prelecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery:

“Critérios para fixação dos honorários. São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em consideração pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado [...]” (*in* Códifi-

go de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 3ª ed., RT, 1997, p. 297).

Examinando-se as circunstâncias dos autos à luz desses parâmetros, constata-se que o valor arbitrado na sentença é condizente com o trabalho realizado, o tempo despendido, o grau de zelo exigido dos causídicos, a natureza e a importância da causa, merecendo ser mantidos os honorários advocatícios que, com supedâneo no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, continuam fixados nos termos impostos pelo Juízo *a quo*.

Destarte, verifica-se que o autor apenas não obteve provimento judicial em pedido irrisório se comparado ao pleito principal, aplicando-se, pois, o parágrafo único do art. 21 do CPC, devendo o réu arcar com o pagamento total das custas processuais e honorários advocatícios, conforme já fixado no *decisum* monocrático.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para determinar que, nos reajustes das parcelas devidas, incidam juros de 6% ao ano, até a entrada em vigor do novo Código Civil; a partir daí juros de 1% ao mês, e a correção monetária seja calculada com base na variação do CUB até o término das obras, após o que deverá ser feita de acordo com a variação do INPC.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, após debates, decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos

e negar provimento ao interposto contra Engecal Construção e Incorporação Ltda. e parcialmente prover aquele proposto contra Condomínio Portamar, para determinar que, nos reajustes das parcelas devidas, incidam juros de 6% ao ano, até a entrada em vigor do novo Código Civil; a partir daí juros de 1% ao mês, e a correção monetária seja calculada com base na variação do CUB até o término das obras, após o que deverá ser feita de acordo com a variação do INPC.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Izidoro Heil.

Florianópolis, 29 de abril de 2005.

Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente, com voto;
Dionízio Jenczak,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.015112-8, DE TURVO

Relator: Des. Dionízio Jenczak

Ação reivindicatória — Individuação da área — Prescrição aquisitiva — Lapso temporal — Interrupção e suspensão — Imóvel público — Enfitese — Fim social. Recurso desprovido.

São requisitos indispensáveis à propositura da ação reivindicatória, a prova do domínio do autor e a posse injusta do réu, aliadas à individuação correta do bem reivindicando, de modo a deixar fora de dúvida que o autor é o proprietário, em vista da presunção que milita em seu favor pela transcrição, para que se possa, na execução, entregar-lhe exatamente o que é seu.

Havendo comprovação documental de que a posse é exercida desde os idos 1950, observa-se claramente que, além de estar caracterizada a vintenária, o ajuizamento da ação anulatória em 1980 não alteraria o prazo prescricional de aquisição.

“Conforme o art. 162, a alegação de prescrição compete a quem ela aproveita. Este é outro pressuposto da prescrição: ela só pode ser argüida por quem ela aproveita. E essa pessoa é a parte a favor de quem a prescrição corre, pessoa natural ou jurídica, o herdeiro dessa pessoa, seu sucessor, cessionário, legatário, credor, fiador; o co-devedor em obrigação solidária, o co-devedor em obrigação indivisível, o obrigado à prestação de evicção, o fideicomissário” (Aldyr Dias Viana)

“Admissível o usucapião quando o imóvel já era foreiro e a constituição da enfiteuse em favor do usucapiente se faz contra o particular até então enfiteuta e não contra a pessoa jurídica de direito público que continua na mesma situação em que se achava, ou seja, como nua-proprietária. Precedentes do STF e STJ” (Min. Barros Monteiro).

“O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil” (Min. Sálvio de Figueiredo).

Deve-se perquirir se a área reivindicanda cumpre com o fim social almejado pela Constituição Federal em seus arts. 182, § 2º, e 186, caput.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.015112-8, da comarca da Turvo (Vara Única), em que são apelantes Irma Silveira de Brito e outros, sendo apelados Erani Dorneles da Silva e outros:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Adoto o relatório de fls. 646 a 657.

Acrescenta-se que o MM. Juiz monocrático julgou improcedentes as Reivindicatórias ns. 076.90.000005-3 e 076.90.000045-2, assim como a reconvenção. Esta sob o fundamento que a matéria já se encontra sob o manto da coisa julgada, conforme acórdão deste egrégio Tribunal de Justiça, que decretou a nulidade dos Registros Imobiliários, os quais deram origem as suas cadeias sucessórias.

Aquela sob o argumento que não estão devidamente individualizadas as áreas reivindicadas, pois a exordial somente indicou a área como um todo; entretanto já houve usucapião de vários lotes, e o registro é datado de 1929, necessitando, assim, de perícia técnica para individualizar; re-

conheceu a prescrição aquisitiva da área, e, finalmente, admitiu que os autores não destinaram o imóvel ao fim social, conforme preceitua a Constituição Federal.

Irresignados, estes interpuseram recurso de apelação, asseverando que a área restou devidamente individualizada, posto que, além de a peça inicial da Reivindicatória n. 076.90.000005-3 demonstrar perfeitamente o imóvel maior (dezessete milhões de metros quadrados), a de n. 076.90.000045-2 individualizou os registros de posse colacionados com a resposta dos réus naquele feito, sendo desnecessária, onerosa e protelatória qualquer perícia.

No tocante ao reconhecimento da prescrição aquisitiva, aduzem que as glebas são incertas e não estão individualizadas; que entre os condôminos proprietários existia dois menores de 16 anos, assim como, dois que estavam ausentes do Brasil, por estarem prestando serviços à União, e, em consequência, não corria a prescrição; que o imóvel foi adquirido por enfiteuse do município de Timbé do Sul, sendo que os bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião.

Por derradeiro, que os verdadeiros proprietários desejam atender a todas as exigências da lei, em relação ao fim social da propriedade.

Nas contra-razões recursais, argumentou-se que o genitor e sogro dos autores já havia vendido praticamente toda a gleba de terras ora reivindicada quando ainda vivo, sen-

do que a ação anulatória somente diz respeito às vendas posteriores ao seu falecimento.

II — Voto

Analisar-se-á os três fundamentos da decisão objurgada, os quais o presente recurso de apelação pretende rebater, separada e detalhadamente.

1. *Individuação da área*

Compulsando os autos, observa-se que a área objeto da ação reivindicatória está devidamente individualizada, conforme se constata nas peças exordiais de ambos os processos, nas quais se aponta as metragens e confrontações necessárias, capazes de identificar facilmente qual a área pretendida.

Deve-se notar que a individualização exigida pela legislação não precisa ser completa e absoluta, mas tão-somente capaz de localizar a mencionada área, possibilitando uma correta execução de sentença.

Sobre a individuação da coisa reivindicada, Paulo Tadeu Haendchen e Rêmolo Letteriello assim doutrinam:

“Nessa descrição não se exige precisão absoluta, porque, não estando ela mencionada no título dominial, não necessita ser rigorosamente medida. Ademais, pode o réu, no curso da lide, ampliar sua posse, o que é comum, além do que é muito difícil a medição da área ocupada. [...] Daí porque na descrição de parte do imó-

vel o que se exige é que o autor demonstre que a área ocupada está dentro de uma área maior, que lhe pertence. Essa área deve ser descrita, de acordo com os títulos de propriedade.

“A individuação da coisa também é importante na medida em que evitará futuros problemas na execução da sentença para a entrega do imóvel. É que o réu pode ampliar sua posse e ao depois opor embargos de retenção por benfeitorias, alegando que elas foram feitas de boa-fé e existiam antes da propositura da ação” (Ação reivindicatória: teoria e prática, 5ª ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 35 e 36).

A jurisprudência desta Corte corrobora com este entendimento:

“Embargos infringentes — Reivindicatória — Sentença parcialmente procedente — Inconformismo — Decisório de primeiro grau mantido — Individuação do terreno — Voto vencido — Conversão do julgamento para a realização de provas — Desnecessidade — Individualização da área reivindicada — Prova documental — Decisório de segundo grau mantido — Improvimento do recurso.

“Estando individualizada a área objeto da reivindicatória, inútil é a conversão do julgamento objetivando realizar prova pericial para aferir seus limites.

“A individuação exigida para o sucesso de reivindicatória de bem imóvel é aquela que delimita as confrontações do terreno de forma que se possa identificar sua extensão

dominial” (Embargos Infringentes n. 2002.010553-3, rel. Des. Monteiro Rocha, j. em 20-11-03).

“Ação reivindicatória. Carência da ação. Falta de individuação do bem. Inocorrência.

“A falta de individuação da coisa que se reivindica, suscetível de acarretar o insucesso da pretensão deduzida em juízo, caracteriza-se pela impossibilidade objetiva de se identificar a área litigiosa, dificultando a defesa do réu e impedindo a solução da lide” (Ap. Cív. n. 1999.018385-8, rel. Des. Silveira Lenzi, j. em 8-2-00).

Assim como desta relatoria e Câmara:

“São requisitos indispensáveis à propositura da ação reivindicatória, a prova do domínio do autor e a posse injusta do réu, aliadas à individuação correta do bem reivindicado, de modo a deixar fora de dúvida que o autor é o proprietário, em vista da presunção que milita em seu favor pela transcrição, para que se possa, na execução, entregar-lhe exatamente o que é seu” (Ap. Cív. n. 1999.020500-2, j. em 16-4-04).

Portanto, a descrição da área reivindicada feita nas peças iniciais, e corroboradas com os documentos anexados ao processo, cumpre perfeitamente a exigência legal.

2. Prescrição aquisitiva

2.1 Lapso temporal

Sabe-se que dentre as condições à aquisição da propriedade imó-

vel mediante usucapião extraordinário, o art. 550 do Código Civil de 1916 previa, além do decurso de vinte anos, ininterruptamente, a posse pacífica, com o *animus domini* da propriedade.

Retira-se do parecer do Promotor de Justiça de primeiro grau:

“Os requeridos apresentaram documento que levaram a registro (posteriormente anulados) na data de 2 de abril de 1970. A ação foi ajuizada em 21 de março de 1990, portanto em prazo inferior a vinte anos. Entretanto, o que se deve esclarecer é desde quando data a posse para comprovação de usucapião extraordinário. Saliendo que não há se falar em usucapião ordinário, pois ausente justo título. As testemunhas não comprovam o lapso temporal de exercício da posse; entretanto, os documentos acostados aos autos, principalmente aqueles de fls. 118 a 223, nos dão certeza de que a posse vinha sendo exercida desde a década de 50”.

Assim, havendo comprovação documental que a posse é exercida desde os idos anos 50, observa-se claramente que, além de estar caracterizada a posse vintenária, o ajuizamento da ação anulatória em 1980 não alteraria o prazo prescricional de aquisição.

2.2 Interrupção e suspensão da prescrição

Alegam os recorrentes que entre os condôminos proprietários existiam dois menores absolutamente incapazes, além de outros dois que se encontravam ausentes do Brasil, prestando serviços à União.

Obrigatoriamente, *in casu*, deverá ser analisado quem pode invocar a prescrição ou sua interrupção e suspensão.

Ulderico Pires dos Santos assevera que:

“Sobre quem pode invocar a prescrição o Código Civil não deixa dúvida: somente às partes a quem ela aproveita é assegurado o direito de argüi-la.

“Ademais, como se sabe, a prescrição é instituto de direito estrito. Portanto, além de só ser aplicável nos casos em que a lei estabelece, somente pode ser invocada pelas partes, posto que não admita interpretação extensiva e o seu reconhecimento implique em extinção de direito.

“O assistente, por exemplo, por não ser titular do direito, não pode invocar a prescrição, ainda que o art. 52 do Código de Processo Civil lhe confira poderes iguais ao do assistido” (Prescrição: doutrina, jurisprudência e prática, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 19 a 20).

Aldyr Dias Viana ressalta:

“Conforme o art. 162, a alegação de prescrição compete a quem ela aproveita. Este é outro pressuposto da prescrição: ela só pode ser argüida por quem ela aproveita. E essa pessoa é a parte a favor de quem a prescrição corre, pessoa natural ou jurídica, o herdeiro dessa pessoa, seu sucessor, cessionário, legatário, credor, fiador; o co-devedor em obrigação solidária, o co-devedor em obrigação indivisível.

vel, o obrigado à prestação de evicção, o fideicomissário” (Da prescrição no direito civil brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 105).

No presente caso, denota-se que uma das pessoas intituladas como menor, até 1978, Jussara Neli Campos de Brito, atualmente é advogada e veio aos autos em várias oportunidades, e em nenhum momento argüiu a interrupção da prescrição aquisitiva.

Poderia uma terceira pessoa sobrepurar os próprios interesses da interessada, a qual deveria argüir mas não o fez, sendo inclusive advogada e sabedora do instituto.

Assim como, em relação aos demais, somente os seus herdeiros poderiam argüir a prescrição em seu favor, e não terceiros, os quais, *in casu*, não podem ser enquadrados como co-obrigados.

2.3. Prescrição aquisitiva de imóveis públicos

A área reivindicada é proveniente de um imóvel enfiteutico, do qual o senhorio direto é o município de Timbé do Sul.

Na enfiteuse, conforme o art. 678 do Código Civil de 1916, o proprietário atribui a outrem somente o domínio útil, ou seja, permanece como nu-proprietário.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica no sentido de que é possível usucapir o domínio útil de imóvel enfiteutico, desde que o réu não seja o Poder Público.

“Admissível o usucapião quando o imóvel já era foreiro e a constituição da enfiteuse em favor do usucapiente se faz contra o particular até então enfiteuta e não contra a pessoa jurídica de direito público que continua na mesma situação em que se achava, ou seja, como nua-proprietária. Precedentes do STF e STJ” (REsp n. 154123/PE, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 4-5-1999).

“Possível o usucapião relativamente ao chamado domínio útil, quando a pessoa jurídica de direito público tem apenas a nua-propriedade e a prescrição aquisitiva refere-se ao chamado domínio útil de que é titular um particular” (REsp n. 10.986/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro).

O Supremo Tribunal Federal também tem o mesmo entendimento, como pode ser visto nas RTJ 87/506, 83/155 e 87/508.

Ante o exposto, sendo possível o usucapião do domínio útil, não sendo possível terceiros argüirem suspensão da prescrição e havendo a comprovação dos requisitos necessários, não resta outra possibilidade senão reconhecer a prescrição aquisitiva.

3. Fim social

Inicialmente, extrai-se um trecho do parecer do Promotor de Justiça:

“Não seria justo que hoje, mais da metade do Município de Timbé do Sul fosse parar nas mãos de uma só família, sendo incalculáveis os prejuízos que advirão em caso de procedên-

cia da ação. Diversos atos jurídicos acabados ocorreram, com várias transações imobiliárias, sendo que acima de tudo devemos observar os fins sociais a que se destina a lei, bem como o Direito como um todo. Gastão de Brito faleceu em 1953 e somente em 1990, quem sabe alguns anos antes, preocupou-se a família Brito, em reaver suas terras, sendo que os fatos envolvendo as transferências anteriores não restaram bem esclarecidos. Em síntese, nomeado um representante para o Sr. Gastão de Brito, seja por mandato ou qualquer outro documento, diversas transações imobiliárias foram realizadas, sendo que o Judiciário somente as declarou inaproveitáveis, haja vista o seu falecimento.

“Não se vislumbrou em nenhum momento a ocorrência de qualquer vício do ato jurídico, ou até mesmo alguma nulidade, mas irregularidades no documento público de transferência da propriedade, decidindo-se no venerando acórdão juntado que, com o falecimento do outorgante, extingue-se o mandato, o que, por óbvio, é de lei. Ainda que a Lei n. 7244/84 haja sido revogada, sábias são as palavras contidas no seu art. 4º:

‘Art. 4º — O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum’.

“Da mesma forma, encontramos na Revista do Superior Tribunal de Justiça n. 19/461:

‘A interpretação das leis é obra de raciocínio, mas também de sabedoria e bom senso, não podendo o julgador ater-se exclusivamente aos vocábulos, mas, sim, aplicar os princípios que informam as normas positivas’.

“O art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil prevê:

‘Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum’.

“Extrai-se do voto do Min. Sálvio de Figueiredo, em RSTJ 219/364:

‘O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil”.

Assim, deve-se perquirir se a mencionada área reivindicada cumpriu com o fim social almejado pela Constituição Federal em seus arts. 182, § 2º e 186, *caput*.

Culmina-se que o Judiciário sempre deverá buscar a decisão mais justa e equânime, levando em consideração os fins sociais da lei.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Izidoro Heil.

Florianópolis, 1º de abril de 2005.

Wilson Augusto do Nascimento,

Presidente, com voto;

Dionízio Jenczak,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.003061-3, DE CURITIBANOS

Relator: Juiz Sérgio Izidoro Heil

Apelação cível – Ação de usucapião extraordinária – Transferência da apelada de município, ante a contratação empregatícia do ex-marido – Imóvel concedido para fim residencial – Comprovação do animus domini pela esposa (apelada) – Precariedade da posse em face de pagamento de encargo locatício descaracterizada – Inexistência de provas acerca do valor e do lapso temporal – Abandono do imóvel configurado – Corolário do princípio da função social da propriedade estampado no art. 5º, XXII e XXIII, da CF/88 – Exegese do artigo 550 do CC/16 – Imprescindibilidade da posse mansa e pacífica, do animus domini e do lapso temporal de 20 (vinte) anos ininterruptos – Condições sine qua non preenchidas – Farto suporte probante – Possibilidade da aquisição – Recurso desprovido.

Recurso adesivo – Majoração dos honorários advocatícios – Quantum deficiente – Espeque no art. 20, § 4º, do CPC – Atenção às alíneas descritas no § 3º do mesmo dispositivo – Assente constitucional do art. 133 – Recurso provido.

Da perfunctória leitura do texto do art. 550 do CPC, infere-se a exigência dos seguintes requisitos: a posse sem oposição, ou seja, mansa e pacífica, o lapso temporal, que é o decurso do prazo de 20 (vinte) anos ininterruptos, e o animus domini, que é a intenção do possuidor de ter a coisa como se dono fosse. Portanto, restando cumpridas as hipóteses descritas no dispositivo legal, é medida que se impõe a declaração da propriedade em favor do usucapiente.

O pagamento de alguns encargos tributários, por um curto lapso temporal, não possui o condão de afastar a caracterização de abandono do imóvel, pois, como é sabido, detém o animus domini aquele que cuida, mantém e conserva o imóvel como seu, além da exegese do princípio da função social da propriedade, assentado na Carta Política de 1988.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.003061-3, da comarca de Curitibaanos (2ª Vara), em que são apelantes e apeladas Aléssio Barcella & Cia. Ltda. e Teresinha Gomes da Rosa:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer dos recursos para negar-lhe provimento ao principal e dar-lhe provimento ao recurso adesivo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Teresinha Gomes da Rosa ajuizou ação de usucapião extraordinário de terras particulares contra Aléssio Barcella & Cia. Ltda. e Teresinha Barcella & Filhos Ltda. alegando, em resumo, que: ela e seu ex-consorte, há mais de 30 (trinta) anos, foram convidados pela empresa Madeireira Marcelinense S.A. para residirem em Curitibaanos/SC; o seu ex-marido foi a serviço da empresa levando consigo toda a família; uma das ofertas feitas foi a de passar para o seu nome o terreno e a casa destinada à moradia; a escritura ficou para ser outorgada em nome do casal, mas se passaram anos e a situação acabou no esquecimen-

to; o seu ex-marido abandonou o lar há cerca de 15 (quinze) anos, estando eles separados de fato desde então; desde a saída dele permaneceu no imóvel, totalizando mais de 30 (trinta) anos; nesse lapso temporal, sempre cuidou do bem, fez reformas na casa, cultivou hortas e efetuou construções sobre o terreno; detém a posse contínua e incontestada sobre o imóvel há mais de 20 (vinte) anos e, por isso, faz jus à declaração de seu domínio sobre este. Por fim, requereu a citação dos réus, dos confinantes do imóvel e, por meio de edital, de eventuais interessados; a intimação dos representantes da Fazenda Pública da União, do Estado e do Município, bem como a procedência do pleito, a fim de que seja declarado o seu domínio sobre o imóvel e a concessão da assistência judiciária gratuita (fls. 2 a 7). Juntou documentos (fls. 8 a 21).

Devidamente citadas, as rés contestaram sustentando, em síntese, que: a posse exercida pela autora está maculada de precariedade; inexistem o *animus domini* e o lapso temporal de 20 (vinte) anos; a autora exercia posse contratual do aludido imóvel, pois era decorrente da relação empregatícia do seu ex-marido e, ainda, a alegada promessa de doação jamais se concretizou; até meados da

década de 1980, quando seu marido abandonou o lar, pagou encargo locatício mensal; sempre arcaram com todas as despesas de taxas e impostos do imóvel. Ao final, pugnaram pela improcedência da pretensão exordial (fls. 43 a 50). Juntaram documentos (fls. 51 a 61).

As rés peticionaram ao Juiz requerendo a exclusão da empresa Teresinha Barcella & Cia. Ltda. do pólo passivo da demanda (fl. 95) e juntaram documentos (fls. 96 a 98). O pedido foi deferido, em audiência, pelo Togado singular, às fls. 102 a 105.

A autora propôs agravo retido em relação à ouvida de uma testemunha (fls. 109 e 110).

O MM. Juiz *a quo* reconheceu a usucapião extraordinária, declarando a propriedade do imóvel em favor da autora, condenando a ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 260,00 (duzentos e sessenta reais). Ainda, julgou improcedente a pretensão deduzida na medida cautelar em apenso, condenando a requerente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 200,00 (duzentos reais) (fls. 164 a 170).

Irresignada com o *decisum*, a ré apelou, reiterando os termos expendidos na resposta e aduzindo que todas as provas constantes nos autos são no sentido de que não houve o seu suposto abandono do imóvel, todavia reconhecido pelo Sentenciante. *In fine*, clamou pela reforma da decisão prolatada (fls. 175 a 185).

Houve contra-razões (fls. 192 a 197).

A autora recorreu adesivamente da sentença, pugnando pela majoração dos valores arbitrados a título de honorários advocatícios (fls. 199 a 202).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou no sentido de serem conhecidos ambos os recursos, desprovido o apelo principal e provido o recurso adesivo (fls. 214 a 221).

II — Voto

1 – Do recurso de apelação

As razões do presente recurso se fundam, essencialmente, no fato de a apelante sustentar que jamais abandonou o imóvel que fora declarado propriedade da apelada pela r. sentença.

Prima facie, incumbe registrar as exigências legais que devem, imprescindivelmente, ser preenchidas para que se logre êxito na obtenção da usucapião extraordinária, quais sejam, aquelas estampadas no artigo 550 do Código Civil de 1916, *in verbis*:

“Aquele que, por vinte anos sem interrupção, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para transcrição do registro de imóveis”.

Da perfunctória leitura do texto legal, infere-se a exigência dos seguin-

tes requisitos: a posse sem oposição, ou seja, mansa e pacífica, o lapso temporal, que é o decurso do prazo de 20 (vinte) anos ininterruptos, e o *animus domini*, que é a intenção do possuidor de ter a coisa como se dono fosse.

Impende consignar que os requisitos arrolados na aludida norma são condições *sine qua non* para o reconhecimento da aquisição de propriedade por meio da usucapião extraordinária.

Por oportuno, colhe-se das valiosas lições de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Usucapião extraordinária. Modo originário de aquisição da propriedade imóvel, a usucapião extraordinária ocorre pelo só fato da posse, preenchidos os demais requisitos da norma sob comentário (posse *ad usucapionem*). Decorrido o prazo o possuidor adquire a propriedade, extinguindo-se o domínio do anterior proprietário, bem como todos os direitos reais que eventualmente haja constituído sobre o imóvel. A cláusula de inalienabilidade, imposta por ato de vontade, não constitui impedimento para a consumação da usucapião extraordinária, porque não se exige que o prescribente tenha justo título: ele não adquire *do* antigo proprietário, mas *contra* ele” (Código civil anotado e legislação extravagante. 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: RT, 2003, p. 598).

De uma detida análise dos autos, infere-se que a apelada efetivamente exercia a posse do imóvel, objeto do presente embate, de maneira

mansa e pacífica, com *animus domini* e por lapso temporal superior a 20 (vinte) anos ininterruptos.

Todavia, o caso em apreço assenta diversas características peculiares, que devem ser apreciadas uma a uma.

A primeira delas se revela na suposta precariedade da posse da apelada. Sustenta a insurgente que a apelada foi residir no aludido bem em face da relação empregatícia que existiu entre o ex-marido desta e a Empresa Madeireira Marcelinense S.A., sendo que, para tanto, o casal pagava mensalmente um determinado valor, a título de “encargo locatício”.

O vínculo empregatício que havia entre o ex-consorte da apelada e a Empresa Madeireira Marcelinense S.A., com efeito, é fato incontroverso nos autos, pois asseverado e reconhecido pela própria apelada. No entanto, infere-se que o imóvel fora entregue em favor do casal, não com caráter açoitado em contraprestação de serviços pelo Sr. Marcelino Soares da Rosa para a sua aquisição, mas, sim, pelo fato concreto da sua contratação que acarretou, como corolário lógico, a sua transferência de município, bem como de toda a sua família.

Desse modo, ainda que logo após a mencionada transferência tenham sido cobrados valores, intitulados de aluguéis, não há falar em ajuste de contrato de locação entre o Sr. Marcelino Soares da Rosa e a empresa Madeireira Marcelinense S.A., até porque não há nenhum do-

cumento que faça prova nesse sentido.

Ainda, nessa senda, a promessa de doação feita pela empresa Marcelinense em favor do Sr. Marcelino se manifesta com obrigatoriedade a ser cumprida, perdendo, pois, o seu caráter de promessa, visto que este foi o pactuado entre as partes, ficando reforçada esta idéia após o ex-marido da apelada ter sido despedido, mostrando justo o cunho indenizatório. Se, posteriormente ao ajuste entabulado, a Empresa, ora insurgente, comprou a Empresa Madeireira Marcelinense S.A., assumiu todos os seus direitos e encargos, dentre os quais se insere o presente caso, não podendo alegar o seu desconhecimento ou se recusar a cumpri-lo.

Outrossim, não é de se olvidar que a multimencionada relação empregatícia envolvia o Sr. Marcelino Soares da Rosa e a empresa Madeireira Marcelinense S.A., sendo que a apelada sempre residiu no imóvel com *animus domini*.

Aliás, a própria testemunha, Eugênio Remor, arrolada pela insurgente e mencionada nas suas razões recursais (fl. 177), como a conhecedora do pagamento de aluguel, é quem corrobora o deslinde corretamente perfilhado pelo MM. Juiz *a quo*, pois idêntico ao que fora dado ao seu pai:

“[...] que esta empresa (Madeireira Marcelinense S.A.) foi adquirida pela outra empresa demandada; [...] que o pai do depoente também foi funcionário da referida empresa e nas

mesmas condições residia no imóvel da empresa, cujo imóvel foi doado a seu pai, através de escritura pública em 1982 [...]” (fl. 142).

A propósito, impõe-se o enxerto de uma digressão, a fim de analisar e já de plano afastar o agravo retido suscitado como preliminar nas contrarrazões da apelada, que tem por escopo repudiar o depoimento acima referido sob o argumento de que a testemunha é parte interessada no deslinde da causa.

Compulsando os autos, não se extrai nenhuma notícia que desabone a aludida testemunha, tampouco o depoimento prestado, além de este não atingir o ponto crucial do embate; *a contrario sensu*, roborou a tese da apelada.

Regressando ao *meritum causae*, pelas razões descritas, não há aventar a hipótese de precariedade da posse da apelada, pois restou notadamente demonstrado o lapso temporal de mais de 20 (vinte) anos, senão vejamos o seu fortalecimento pela coileita de prova testemunhal:

Do depoimento de José Albino de Moraes:

“Conheço a autora desde 1979, sendo que na ocasião eu era funcionário do INSS e seu marido ali trabalhava como vigia; [...] A partir de 1986 passei a vizinhar com a autora. *Sempre achei que a autora fosse dona do imóvel onde reside*. A autora está edificando uma obra que entendo ser uma casa nova. Anteriormente deve ter feito a manutenção da casa pois

do contrário a mesma teria caído em face dos anos que é utilizada. *Desconheço que a autora tenha sido procurada para fins do imóvel em questão; [...] Quando passei a vizinhar com a autora a mesma ali já residia; [...] Nunca ouvi dizer que o imóvel não fosse da autora [...]* (fl. 103) (sem grifo no original).

Da testemunha Regiane Germiniani:

“Conheço a *autora* sendo que a mesma *reside nesse local há aproximadamente trinta anos*. A mesma passou a ali residir porque seu marido trabalhava na Madeireira Marcellinense. Não me recorde a quanto tempo a empresa fechou. Posso afirmar que faz mais de dez anos. O marido saiu de casa após o encerramento das atividades da Madeireira, não tendo mais retornado. [...] *Desconheço tenha a autora sofrido alguma oposição ou que alguém tenha pedido para desocupar o imóvel; [...] Os vizinhos a respeitam como proprietária. A autora sempre manteve o imóvel tanto na casa como também cultiva hortaliças*. A mesma nunca se ausentou desse imóvel após ter ali estabelecido residência; [...] *Desconheço se a autora ou o marido pagavam aluguel desse imóvel [...]*” (fl. 104) (sem grifo no original).

In fine, confirmando os depoimentos prestados pelas testemunhas da parte apelada, arremata Eugênio Remor, testemunha da insurgente:

“[...] Que o imóvel doado pela empresa a seus pais foi utilizado para residência a partir de 1972, mais ou

menos, esclarecendo que a sua mãe ainda reside no mesmo imóvel; Que o imóvel de sua mãe confronta com o imóvel pretendido pela autora; Que quando seus pais passaram a residir no imóvel mencionado a autora e sua família já residiam no outro confrontante; Que não tem conhecimento sobre a existência de contrato escrito entre a autora ou seu marido com as empresas citadas; Que não sabe os valores da locação e nem se era firmado recibo em favor da autora [...]” (fl. 142).

No entanto, giza-se, apenas a título de elucidação, que, ainda que não restasse caracterizado o *animus domini* da apelada desde o início (transferência do seu ex-marido), este poderia ter advindo posteriormente ante a possibilidade de alteração do caráter da posse, conforme assente os entendimentos doutrinário e jurisprudencial pátrios:

“*Usucapião extraordinário. Mutação da natureza jurídica da posse. Possibilidade*. O usucapião extraordinário – CC/1916 550 (CC 1238) – reclama, tão-somente: a) posse mansa e pacífica, ininterrupta, exercida com *animus domini*; b) o decurso do prazo de vinte anos; c) presunção *juris et de jure* de boa-fé e justo título, ‘que não só dispensa a exibição desse documento como também proíbe que se demonstre sua inexistência’. E, segundo o ensinamento da melhor doutrina, ‘nada impede que o caráter originário da posse se modifique’, motivo pelo qual o fato de ter havido no início da posse da autora um vínculo locatício

não é embaraço ao reconhecimento de que, a partir de um determinado momento, essa mesma mudou de natureza e assumiu feição de posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono, e, por isso mesmo, com força ad usucapionem (STJ, 4ª T., REsp n. 154733/DF, rel. Min. César Asfor Rocha, v.u., j. 5-12-2000, DJU 19-3-2001)” (*op. cit.*, p. 601) (sem grifo no original).

Outra questão suscitada pela insurgente tange ao pagamento que efetuou de encargos tributários, acostando, para tanto, documentos às fls. 53 a 61, dos quais se depreende que efetivamente foram, por um curto espaço de tempo, por ela adimplidos.

Todavia, tal procedimento não possui o condão de afastar a caracterização do seu abandono, pois, como já fora pormenorizado, a apelada é quem providenciava a manutenção e conservação do imóvel, além de edificar algumas obras sobre este, e, isso tudo, porque o detém com *animus domini*.

Outrossim, importa trazer à baila o princípio da função social da propriedade que tem por escopo o crescimento da riqueza social, tendo em vista que os detentores de imóveis atuam em prol da coletividade, ou seja, ultrapassa os interesses privados aportando em interesses públicos que, salvaguarda, destacam-se em virtude dos primeiros.

O aludido princípio vem estampado nos incisos XXII e XXIII do artigo 5º da Carta Constitucional de 1988,

que dispõem, respectivamente: “É garantido o direito de propriedade” e “A propriedade atenderá a sua função social”.

Acerca do tema, José Carlos de Moraes Salles leciona:

“Todo bem, móvel ou imóvel, deve ter uma função social. Vale dizer, deve ser usado pelo proprietário, direta ou indiretamente, de modo a gerar utilidades. Se o dono abandona esse bem; se se descuida no tocante à sua utilização, deixando-o sem uma destinação e se comportando desinteressadamente como se não fosse o proprietário, pode, com tal procedimento, proporcionar a outrem a oportunidade de se apossar da aludida coisa. Essa posse, mansa e pacífica, por determinado tempo previsto em lei, será hábil a gerar a aquisição da propriedade por quem seja seu exercitador, porque interessa à coletividade a transformação e a sedimentação de tal situação de fato em situação de direito. À paz social interessa a solidificação daquela situação de fato na pessoa do possuidor, convertendo-a em situação de direito, evitando-se, assim, que a instabilidade do possuidor possa eternizar-se, gerando discórdias e conflitos que afetem perigosamente a harmonia da coletividade. *Assim, o proprietário desidioso, que não cuida do que é seu, que deixa seu bem em estado de abandono, ainda que não tenha a intenção de abandoná-lo, perde sua propriedade em favor daquele que, havendo se apossado da coisa, mansa e pacificamente, durante o tempo previsto em*

lei, da mesma cuidou e lhe deu destinação, utilizando-a como se sua fosse” (Usucapião de bens imóveis e móveis. 5ª ed., São Paulo: RT, 1999, p. 36 e 37) (sem grifo no original).

Por oportuno, traz-se excerto do Termo de Depoimento da apelada:

“[...] Na época a empresa prometeu que iria indenizar os empregados fazendo doação das casas ocupadas, o que não ocorreu. *Eu permaneci no imóvel como se fosse meu, sendo que ninguém reclamou até hoje.* Há quatro anos aproximadamente fiz uma reforma na casa tendo em vista que suas condições eram precárias. *Nunca paguei o IPTU, sendo que também nunca houve cobrança. Luz, água e telefone estão no meu nome desde a época em que a Madeireira terminou [...]*” (fl. 105) (sem grifo no original).

Convenientemente se invoca a lição, sempre bem-vinda, de Orlando Gomes:

“Na usucapião extraordinária, a boa-fé e o justo título presumem-se. Aquele que, por vinte anos, se a coisa for imóvel, e por cinco, se móvel, possui-la como sua, sem interrupção nem oposição, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé. Decorrido o prazo, pode requerer ao juiz que o declare proprietário da coisa” (Direitos reais. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 169).

Por todo o exposto, tem-se que razão não assiste à apelante, pois comprovados os requisitos entabulados no art. 550 do CC/1916.

2 – Do recurso adesivo

Verifica-se que a apelada autora, igualmente irresignada com o r. *decisum*, interpôs recurso adesivo tão-somente para que sejam majorados os valores fixados em R\$ 260,00 (duzentos e sessenta reais) e R\$ 200,00 (duzentos reais), respectivamente, na ação principal e na cautelar, a título de honorários advocatícios.

Contudo, o que se infere do presente caso é que não houve condenação na *actio* principal, uma vez que a demanda deflagrada se trata de ação meramente declaratória e a cautelar incidental foi julgada improcedente, implicando, pois, na aplicação do § 4º do art. 20 do CPC, que dispõe que, 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 equitativa do juiz, atendidos os seguintes requisitos: a) grau de zelo do profissional; b) lugar de prestação do serviço; c) natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Nesse norte, tem-se que o § 4º do artigo 20 remete, para a fixação equitativa dos honorários advocatícios pelo juiz, como parâmetro, às alíneas dispostas no § 3º do mesmo dispositivo, no entanto em momento algum faz alusão ao limite entabulado no *caput*, qual seja, entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento).

Oportunamente, traz-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Honorários advocatícios. Embargos de devedor. Procedência. Para fixar os honorários advocatícios do patrono do embargante que obtém ganho de causa, *o Juiz não está obrigado a atender aos limites de 10% e 20% sobre o valor da condenação, que não existe, nem sobre o valor da causa, que não está indicado na lei como parâmetro*. Art. 20, § 4º, do CPC. Recurso não conhecido” (REsp n. 218511/GO, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar) (sem grifo no original).

Assim, caberá ao Magistrado sentenciante analisar e, como visto, fixar equitativamente o valor devido a título de honorários advocatícios, sopesando os critérios antes declinados.

É desta colenda Câmara que se colhe:

“Nas causas em que não houver condenação, deve ser observado o disposto no § 4º do art. 20 do Diploma Instrumental Civil, atendidas as normas das alíneas do § 3º do mesmo artigo, utilizando-se o julgador do critério da equidade, a fim de remunerar condignamente o trabalho exercido pelo causídico” (Ap. Cív. n. 2002.001079-0, de Blumenau, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 10-9-2004).

Não obstante, deve ressaltar-se que o advogado, consoante preceitua o artigo 133 da Constituição Federal, “é indispensável à administração da justiça”, sendo que os honorários de-

vem remunerar, de maneira coerente, o trabalho exercido por este profissional.

Denota-se, portanto, que levados em consideração os critérios estabelecidos pelo *Codex Instrumentalis* e o trabalho desempenhado pelo nobre procurador da apelada, que cumpriu honrosamente com as suas atribuições, atuando com austeridade, comparecendo em todos os compromissos que lhe eram atribuídos e respeitando os prazos legais, o *quantum* arbitrado pelo Magistrado *a quo*, R\$ 260,00 (duzentos e sessenta reais) e R\$ 200,00 (duzentos reais), notadamente, mostrou-se aquém de uma digna remuneração.

Nesses termos, a fim de que os honorários advocatícios atinjam a sua finalidade, estes são fixados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) na lide principal e R\$ 500,00 (quinhentos reais) na cautelar incidental, totalizando R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Pelas razões declinadas, os recursos são conhecidos, sendo desprovido o de apelação e provido o recurso adesivo.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, à unanimidade, conheceu dos recursos para negar provimento ao principal e dar provimento ao recurso adesivo.

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

Marcus Tulio Sartorato. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer a Exma. Sra. Dra. Gladys Afonso.

Florianópolis, 3 de junho de 2005.

Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente, com voto;
Sérgio Izidoro Heil,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.008352-8, DA CAPITAL

Relator: Juiz Sérgio Izidoro Heil

Apelação cível – Ação de cobrança de seguro – Contrato em grupo – Acometimento de doença incapacitante para atividades laborais – Aditivo contratual restritivo de direito – Cláusula iníqua para os consumidores que não tiveram ciência da restrição – Cobertura securitária evidente – Ausência de aviso de sinistro que não exige a seguradora do pagamento – Prova inequívoca da manifestação de doença – Aposentadoria pelo INSS – Prescindibilidade de produção de prova complementar – Indenização devida – Cerceamento de defesa inocorrente – Conjunto probatório eficiente para o deslinde da questão – Prescrição anual, com termo inicial na contestação da seguradora – Ciência do segurado acerca da recusa ao pagamento – Revelia da seguradora confirmada – Inteligência do art. 191 do CPC aplicável somente aos atos posteriores à formação da relação jurídico-processual litisconsorcial – Inocorrência no caso vertente – Apelo provido – Inversão dos ônus da sucumbência – Honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, com fulcro no art. 20, § 3º, do CPC – Desprovimento do recurso adesivo.

“A falta de comunicação do sinistro, ou o atraso na informação, por si só, não isenta a seguradora do pagamento da indenização, pois incumbe a ela comprovar a fraude ou má-fé do segurado e, ainda, que, se houvesse ocorrido o comunicado em tempo hábil, teria condições de evitar ou minorar as consequências” (Ap. Cív. n. 2001.009125-9, rel. Des. Mazoni Ferreira).

“O benefício do prazo em dobro conta-se a partir do momento em que a dualidade de profissionais se verifica em relação

aos litisconsortes, ainda que no curso de prazo processual. Nessa hipótese, a duplicação que se deve conceder é a do prazo faltante” (Luiz Fux).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.008352-8, da comarca da Capital (4ª Vara), em que são apelantes e apelados Emanuel Agostinho Coelho e Santa Catarina Seguros e Previdência S. A.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer dos recursos para dar provimento ao apelo, condenando a seguradora ao pagamento da indenização por acometimento de doença incapacitante para o labor, invertendo-se os ônus da sucumbência e fixando os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, e negar provimento ao recurso adesivo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Emanuel Agostinho Coelho ajuizou ação de indenização e cobrança contra Fundação Casan – Fucas e Santa Catarina Seguros e Previdência S.A. alegando, em síntese, que: foi admitido pela primeira ré e aderiu ao plano de seguro de vida em grupo oferecido pela segunda ré, com vigência compreendida entre 1º-5-98 e 30-8-99, contando com cobertura por invalidez permanente total ou parcial por doença; em 4-5-99, foi constatado que

fora acometido de doença que o incapacitou permanentemente para o trabalho; a seguradora se recusou ao pagamento da indenização devida sob o argumento de que já estava usufruindo da aposentadoria por tempo de serviço no INSS; foi informado pela Fucas, em setembro de 2000, que deixaria de sofrer o desconto mensal em folha relativo ao pagamento do seguro, porém não seria reembolsado do montante já pago, tendo em vista que usufruía a cobertura durante o tempo em que pagou o prêmio correspondente. Requereu a condenação das rés ao pagamento da indenização securitária na ordem de 31 (trinta e uma) vezes o montante dos benefícios percebidos pelo autor, na época em que fora deflagrada sua invalidez permanente (fls. 2 a 7).

Devidamente citada, a Fundação Casan apresentou contestação, argüindo, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva (fls. 54 a 70), requerendo a extinção do processo por carência de ação.

A preliminar foi acolhida, sendo determinada a citação da ré Santa Catarina Seguros e Previdência S.A. (fl. 121).

Citada, a ré apresentou sua resposta em forma de contestação, ventilando, preliminarmente, a nulidade de sua citação, a ausência de interesse processual do autor, a impossibilidade

de jurídica do pedido e a prescrição. No mérito, aduziu, em resumo, que: não fora informada do sinistro, não tendo havido oportunidade de avaliar o pedido de indenização, fato este que induz, inclusive, à perda deste direito; a cláusula de cobertura por invalidez foi subtraída da apólice a partir de 1º-1-99, tendo sido este fato acordado com a estipulante e regularmente notificado ao autor; o documento comprobatório da invalidez não há de ser considerado, havendo a necessidade de se efetuar uma perícia; a indenização é devida sobre o salário nominal do segurado e não sobre o valor bruto. Requereu o julgamento de improcedência da pretensão exordial, condenando-se o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios (fls. 154 a 174).

Sentenciando, o Magistrado monocrático decretou a revelia da ré e julgou improcedente o pedido, considerando que, à época do acometimento da doença, a apólice securitária já não incluía a cobertura invocada. Condenou o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais) (fls. 184 a 188).

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação, reafirmando os termos expendidos na inicial e acrescentando, em epítome, que: a contestação juntada aos autos pela ré é intempestiva, devendo ser aplicados os efeitos da revelia; a sentença deve ser considerada *ultra petita*, tendo em vista que se baseou em fatos que não foram trazidos a lume; foi cerceado no

seu direito de produzir as provas hábeis a demonstrar o seu direito; o julgamento foi *extra petita*, tendo em vista que, já no despacho de fl. 151, o julgador se referiu à defesa da seguradora ré, que ainda não tinha sido juntada aos autos; é inadmissível a condenação em honorários advocatícios, ante a inércia do defensor da ré, que apresentou contestação intempestiva. Pleiteou a anulação da sentença, a fim de que seja reaberta a fase probatória, com a possibilidade da produção das provas requisitadas para, ao final, ser julgada procedente a sua pretensão inicial (fls. 191 a 196).

O recurso foi contra-arrazoado (fls. 201 a 206) e, ato contínuo, apresentou a ré recurso adesivo, asseverando que: ao obter vista do processo, descobriu que estava sozinha no pólo passivo da demanda, dada a extinção do feito com relação à Fucas; diante disso, sua contestação restou intempestiva, sendo desconsideradas pelo Magistrado as preliminares argüidas em sua defesa, as quais, neste momento, devem ser apreciadas. Pugnou pela declaração de nulidade da citação para que, caso os autos venham a ser baixados para instrução, seja decretada a nulidade de todos os atos processuais que dependam da citação viciada (fls. 208 a 223).

II — Voto

Trata-se de ação de indenização securitária movida pelo segurado contra a seguradora em decorrência do acometimento de doença que lhe

incapacitou para o exercício de suas atividades laborais, sustentando que o pagamento devido não fora efetuado.

Inicialmente, a ação havia sido proposta contra Fundação Casan – Fucas e da Santa Catarina Seguros e Previdência S.A., sendo que a primeira ré foi excluída do processo à fl. 151, ante a sua ilegitimidade passiva.

Prosseguindo o feito, sobreveio a prestação jurisdicional, sendo declarada a revelia da seguradora e julgada improcedente a pretensão inicial, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Em face desta sentença se insurgem as partes.

a) Do recurso adesivo da seguradora

Insatisfeita com o *decisum*, Santa Catarina Seguros e Previdência S.A. interpôs recurso adesivo, sustentando, resumidamente, que não pode ser decretada a sua revelia, tendo em vista que, segundo consta no mandado de citação, existia um litisconsórcio passivo e, a teor do que dispõe o artigo 191 do Código de Processo Civil, o prazo para resposta deve ser concedido em dobro. Assim, alterca que foi induzida em erro pelo mandado judicial e, havendo sua contestação sido protocolizada no 22º (vigesimo segundo) dia do prazo, deve ser considerada tempestiva, considerando que, segundo a peça citatória, ser-lhe-ia deferido prazo de 30 (trinta) dias (pelo fato de mencionar a existência de um litisconsórcio passivo).

No entanto, razão não lhe assiste.

Com efeito, *mister* se faz salientar que, à época em que foi efetuada a citação da ora recorrente, não havia mais o pretensão litisconsórcio passivo, tendo em vista que o processo já havia sido extinto, por ilegitimidade passiva, relativamente à outra demandada (Fucas).

Se considerarmos que, no momento em que a relação jurídica processual se formou com relação à recorrente, o feito já havia sido extinto perante à Fundação Casan, há que se reconhecer que o litisconsórcio passivo não chegou a se formar, sendo inaplicável a regra, ao caso vertente, constante no artigo 191 do Código de Processo Civil.

Nessa linha, leciona Luiz Fux:

“O benefício do prazo em dobro conta-se a partir do momento em que a dualidade de profissionais se verifica em relação aos litisconsortes, ainda que no curso de prazo processual. Nessa hipótese, a duplicação que se deve conceder é a do prazo faltante” (Curso de direito processual civil. 2ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, p. 332) (grifou-se).

No caso em apreço, no momento da citação da recorrente já não existia outro procurador constituído nos autos, pois a primeira demandada não fazia mais parte da relação jurídica processual ora em comento.

Ainda, não merece ser acolhido o argumento de que o mandado

citatório induzira a recorrente em erro, mas resta evidente que esta tenta induzir o Juízo a uma desvirtuada interpretação da lei.

Além do mais, no momento em que foi juntado o instrumento de procuração aos autos, o procurador teve plena oportunidade de tomar ciência de que o processo contava apenas com um legitimado no pólo passivo, sendo, pois, de 15 (quinze) dias o seu prazo para contestação.

Não merece provimento, portanto, o recurso adesivo, confirmando-se a decretação da revelia.

b) Do recurso de apelação do autor

Em que pese a argumentação trazida em razões de apelação não se reportar diretamente ao mérito da questão, atacando, fundamentalmente, a validade da sentença, a teor do que dispõe o art. 515, § 1º, do CPC, “serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro”, por força do efeito devolutivo que acoberta a presente insurgência.

Tratando-se de matéria exclusivamente de direito, como no caso vertente, sendo prescindível – pelas razões a seguir demonstradas – a produção de provas, segundo o que dispõe o artigo 330, caberá, nessa oportunidade, o conhecimento direto do pedido do autor.

Assim, traz-se à baila a discussão acerca da indenização pleiteada,

antecipando-se que não merece guarida o pleito pela decretação de nulidade do *decisum*, que se refere, principalmente, ao cerceamento de defesa, e o julgamento *ultra e extra petita*.

A alegação de que o julgamento excedeu os fatos trazidos a Juízo, constituindo-se, assim, em *ultra petita*, não merece ser acolhida. Isso porque, em que pese haver o nobre Julgador monocrático considerado como operantes os termos do aditivo contratual, e conduzido à improcedência da pretensão exordial, esse entendimento não pode ser considerado como “não trazido a lume”. *Data venia*, o reconhecimento de validade ou invalidade de termos contratuais, nos moldes em que foi feito, é possibilidade conferida ao Juiz que, de ofício, pode conhecê-las. Assim, ainda que desconsiderando os termos da contestação, por intempestiva, o entendimento do Magistrado singular não feriu os limites estabelecidos para o seu conhecimento e atuação na demanda.

Quanto ao cerceamento do direito de produção das provas especializadas, requerido pelo apelante, tal como a pericial, não encontra consonância no caso vertente. *Ipso facto*, há de ser reconhecido como cerceado o direito de produção de provas quando estas poderiam, efetivamente, alterar o deslinde da questão. Não é o que se apresenta no caso *sub judice*. Conforme posteriormente se demonstrará, o julgamento de procedência da pretensão indenizatória se mostra inarredável, ainda que ausente a

prova pericial clamada. Isso porque, sabidamente, a indenização por invalidez pelo INSS tem presunção de veracidade e vincula a seguradora ao pagamento, sendo que este documento comprobatório não restou impugnado. Assim, a ausência de laudo técnico não tem o condão de interferir no julgado ora proferido por este órgão fracionário, não se mostrando razoável a anulação da sentença de primeiro grau para se determinar a reabertura da fase probatória.

Com referência à decisão de fl. 121, tachada de *extra petita* pelo apelante, desnecessárias maiores considerações, tendo em vista que a sua impugnação se mostra preclusa, não sendo mais matéria em análise.

Adentrando-se ao exame do mérito, inicialmente, *mister* se reportar à (in)validade do aditivo contratual que excluiu da apólice securitária a cobertura por invalidez permanente decorrente de doença.

Nessa linha, em caso análogo, este Relator já se manifestou no seguinte sentido:

“O segundo aspecto se refere à validade do aditivo contratual firmado entre a estipulante (Besc Clube, Segurança, Assistência e Cultura) e a seguradora apelada, o qual merece algumas considerações.

“Inicialmente, cumpre estabelecer a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso vertente. Isso porque inegável a relação de cunho consumerista que se assenta sobre os contratos de seguro.

“Partindo dessa premissa, mister se faz considerar como iníqua a cláusula constante no aditivo contratual, cujo teor tolhe o direito do consumidor em questão, o segurado.

“Com efeito, o consumidor goza de proteção contratual que se reflete, dentre outros, no dever de informação acerca do conteúdo dos pactos em que figura como interessado. Nesse norte, considerando que no caso em apreço, a cláusula restritiva de seu direito fora estabelecida de forma aditiva ao contrato de seguro de vida em grupo, do qual o apelante já era beneficiário há algum tempo, imprescindível para a validade desta a anuência expressa do segurado.

“Em que pese o termo aditivo haver sido formalmente concluído entre a seguradora e a estipulante (Besc), *sua eficácia se mostra restrita àqueles segurados que tiveram conhecimento prévio da alteração e com ela anuíram*. Inarredável, no caso, seria a necessidade de ampla e precisa informação acerca da cláusula restritiva para que os segurados (consumidores) pudessem manifestar a sua vontade acerca da continuidade da relação contratual, sob pena de a restrição imposta se tornar iníqua.

“A prova do conhecimento do apelante acerca desta restrição incumbia, a teor do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, à apelada, que se limitou a sustentar a validade do aditivo, tendo em vista os poderes concedidos pelos segurados à estipulante (Besc)” (Ap. Cív. n. 2005.000424-7, da Capital, j. 22-4-05) (grifou-se).

Dessa forma, inegável que para o segurado, ora apelante, não havendo sido feita a competente notificação de que o seu contrato de seguro seria alterado, suprimindo-lhe o direito de percepção de indenização por doença que o incapacitasse para o trabalho, a cláusula aditiva é iníqua, estando em plena vigência o contrato original entabulado.

Assim, restaria ao recorrente comprovar os requisitos atinentes à percepção do seguro indenizatório, por incapacidade laborativa, para ser determinado o seu pagamento.

Nessa linha, mister esclarecer que o direito do apelante não esbarra na ausência de provas técnicas ou testemunhais – razão, inclusive, pela qual se afastou a alegativa de cerceamento de defesa – tendo em vista que foi juntado aos autos comprovante de que o apelante fora aposentado pelo INSS em decorrência da doença adquirida. E, nesse particular, ressalta-se, a aposentadoria deferida pelo Instituto Nacional de Seguridade Social é prova hábil e suficiente para confirmar a incapacidade do beneficiário, cabendo, outrossim, à seguradora elidir a presunção que milita nesse sentido.

Acerca do tema, colhe-se dos julgados:

“[...] A aposentadoria por invalidez constitui prova hábil ao reconhecimento da incapacidade laborativa do segurado, posto ser consabido que a concessão do benefício é precedida por longo período de acompanhamento e exames. [...]” (Ap. Cív. n.

2002.004020-7, de Palhoça, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 30-4-03).

No mesmo norte:

“[...] Sendo concedida aposentadoria por invalidez, pelo INSS, a seguradora vincula-se ao pagamento do seguro no valor da apólice” (Ap. Cív. n. 2000.012680-2, de Joaçaba, rel. Des. Ruy Pedro Schneider, j. 6-11-01).

E ainda:

“[...] É consabido que o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS realiza exames médicos rigorosos para autorizar a concessão de aposentadoria por invalidez e, se esta foi concedida, é porque efetivamente a parte não possuía mais condições de continuar exercendo sua atividade laborativa usual” (Ap. Cív. n. 2004.025089-4, de Criciúma, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 26-11-04).

Outro fator que poderia servir de óbice à procedência da pretensão do autor apelante seria a ausência de aviso de sinistro. Acerca de sua necessidade, nos termos do contrato, para que possa ser efetuado o pagamento devido por parte da seguradora, dispõe a cláusula n. 16.1 da avença:

“Ocorrendo um sinistro que possa acarretar a responsabilidade da seguradora, deverá ser ele comunicado pelo segurado, seu representante ou pelos beneficiários dentro dos 30 (trinta) primeiros dias da data do sinistro, no formulário ‘Aviso de Sinistro’ ou em carta registrada ou telegrama dirigido

à seguradora ou a seu representante legal”.

Em que pese mostrar-se evidente que o apelante não comunicou o sinistro à seguradora, esse fato, por si só, não tem o condão de eximi-la do dever contratualmente assumido. Giza-se, o aviso de sinistro é o meio pelo qual a seguradora é comunicada da ocorrência de um evento para o qual o seguro foi contratado, servindo, tão-somente, para que, ciente do fato, providencie as medidas administrativas necessárias a efetuar o pagamento pactuado. Nesse contexto, pode-se afirmar com segurança que a não comunicação do evento danoso no prazo avençado, nos moldes admitidos pela seguradora, pode ser entendida como suprida pela citação na ação de cobrança movida pelo segurado, com a clara exposição dos fatos e comprovação documental eficiente.

A jurisprudência nesse sentido é bastante vasta:

“As cláusulas contratuais contidas nas condições gerais de seguro que obrigam o segurado a comunicar o sinistro, a entregar documentos relativos ao fato e a comunicar a contratação de outro seguro, somente tem o efeito de colocar o segurador a par do sucedido, para que tome providências e satisfaça as obrigações contratuais, não tendo efeito liberatório quanto ao pagamento da indenização, salvo a regra do art. 1.457, parágrafo único, do CCB” (Revista de Jurisprudência Brasileira 174/170).

No mesmo cerne, deste Sodalício:

“[...] A falta de comunicação do sinistro, ou o atraso na informação, por si só, não isenta a seguradora do pagamento da indenização, pois incumbe a ela comprovar a fraude ou má-fé do segurado e, ainda, que, se houvesse ocorrido o comunicado em tempo hábil, teria condições de evitar ou minorar as consequências” (Ap. Cív. n. 2001.009125-9, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 6-11-03).

Na mesma esteira:

“[...] A falta de comunicação do sinistro à seguradora somente gera a isenção da responsabilidade desta, quando comprovado que, acaso houvesse ocorrido o comunicado em tempo hábil, teria ela condições de evitar a eclosão do evento ou de diminuir-lhe as consequências. [...]” (Ap. Cív. n. 1997.002617-0, de Criciúma, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 27-5-97).

Destarte, não havendo nenhum indício de que o segurado esteja agindo de má-fé, assim como evidente que o aviso de sinistro não seria suficiente para que a seguradora impedisse ou atenuasse os danos ocasionados à saúde do apelante, pode-se dizer que, nesse caso, o aviso se afigura prescindível.

Ademais, a avença não prevê, como excludente expressa de desoneração, por parte da seguradora, a ausência do referido aviso, sendo este tratado como formalidade para deflagrar as providências administrativas cabíveis.

Sob esse aspecto, ainda, merece ser frisado que a pretensão do

apelante não se encontra prescrita, ao contrário do que, ainda que intempestivamente, contestou a apelada.

Apesar do acerto em considerar que as ações de cobrança movidas pelos segurados contra as seguradoras devem obedecer ao prazo prescricional anual, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, certo é que o termo inicial do decurso do prazo prescricional é o momento da ciência do segurado acerca da recusa da seguradora ao pagamento.

Nesse sentido, Carlos Vitor Maranhão de Loyola leciona:

“O prazo de prescrição da ação do segurado contra o segurador (art. 178, § 6º, II, do Código Civil) tem o seu termo inicial na data em que o segurado tomar conhecimento formal da causa geradora da lide, ou seja, da negativa da seguradora em pagar a indenização requerida administrativamente, atendendo-se ao princípio da *actio nata*” (Contratos de seguro. Curitiba: Juruá, 1990, p. 165).

No caso dos autos, não há prova do termo inicial do prazo prescricional – até mesmo pela ausência de aviso do sinistro – devendo, pois, este ser considerado como sendo a data do ajuizamento da ação, já que à Santa Catarina Seguros e Previdência cabia, à luz do art. 333, II, do CPC, comprovar quando efetivamente negou o pagamento do prêmio.

Outrossim, em face da resistência à pretensão do autor apresentada na peça contestatória, não há falar em carência de ação por falta de interes-

se de agir invocada pela seguradora. *Ipsa facto*, existindo um obstáculo à pretensão do autor, representado pela resistência da ré, inegável que há interesse de agir, conceituado por Humberto Theodoro Júnior como:

“O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual ‘se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais’.

“Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação ‘que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)’” (Curso de direito processual civil, vol. I, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 55 e 56).

Assentados estes aspectos referentes à pretensão do autor, ultrapassados os entraves que se opunham ao seu julgamento de procedência – em específico, a falta de aviso de sinistro, a prescrição, a invalidade do aditamento contratual e a (des)necessidade de realização de prova téc-

nica – inarredável o reconhecimento de que merece guarida o seu pleito, restando a apreciação do montante a ser pago pela seguradora em seu favor.

Nesse particular, imperioso se reportar aos termos da apólice securitária (fl. 98) que estabelece como indenizável, para casos de “invalidade total/parcial por doença”, o montante equivalente a 31 (trinta e uma) vezes o salário fixo do segurado.

Compulsando o demonstrativo acostado à fl. 23, vê-se que o salário fixo do segurado totalizava R\$ 2.047,80 (dois mil e quarenta e sete reais e oitenta centavos). Logo, sobre esse valor deverá ser calculado o *quantum* indenizatório.

Ainda, sobre este valor deve incidir a correção monetária desde a data do ajuizamento da presente ação (assim considerada como o momento do aviso de sinistro), bem como juros de mora a partir da citação, pela execução do art. 219 do CPC.

Por fim, no tocante ao pedido de exclusão da condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, em favor do patrono da apelada, tendo em vista a sua inegável revelia no processo, este se apresenta prejudicado, ante a reversão do julgamento.

Com efeito, havendo o acolhimento da pretensão inaugural, com a condenação da ré, os honorários são

devidos em favor do patrono do ora apelante, sendo que a verba honorária deve ser fixada com fundamento no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil. Nesse passo, os ônus da sucumbência são invertidos, fixando-se os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, com fulcro no referido dispositivo legal.

Pelas razões declinadas, os recursos são conhecidos, sendo provida a apelação e negado provimento ao recurso adesivo.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, à unanimidade, conheceu dos recursos, negando provimento ao adesivo e provendo a apelação, julgando procedente o pleito exordial e condenando a ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Marcus Túlio Sartorato.

Florianópolis, 13 de maio de 2005.

Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente, com voto;
Sérgio Izidoro Heil,
Relator.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2005.009045-1, DE SOMBRIO

Relator: Des. Ricardo Fontes.

Embargos infringentes — Ação de revisão de cédulas de crédito industrial — Pretendida prevalência do voto vencido, que sustentou o cabimento da capitalização mensal de juros — Possibilidade, uma vez que pactuada — Precedentes do STJ — Recurso provido.

“— A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à possibilidade de pactuação da capitalização mensal de juros nas notas e cédulas de crédito [...]” (STJ, REsp n. 664.948/SC, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 8-4-05).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2005.009045-1, da comarca de Sombrio, em que é embargante Banco do Brasil S.A., sendo embargada Geloko Alimentos Ltda.:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, a fim de autorizar a capitalização mensal de juros, fazendo prevalecer,

nesse aspecto, o voto vencido. Vencidos os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Fernando Carioni.

Custas de lei.

I — Relatório

Banco do Brasil S.A. interpôs, às fls. 369 a 373, embargos infringentes ao acórdão prolatado pela Segunda Câmara de Direito Comercial, em

que objetiva fazer prevalecer o voto vencido da lavra do eminente Des. Nelson Schaefer Martins, que defendeu a possibilidade da capitalização mensal de juros nas cédulas de crédito industrial, porquanto pactuada no caso vertente (fls. 320 a 322).

Sustentou o embargante, em suma, ser possível a capitalização mensal de juros nas cédulas de crédito industrial, à vista do preceituado no art. 5º do Decreto-Lei n. 413, de 9-1-69, bem como em virtude do disposto na Súmula 93 do STJ. À derradeira, pugnou pelo provimento do recurso e pela adequação dos consectários legais.

A embargada deixou transcorrer *in albis* o prazo para o oferecimento de contra-razões (certidão de fl. 377).

É o breve relatório.

II — Voto

(A) Do conhecimento do recurso

Com a redação dada pela Lei n. 10.352, de 26-12-01, em vigor a partir de 28-3-02 (§ 1º do art. 8º da LC n. 95, de 26-2-98, incluído pela LC n. 107, de 26-4-01), determina o art. 530 do CPC:

“Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os

embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

Tendo em vista que o acórdão rechaçado reformou, em grau de recurso, questão de mérito discutida na sentença, deve-se conhecer dos embargos infringentes, salientando-se, ademais, que “em matéria de direito processual civil (intertemporal), no concernente às hipóteses de cabimento de recurso, aplica-se a lei vigente ao tempo da publicação do acórdão que se pretende atacar e não aquela em vigor ao tempo da sessão de julgamento” (STJ, REsp n. 525.770/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 3-11-03).

(B) Do mérito

Com efeito, infere-se das cédulas de crédito industrial acostadas às fls. 82 a 87 (n. 92/03816-6) e 126 a 131 (n. 92/03765-8) que a capitalização mensal de juros restou convencionada nos títulos de modo expresso, *in verbis*:

“Encargos financeiros – [...] Sobre a média mensal dos saldos devedores diários do ‘Subcrédito B’ assim atualizada incidirão juros à taxa de 13,50 (treze inteiros e cinquenta centésimos) pontos percentuais ao ano [...]” (fl. 82).

“Encargos financeiros – [...] Sobre a média mensal dos saldos devedores diários do ‘Subcrédito B’ assim atualizada incidirão juros à taxa de 13,50 (treze inteiros e cinquenta centésimos) pontos percentuais ao ano [...]” (fl. 126).

Dispõe a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal – STF:

“É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.

Não obstante a redação desse enunciado, há possibilidade de capitalização de juros nas hipóteses em que exista previsão legal para tanto, como ocorre com as cédulas e com as notas de crédito rural (art. 5º do Decreto-Lei n. 167, de 14-2-67), industrial (art. 5º do Decreto-Lei n. 413, de 9-1-69) e comercial (art. 5º da Lei n. 6.840, de 3-11-80).

A Súmula 93 do STJ confirma esse posicionamento:

“A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros”.

Quando convencionada, neste contexto, válida é a capitalização mensal de juros, segundo já decidiu o STJ, *mutatis mutandis*:

“Recurso especial. Ação revisional. Contrato de abertura de crédito fixo. Notas de crédito industrial. Capitalização. Comissão de permanência.

“A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à possibilidade de pactuação da capitalização mensal de juros nas notas e cédulas de crédito [...]” (REsp n. 664.948/SC, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 8-4-05).

“Recurso especial. Ação declaratória. Nota de crédito industrial. Comissão de permanência. TBF. TR.

Capitalização mensal. Multa de 10%. Precedentes. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

[...]

“— A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à possibilidade de pactuação da capitalização mensal de juros nas notas de crédito comerciais [...]” (REsp n. 540.004/MS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 8-4-05).

“Processual civil. Cédula de crédito comercial. Juros. Possibilidade de capitalização mensal.

“I – ‘A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros’ (Súmula 93/STJ).

“II – Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 703.274/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 31-3-05).

“Embargos à execução. Cédula de crédito rural. Juros. Ausência de autorização do CMN. Limitação. Precedentes. Capitalização mensal dos juros. Possibilidade, nos termos da Súmula 93/STJ. Incidência da TR como fator de correção monetária. Súmula 295/STJ.

“Recurso especial parcialmente provido” (REsp n. 689.330/MS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 29-3-05).

Evidente, pois, a legalidade na capitalização mensal de juros nas cédulas de crédito industrial de fls. 82 a 87 e 126 a 131, na medida em que ajustada nos títulos mencionados.

Sem embargo da atribuição de provimento ao recurso vertente, não merece prosperar, por fim, o pleito concernente à readequação dos honorários advocatícios, um vez que não houve alteração significativa na sucumbência a ensejar a aplicação do art. 21, *caput*, do CPC.

III — Decisão

Em face do que foi dito, dá-se provimento ao recurso, a fim de autorizar a capitalização mensal de juros, fazendo prevalecer, nesse aspecto, o voto vencido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Salim Schead dos Santos, Nelson Schaefer Martins, Gastaldi Buzzi e Salete Silva Sommariva, e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Fernando Carioni.

Florianópolis, 8 de junho de 2005.

Alcides Aguiar,
Presidente, com voto;
Ricardo Fontes,
Relator.

Declaração de voto vencido do
Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos

Pelo meu voto, improsperáveis se faziam os embargos infringentes em tela, porquanto, segundo entendo, ainda que se trate de cédula de crédito industrial, a capitalização de juros há de ater-se à semestralidade.

É o que, aliás, resulta de uma análise detalhada do art. 5º do Decreto-Lei n. 413/69, quando preceitua:

“As importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros e poderão sofrer correção monetária às taxas e aos índices que o Conselho Monetário Nacional fixar, calculados sobre os saldos devedores de conta vinculada à operação, e serão exigíveis em 30 de junho, 31 de dezembro, no vencimento, na liquidação da cédula ou, também, em outras datas convencionadas no título ou admitidas pelo referido conselho”.

Discorrendo sobre o assunto, sustentou com inegável precisão o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi:

“A jurisprudência do STJ consolidou entendimento no sentido de que a legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite pacto de capitalização de juros. A questão é se pode ocorrer capitalização mensal ou apenas semestral.

“Dispõe o artigo 5º do Decreto-Lei n. 413/69 (aplicável, repita-se, quanto às cédulas de crédito comercial), de seu turno, que:

‘As importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros e poderão sofrer correção monetária às taxas e aos índices que o Conselho Monetário Nacional fixar, calculados sobre os saldos devedores de conta vinculada à operação, e serão exigíveis em 30 de junho, 31 de dezembro, no vencimento, na liquidação da cédula ou, também, em outras datas convencionadas no título ou admitidas pelo referido conselho’.

“Conclui-se que, a princípio, a capitalização dos juros deve ser calculada semestralmente, consideradas as datas de 30 de junho e 31 de dezembro (coincidentemente ou não as datas em que obrigatoriamente as instituições financeiras levantarão balanços gerais, nos termos do artigo 31 da Lei n. 4.595/65), em que pese a ressalva da possibilidade de exigência em outras datas convencionadas no título.

“Muito embora entendimentos diversos, após demorada decomposição do artigo 5º do Decreto-Lei n. 413/69, já transcrito, é possível a conclusão de que a capitalização de juros não deverá vir aquém da periodicidade semestral. É que se o legislador pretendesse deixar ao livre alvedrio do financiador a intermitência da capitalização, não indicaria a semestralidade, como fez; bastaria dizer que seriam juros capitalizados na forma e prazos acordados pelas partes.

“Assim, a possibilidade de serem outras datas convencionadas no título ou admitidas pelo referido Conselho (Conselho Monetário Nacional), nos termos daquele dispositivo legal, indica que os dias 30 de junho e 31 de dezembro não restam obrigatórios, mas devem servir de parâmetro para observância da semestralidade, não podendo ser pactuado pelas partes, financiador e financiado, prazo menor para a capitalização dos juros, nem mesmo através de resoluções ou circulares do conselho citado, já que estas não teriam força para negar vigência à lei ordinária.

“Nesse sentido, colhe-se precedente desta Terceira Câmara, relatado pelo subscritor desta: Apelação Cível n. 1997.011834-1, de Ponte Serrada, j. em 13-10-98” (Ap. Cív. n. 1999.004430-0, de Chapecó).

E assim ementou o mesmo insigne julgador, no acórdão proferido na Apelação Cível. n. 1997.011834-1, da comarca de Ponte Serrada:

“Embargos à execução. Cédula de crédito comercial. Incidência de comissão de permanência e capitalização de juros mensal. Impossibilidade.

[...]

“Nos termos do art. 5º do Decreto-Lei n. 413/69, a capitalização dos juros é semestral, não podendo, desta forma, que o banco a faça incidir mensalmente.

“Recurso desprovido”.

No mesmo sentido asseverou o saudoso Des. Eder Graf:

“Com relação à capitalização de juros, o recurso deve ser provido, porquanto é ela expressamente permitida na legislação pertinente.

[...]

“Contudo, *in casu*, essa capitalização há de ser semestral, nos moldes preconizados pelo Decreto-Lei n. 413/69, que dispõe sobre títulos de crédito industrial, o qual se aplica às cédulas de crédito comercial em face do que prescreve o art. 5º da Lei n. 6.840/80” (Ap. Cív. n. 1998.011649-0, de Braço do Norte).

Não divergindo, assinalou o colendo Tribunal de Alçada Civil do Rio Grande do Sul:

“Cédula rural pignoratícia. Capitalização de juros. A capitalização mensal de juros, tratando-se de Cédula Rural Pignoratícia, é indevida, uma vez que afronta o disposto no artigo 5º do Decreto-Lei n. 167/67 que, todavia, admite ocorra modalidade semestral” (EI n. 192.073.435, 1º Grupo Cível do TARGS, rel. Juiz Léo Lima, j. 12-9-93).

Em idêntico diapasão, acen- tuamos:

“Nas cédulas de crédito indus- trial, existente expressa autorização legal a respeito (art. 5º, DL n. 413/69), a capitalização de juros não incide no anatocismo condenado pela Lei de Usura. Essa capitalização, entretanto, há que se restringir à frequência se- mestral, tal como resulta da atual exe- gese que se vem emprestando ao re- ferido art. 5º” (Ap. Cív. n. 1999.021926- 7, de Coronel Freitas).

“EXECUÇÃO. Cédula de crédi- to industrial. Embargos parcialmente acolhidos. Inconformismo recursal manifestado por ambos os litigantes.

[...]

“IV — Capitalização de juros. Periodicidade semestral. Prática de periodicidade por prazo inferior. Impos- sibilidade.

“A capitalização de juros em cédulas de crédito, conquanto goze de permissão legal expressa, há que se ater à periodicidade semestral, veda- da a sua prática por período inferior. [...]” (Ap. Cív. n. 2002.011513-0, de Chapecó).

Destarte, na cédula de crédito em questão era, efetivamente, de ser admitida a capitalização de juros ape- nas na periodicidade semestral!

As expostas razões é que moti- varam a minha divergência da douta maioria!

Trindade dos Santos.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni

Divergi da douta maioria, acom- panhando a dissidência principiada pelo Exmo. Sr. Des. Trindade dos San- tos, a qual se encontra consignada nas razões lançadas às fls. 389 a 392, pe- dindo vênha para dela assentir, por ser o substrato do meu posicionamento.

Fernando Carioni.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.010678-5, DE URUSSANGA

Relator: Des. Salim Schead dos Santos

Agravo de instrumento. Ação de execução. Acordo. Parte desacompanhada de advogado. Irrelevância. Homologação. Suspensão do processo. Descumprimento. Prosseguimento da executória. Renúncia ao direito de opor embargos. Cláusula antijurídica. Ofensa ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Afastamento.

1. Para a homologação do acordo não há necessidade de que a parte esteja acompanhada de advogado, porquanto não constitui ato de postulação.

2. Contudo, “[...] não há como prevalecer acordo efetivado em face de processo de execução, no que respeita à renúncia do devedor em opor embargos, quando o próprio credor faz constar cláusula onde, em caso de descumprimento, o processo prosseguirá nos termos do contrato primitivo” (TJRS, Agravo de Instrumento n. 197253586, rel. Des. Luciano Ademir José D’Ávila, j. em 17-3-1998).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.010678-5, da comarca de Urussanga (Vara Única), em que é

agravante Metalúrgica Iany Indústria e Comércio Ltda., e agravado Banco do Estado de São Paulo S. A. – Banespa:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer e dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Metalúrgica Iany Indústria e Comércio Ltda. interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, objetivando a reforma da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da comarca de Urussanga que, nos autos da Ação de Execução n. 078.98.000671-3 proposta pelo Banco do Estado de São Paulo S. A. — Banespa, indeferiu os pedidos formulados pela agravante consistentes na declaração de nulidade dos atos praticados após as petições de fls. 24 a 27 e 28 a 31, com a emissão de novo mandado de penhora.

Alega que o agravado propôs ação de execução instruída com duas notas de crédito industrial no valor total de R\$ 38.743,77 (trinta e oito mil setecentos e quarenta e três reais e setenta e sete centavos), sendo efetuado acordo em 30 de junho de 1998, logo após a citação, no qual confessou valores referentes a outros títulos com o Banco agravado, totalizando o valor de R\$ 102.000,00 (cento e dois mil reais).

Salienta que somente em 20 de dezembro de 2000 pôde contar com a assistência de um advogado, razão pela qual não detinha capacidade processual para firmar acordo com o agravado.

Alega, também, que há vício insanável no acordo firmado entre as partes, sobretudo na cláusula em que a agravante renuncia o direito de opor embargos à execução, caso não satisfeita a obrigação, ferindo princípios e normas constitucionais.

Apontou, por fim, não ser possível a aferição do valor atual do débito, já que o demonstrativo constante não o determina precisamente e que o acordo foi firmado sem a presença de duas testemunhas.

Requeru o provimento do recurso para que seja reformado o *decisum* monocrático (fls. 2 a 16).

O efeito suspensivo almejado não foi concedido (fl. 105 a 107).

É o relatório.

II — Voto

1 – O recurso merece parcial provimento.

2 – Insurge-se a agravante contra a decisão que indeferiu os pedidos por ela formulados consistentes na declaração de nulidade dos atos praticados após as petições de fls. 24 a 27 e 28 a 31, diante do fato de que não estava representada por advogado.

3 – Quanto à alegada ausência de capacidade postulatória, razão não assiste à agravante.

4 – Para a homologação do acordo em juízo, não há necessidade de que a parte esteja acompanhada

de advogado, porquanto não constitui ato de postulação. Conforme destaca Nelson Nery Junior, “a capacidade postulatória é a aptidão para promover ações judiciais e elaborar defesa em juízo” (Código de processo civil comentado, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 312).

A propósito, colhe-se desta Corte:

“Execução. Acordo. Parte desacompanhada de advogado. Possibilidade. Homologação.

“Transigir não constitui ato de postulação. É ato negocial em que o patrocínio é dispensável. Apenas na fase postulatória é imprescindível a presença do advogado” (Agravado de Instrumento n. 98.006599-2, de São José, rel. Des. Francisco Borges, j. em 5-11-1998).

E mais:

“Execução – Extinção do processo – Homologação de acordo – Parte não assistida por advogado – Validade.

“Por se tratar de ato jurídico material, válida é a transação a respeito de questão *sub judice* realizada pela parte, sem o acompanhamento de advogado, desde que revestidas das formalidades legais’ (JB 111/173) [...]” (Ap. Cív. n. 51.587, de Papanduva, rel. Des. Newton Trisotto).

Ou ainda:

“Apelação cível. Anulação de ato jurídico. Homologação de transação no processo de execução. Extin-

ção. Ausência de demonstração de vício na manifestação de vontade que ensejou o negócio jurídico transacional. Alegação de vício em razão da ausência de intervenção de seu advogado na formação do instrumento de transação e perante a homologação no juízo. Desnecessidade. Recurso desprovido.

“Petição de acordo assinada pelo advogado do autor e pelo réu diretamente, sem a intervenção do advogado do último. Transação válida, em tese, que só poderá ser anulada em ação própria, provando-se a existência de vício que a torne nula ou anulável (STJ – Min. Assis Toledo) (Ap. Cív. n. 2000.001199-1, de Itajaí, deste Relator)” (Agravado de Instrumento n. 2004.009847-2, de Itajaí, rel. Des. Alcides Aguiar, j. em 3-2-2005).

5 – Desse modo, é válida a transação celebrada entre as partes, sem o acompanhamento de advogado, desde que revestidas das formalidades legais do ato.

6 – Por outro lado, a cláusula constante no instrumento de acordo em que a agravante renuncia o direito de opor embargos à execução, caso não satisfeita a obrigação, fere o princípio constitucional do livre acesso ao Judiciário.

7 – Colhe-se dos autos que a instituição financeira, ao formular o acordo, estipulou as seguintes condições:

“Em caso de inadimplemento de quaisquer das parcelas descritas nos itens 2 e 7 do presente acordo, as par-

tes darão por antecipadamente vencido e rescindido o mesmo, prosseguindo-se na presente ação e também nas demais mencionadas, pelo valor executado, deduzindo-se eventuais importâncias pagas pelos executados.

“Para a viabilização do presente acordo, os executados renunciam o direito de interposição de embargos e de qualquer recurso, concordando com a baixa concomitante de quaisquer ações conexas” (fl. 46).

8 – Ora, flagrante é o prejuízo da embargante no que concerne ao conteúdo dessas cláusulas. Muito embora não satisfeita a obrigação na sua integralidade, pretende a instituição financeira prosseguir na ação de execução diretamente nos atos expropriatórios, razão pela qual requereu a expedição de mandado de avaliação dos imóveis penhorados no presente feito em garantia do cumprimento do acordo.

9 – A continuidade do processo de execução diante do descumprimento do acordo formulado entre as partes, não pode impedir o devedor de acessar o Poder Judiciário, a fim de garantir a defesa de seus direitos, sob pena de afronta ao disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

“O princípio do acesso à justiça, também conhecido doutrinariamente como direito ao exercício de ação e de defesa, possibilita, a grosso modo, que todos os cidadãos compareçam em juízo para a defesa de direitos seus que julguem estarem sen-

do lesados ou ameaçados. Tal garantia constitucional está consagrada entre nós no artigo 5º, inciso XXXV, o qual dispõe que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’.

“Denota-se que tal princípio, em um marco democrático como o assumido pelo texto constitucional de 1988, deve ser entendido em sentido amplo, pois para efetivá-lo devem ser tomadas todas as medidas que facilitem o acesso ao Judiciário, daí a importância de legislações, entre outras, que garantem o auxílio judicial aos mais necessitados ou a não cobrança de custas daqueles comprovadamente carentes, sendo que a partir de 1988 os Estados devem implementar, em igualdade de condições com o Ministério Público, as chamadas Defensorias Públicas, como mais uma forma de ampliar as possibilidades de acesso à justiça” (Prates, Francisco de Castilho. Por uma perspectiva constitucionalmente adequada da Jurisdição e do Processo Constitucional em um paradigma democrático de Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 128, 11 nov. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4320>).

Nesse sentido, citam-se os seguintes precedentes do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Embargos à execução. Preliminar. Desistência de opor embargos. [...]

“Cláusula de acordo que prevê a desistência de acessar o Poder Judiciário é injurídica. Afronta ao art. 5º,

XXXIV e XXXV da CF” (Ap. Cív. n. 70003103447, rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Junior, j. em 23-4-2002).

“Processual civil. Processo de execução. Acordo não cumprido. Ineficácia.

“Não há como prevalecer acordo efetivado em face de processo de execução, no que respeita à renúncia do devedor em opor embargos, quando o próprio credor faz constar cláusula onde, em caso de descumprimento, o processo prosseguirá nos termos do contrato primitivo” (Agravado de Instrumento n. 197253586, rel. Des. Luciano Ademir José D’Ávila, j. em 17-3-1998).

10 – Por tais razões, absolutamente antijurídica é a previsão contida no acordo extrajudicial homologado em que a instituição financeira impõe a desistência do direito do devedor em opor embargos, cerceando a parte contratante de acessar livremente o Poder Judiciário.

11 – Ante o exposto, meu voto é no sentido de conhecer e dar parcial provimento ao recurso para anular o

processo a partir do despacho que determinou o prosseguimento da execução e determinar a renovação da intimação da penhora e o reinício do prazo para o oferecimento de embargos.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade, decidiu conhecer e dar provimento parcial ao recurso para anular o processo a partir do despacho que determinou o prosseguimento da execução e determinar a renovação da intimação da penhora e o reinício do prazo para o oferecimento de embargos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Ricardo Fontes.

Florianópolis, 17 de março de 2005.

Salete Silva Sommariva,
Presidente, com voto;
Salim Schead dos Santos,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.005370-0, DE BRUSQUE

Relator: Des. Salim Schead dos Santos

Agravo de instrumento. Execução. Contrato de abertura de crédito fixo. Exceção de pré-executividade. Rejeição. Exigibilidade do título. Demonstrativo do débito. Requisitos legais satisfeitos. Auto de penhora. Valor do bem. Desnecessidade. Ato atentatório à dignidade da Justiça. Inocorrência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2003.005370-0, da comarca de Brusque (2ª Vara Cível), em que são agravantes Villa Cecília Comércio e Confeções Ltda. ME e Maria Bernadete Boing de Souza Neves e Agostinho Boing e agravado Banco Itaú S.A.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer e dar parcial provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Villa Cecília Comércio e Confeções Ltda. ME, Maria Bernadete Boing de Souza Neves e Agostinho Boing contra a decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Brusque, nos autos da Ação de Execução n. 011.96.001180-4, que rejeitou a exceção de pré-executividade.

Alegaram, em síntese: a) que o contrato de empréstimo aparelhado por nota promissória teve sua finalidade desviada, uma vez que serviu para quitar saldo devedor pendente; b) o agravado não cumpriu com o previsto no art. 614, II, do Código de Processo Civil; c) excesso de garantia para liberação do empréstimo; d) a nulidade da execução por ausência de formalização do auto de penhora; e e)

a não configuração do ato atentatório à dignidade da Justiça.

Requereram o provimento do recurso (fls. 2 a 12).

Intimado, o agravado não apresentou contra-razões (fl. 68).

É o relatório.

II — Voto

1 – O recurso merece parcial provimento.

2 – Insurgem-se os agravantes contra a decisão de folhas 13 a 20, que rejeitou exceção de pré-executividade.

3 – Nulidade da execução

3.1 – Da exigibilidade do título executivo

3.1.1 — O contrato de empréstimo garantido por nota promissória acostado na inicial não se constitui em novação de débitos oriundos de saldo devedor de outros contratos.

Assim, não ficou demonstrada a existência de nulidade do título que aparelha a execução, de acordo com o art. 267, IV, do CPC.

No caso dos autos, observa-se que o objeto da execução é o contrato de empréstimo garantido por penhor mercantil (*Hot Money* — MERC), acompanhado por nota promissória, que está assinado pelos devedores e por duas testemunhas.

Dessa forma, a nota promissória caracteriza apenas um acessório ao contrato principal.

3.1.2 – Segundo o disposto no inciso II do art. 585 do Código de Processo Civil, são títulos executivos extrajudiciais:

“II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o *documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas*; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores [...]” (grifei).

3.1.3 – Por outro lado, ao contrário do que afirmaram os agravantes, não se trata de contrato de abertura de crédito rotativo, mas de contrato de abertura de crédito fixo.

3.1.4 – No caso, o contrato de fl. 58 e verso dispõe expressamente o valor do empréstimo (R\$ 9.000,00) e a data do resgate em 4-7-1995.

Ademais, percebe-se que o contrato em comento se caracterizou por um crédito em favor do correntista, sem ser estipulada outra finalidade.

Nesse sentido, já se decidiu:

“Contrato de abertura de crédito fixo. Executividade. Recurso desprovido.

“O contrato de abertura de crédito fixo, que possui valor certo e determinado, liberado de uma só vez e reconhecido pelo devedor, é título executivo extrajudicial, não se confundindo com o contrato de abertura de crédito em conta corrente, cujo valor depende da efetiva utilização do crédito posto à disposição do correntista, a ser apurado por lançamentos unilaterais

do credor” (AgRg no REsp n. 331558/SC, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 4-12-01).

“Contrato de Abertura de Crédito Fixo. Desvio de finalidade do empréstimo. Nulidade inócurren-te. A simples circunstância de ter sido o contrato de abertura de crédito fixo utilizado para obtenção de recursos aproveitados para quitar outros débitos não invalida o contrato nem lhe prejudica a executividade” (Ap. Cív. n. 70002326791, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, rel. Claudir Fidelis Faccenda, j. em 18-4-01).

3.1.5 – Salienta-se que o contrato de abertura de crédito fixo em exame não implicou novação da obrigação, conforme afirmaram os agravantes, uma vez que nada dispôs a respeito. No mais, para ocorrer a novação, é imprescindível o *animus novandi* das partes, o qual deve ser expresso no contrato.

3.1.6 – De fato, os agravantes se limitam a alegar o desvio de finalidade do contrato, sem, no entanto, provar, o que seria incumbência sua, nos moldes do inciso II do artigo 333 do Código de Processo Civil.

3.1.7 – Portanto, descabem os argumentos utilizados.

3.2 – Demonstrativo de débito

3.2.1 – Sustentam os agravantes a nulidade da execução, ante a ausência do demonstrativo completo da dívida, conforme prescrevem os artigos 614, inciso II, e 618, inciso I, ambos do Código de Processo Civil.

3.2.2 – Porém, no caso dos autos, verifica-se que o demonstrativo contábil foi apresentado pela instituição financeira no ajuizamento da execução (fl. 61), sendo suficiente para que o devedor possa apurar o montante da dívida e exercer seu direito de defesa, com a impugnação dos encargos que entende indevidos.

3.2.3 – Ademais, não ficou demonstrada a existência de tal nulidade, uma vez que o contrato de crédito fixo, garantido por nota promissória que instrui a inicial, é título executivo extrajudicial, conforme referido anteriormente.

A propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Os termos do título mais a planilha de cálculos são suficientes para apurar-se o montante do débito e admitir-se, como consequência, a validade, em tese, da execução” (REsp n. 432.836/SC, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 24-9-2002).

E, desta Corte, colhe-se o seguinte aresto:

“Execução. Contrato de abertura de crédito fixo. Inconfundibilidade com contrato de abertura de crédito da espécie rotativa. Extinção da executória. Sentença insubsistente. Anulação. Recurso, para tanto, provido.

“Os contratos de abertura de crédito fixo, firmados pelo devedor e por duas testemunhas, implicando no reconhecimento do pagamento de valor determinado, amoldam-se à perfeição aos parâmetros do art. 585, II,

do Código de Processo Civil, sendo, portanto, executáveis” (Ap. Cív. n. 1999.019190-7, de São Domingos, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 2-12-1999).

3.2.4 — Diante da ausência de provas do alegado, não há como julgar extinta a ação de execução.

3.3 - Nulidade do auto e excesso de penhora

3.3.1 – Alegam os agravantes a nulidade do auto de penhora quanto à ausência de atribuição de valor aos bens penhorados e o restabelecimento do prazo para apresentação de embargos à execução.

3.3.2 – Contudo, verifica-se dos autos que foram preenchidos os requisitos estabelecidos pelo art. 665 do CPC, porquanto houve a descrição dos bens procedida pelo oficial de justiça, conforme fl. 53.

Segundo dispõe o art. 665 do CPC, o auto de penhora conterá:

“I – a indicação do dia, mês, ano e lugar em que foi feita;

“II – os nomes do credor e do devedor;

“III – a descrição dos bens penhorados, com os seus característicos;

“IV – a nomeação do depositário dos bens”.

3.3.3 – Assim, improcede a alegação de que a ausência do valor geraria dúvida quanto à penhora, posto que o eventual excesso de penhora poderia ser levantado por petição nos

autos após a intimação da avaliação dos bens, o que ainda não ocorreu.

3.3.4 – Ademais, constata-se que a pretensão dos agravantes é a de restabelecimento do prazo para apresentação de embargos à execução, o que, contudo, já foi esclarecido nos autos — a sua intempestividade.

4 – Ato atentatório à dignidade da Justiça

4.1 – O douto Magistrado de primeiro grau condenou os ora agravantes ao pagamento de multa de 10% sobre o valor atualizado da dívida, referente à pena de litigância de má-fé, nos moldes dos artigos 600 e 601, todos do Código de Processo Civil.

Data venia, não vislumbro nenhuma das hipóteses do art. 600 do CPC. Vejamos:

“Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do devedor que:

“I – frauda a execução;

“II – se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

“III – resiste injustificadamente às ordens judiciais;

“IV – não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução”.

Ao suscitar a exceção de pré-executividade, utilizando-se de argumentos que à época eram considerados válidos por corrente da jurisprudência, os agravantes agiram dentro dos limites da ampla defesa, razão pela qual deve ser excluída a presente condenação.

5 – Ante o exposto, meu voto é no sentido de conhecer e dar parcial provimento ao recurso para afastar a pena de litigância de má-fé.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade, decidiu conhecer e dar parcial provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Ricardo Fontes.

Florianópolis, 30 de junho de 2005.

Salete Silva Sommariva,
Presidente, com voto;
Salim Schead dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.011028-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Salim Schead dos Santos

Apelação cível. Busca e apreensão. Compra e venda com reserva de domínio. Liminar deferida. Veículo apreendido. Exceção de incompetência. Procedência. Prazo contestatório. Suspensão. Remessa dos autos ao juízo competente. Reinício do prazo. Intimação da parte. Ausência. Revelia não caracterizada. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Sentença cassada.

“Em ação de busca e apreensão respaldada em ajuste de compra e venda com reserva de domínio, o ajuizamento, pela vedora, de exceção declinatoria fori suspende a fluência do prazo contestatório. Acolhida a exceção, com a remessa dos autos ao foro do domicílio da demandada, o reinício do prazo de defesa condiciona-se à ciência inequívoca da excipiente acerca da aceitação da competência, implícita ou explícita, do juízo declinado. Ausente intimação a respeito, vedado é ao Juiz competente decretar a revelia da acionada e, com base nessa revelia, ditar a procedência da ação” (Ap. Cív. n. 2002.006828-0, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 13-6-2002).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.011028-8, da comarca da Capital (4ª Vara), em que é apelante Paulo Pereira Rios e apelada Volkswagen Serviços S. A.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para cassar a r.

sentença e determinar o retorno dos autos à Comarca de origem para que, intimado o réu, retorne a fluir o prazo contestatório.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Volkswagen Serviços S. A. ajuizou ação de apreensão e depósito de coisa vendida com reserva de domí-

nio c/c pedido liminar contra Paulo Pereira Rios, aduzindo ser credor da quantia de R\$ 26.932,06 (vinte e seis mil novecentos e trinta e dois reais e seis centavos), relativa ao contrato de compra e venda de veículo, tendo como objeto um automóvel Volkswagen, modelo Golf GL, ano 1995, firmado em 1º-3-1996, a ser saldado em 24 (vinte e quatro) prestações mensais.

Requeru seja concedida *in limine* a apreensão do veículo e, ao final, seja julgado procedente o pedido, consolidando-se a posse e propriedade em mãos do requerente

A liminar foi deferida.

Em 10 de dezembro de 1999, foi realizada a apreensão do veículo, sendo o réu citado no mesmo ato.

Ato contínuo, opôs exceção de incompetência relativa, em 25 de janeiro de 2000, a qual foi julgada procedente, determinando o MM. Juiz da 10ª Vara Cível da comarca de Curitiba/PR a remessa dos autos à comarca da Capital/SC, local de cumprimento da obrigação e foro de domicílio do réu.

Recebidos os autos e certificada pela Escrivã a ausência de contestação, o MM. Juiz de Direito decretou a revelia e decidiu antecipadamente a lide, julgando procedente o pedido, com a consolidação do autor na posse e propriedade do veículo. Condenou, ainda, o réu, ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado, estes fixados em R\$ 600,00 (seiscentos reais), com base no § 4º do art. 20 do CPC (fls. 109 a 115).

Irresignado, apelou o réu, arguindo, preliminarmente: a) irregularidade de representação do advogado do autor; b) inobservância do § 1º do art. 1.071 do CPC; e c) cerceamento de defesa pela ausência de intimação da chegada dos autos à comarca da Capital/SC, uma vez que, oposta exceção de incompetência, houve a suspensão do prazo para oferecimento da contestação, sendo que só voltaria a correr a partir da intimação da chegada dos autos, o que, *in casu*, não ocorreu. Requeru a nulidade da sentença e o retorno dos autos, a fim de ser intimado para oferecer a peça contestatória (fls. 118 a 128).

Com as contra-razões (fls. 138 a 143) os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

II — Voto

1 – O recurso é tempestivo, porquanto foi protocolado em 27-11-2000 (fl. 118v.), mesma data do recolhimento do preparo (fl. 131). A intimação foi efetivada em 13-11-2000 (fl. 117v.), dando início ao prazo recursal, findo em 28-11-2000.

2 – O recurso merece provimento.

3 – Insurge-se o apelante contra a r. sentença que decretou a revelia e decidiu antecipadamente a lide, julgando procedente o pedido, com a consolidação do autor na posse e propriedade do veículo objeto do contrato.

4 – Colhe-se dos autos que o autor ajuizou ação de apreensão e depósito de coisa vendida com reserva de domínio contra o réu na comarca de Curitiba/PR. Oposta exceção de incompetência nos termos do art. 306 do Código de Processo Civil, o curso do processo ficou suspenso até o julgamento do incidente.

5 – Acolhida a exceção, foi determinada a remessa dos autos à comarca da Capital/SC, proferindo o magistrado catarinense o seguinte despacho: “R.h. Certifique-se, a Sra. Escrivã, em 48 horas, se o réu ofereceu contestação” (fl. 107).

Certificado pela Escrivã que o réu não apresentou contestação, o MM. Juiz decretou sua revelia e decidiu antecipadamente a lide, julgando procedente o pedido, consolidando a posse e propriedade do apelado sobre o veículo objeto do litígio.

6 – Contudo, em que pese o entendimento do magistrado de primeiro grau de que o prazo para contestar volta a fluir a partir da intimação da decisão proferida na exceção de incompetência, a doutrina e a jurisprudência majoritária, até do Superior Tribunal de Justiça, afirmam que o prazo para oferecimento da contestação somente retoma seu curso normal após a intimação da parte ao recebimento dos autos e admissão da competência pelo juízo indicado.

Desse modo, verifico que o apelante não foi intimado por ocasião da redistribuição do processo para ofertar sua contestação, o que caracteriza cerceamento de defesa.

Sobre o assunto ensina Theotonio Negrão:

“Se acolhida a exceção, porém, os prazos suspensos só se reiniciam quando o interessado toma conhecimento, mediante intimação, de que os autos chegaram ao juízo *ad quem* (RSTJ 20/388, 46/250; STJ-RJTJERGS 156/31; RT 520/199, 591/175, JTJ 162/177, JTA 61/188, 95/252, Lex-JTA 171/101, Bol. AASP 1.051/28, RP 5/360, em. 85) [...]” (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 394).

Na mesma linha de raciocínio, o colendo STJ, por meio de acórdão da lavra do Ministro Castro Filho proferiu a seguinte decisão:

“Processual civil. Exceção de incompetência. Reinício do prazo. Necessidade de intimação do réu.

“Acolhida a exceção de incompetência, o prazo para a contestação ou interposição de recurso contra decisões anteriores ao incidente só recomeça a fluir com a intimação do réu da chegada dos autos ao juízo declarado competente”.

Do corpo do acórdão, extrai-se:

“Consoante dispõe o artigo 306 do Código de Processo Civil, recebida a exceção, ficará suspenso o processo até que definitivamente julgada. A despeito de o legislador ter-se omitido quanto ao momento em que o prazo volta a fluir, este se dará após a respectiva decisão, fazendo-se necessária a intimação do advogado da che-

gada dos autos ao juízo competente, para que, a partir de então, possa tomar as medidas processuais que entender cabíveis, oferecendo contestação no prazo restante, ou mesmo, como na hipótese em análise, interpor o recurso cabível. Esse o entendimento que, a meu ver, melhor traduz a teleologia dos princípios do contraditório e da ampla defesa, constitucionalmente assegurados” (REsp n. 513.964/SC, j. em 12-4-2005).

E, desta Corte, cito os seguintes arestos:

“Busca e apreensão — Pacto com reserva de domínio — *Declinatoria fori* — Suspensão do prazo contestatório — Exceção acolhida — Remessa dos autos ao foro do domicílio da devedora — Ausência de intimação desta — Revelia não caracterizada — Sentença de procedência — Desconstituição — Apelo, para tanto, provido.

“Em ação de busca e apreensão respaldada em ajuste de compra e venda com reserva de domínio, o ajuizamento, pela devedora, de exceção *declinatoria fori* suspende a fluência do prazo contestatório. Acolhida a exceção, com a remessa dos autos ao foro do domicílio da demandada, o reinício do prazo de defesa condiciona-se à ciência inequívoca da excipiente acerca da aceitação da competência, implícita ou explícita, do juízo declinado. Ausente intimação a respeito, vedado é ao Juiz competente decretar a revelia da acionada e, com base nessa revelia, ditar a procedência da ação” (Ap. Cív. n.

2002.006828-0, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 13-6-2002).

“Processo civil — Exceção de incompetência — Suspensão do processo — Reinício da contagem do prazo — Necessidade da intimação do advogado — Cerceamento de defesa — Ocorrência — Sentença que reconhece a intempestividade da contestação e decreta a revelia — Nulidade — Recurso admitido e provido.

“Não resulta evidenciada a intempestividade da contestação se, acolhida a exceção de incompetência, a parte, através de seu advogado, não é intimada para a prática do ato no prazo restante, acarretando a nulidade do *decisum* que a reconheceu, porquanto caracterizado o cerceamento de defesa dos demandados” (Ap. Cív. n. 1999.021380-3, de Urussanga, rel. Des. Cercato Padilha, j. em 29-8-2002).

E do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Apelação cível. Processual civil. Ação de indenização por dano moral. Compra e venda de bem móvel. Exceção de incompetência. Suspensão do prazo para oferta da contestação. Inteligência do art. 306 do CPC. Falta de intimação da parte interessada. Sentença proferida com base na revelia. Cerceamento de defesa configurado. Ausência de regularidade processual (CPC, art. 267, IV). Sentença desconstituída” (Ap. Cív. n. 70009003666, rela. Desa. Angela Terezinha de Oliveira Brito, j. em 24-3-2005).

“Exceção de incompetência. Suspensão do prazo de contestação. Reinício. Prazo para contestar suspenso por força de exceção de incompetência, ao final acolhida. Art. 265, CPC. Reinício do prazo a partir da intimação do recebimento dos autos no juízo competente. Precedentes. Sentença desconstituída” (Ap. Cív. n. 70004760435, rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Junior, j. em 12-8-2003).

7 – Ante o exposto, meu voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para cassar a r. sentença e determinar o retorno dos autos à Comarca de origem para que, intimado o réu, retorne a fluir o prazo contestatório.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade, decidiu conhecer do recurso e dar-lhe provimento para cassar a r. sentença e determinar o retorno dos autos à Comarca de origem para que, intimado o réu, retorne a fluir o prazo contestatório.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Ricardo Fontes.

Florianópolis, 16 de junho de 2005.

Salete Silva Sommariva,
Presidente, com voto;
Salim Schead dos Santos,
Relator.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2005.003457-0, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Trindade dos Santos

Incompetência. Exceção. Franquia empresarial. Ação de rescisão contratual c/c perdas e danos. Empréstimo de prevalência ao foro de eleição. Fragilidade econômica da franqueada. Contrato, ademais, de adesão. Competência que se estabelece pelo foro de domicílio da acionada. Decisão de improcedência insubsistente. Agravo de instrumento provido.

O contrato de franquia empresarial é tipicamente de adesão, em face de conter ele cláusulas predispostas pela franqueadora às quais o franqueado tem sua vontade limitada ao ato de aderir. Nesse contexto, caracterizada a contento a inferioridade econômica da franqueada e as dificuldades de acesso à Justiça decorrentes da cláusula eletiva do foro, devem prevalecer, para o estabelecimento da competência jurisdicional, as regras a respeito dispostas na codificação processual pátria, estabelecendo-se como competente, para o processamento e julgamento de ação contra ela proposta pela franqueadora, o foro do domicílio da demandada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2005.003457-0, da comarca de Chapecó (2ª Vara Cível), em que é agravante Envasadora de Soda Campo Oeste Ltda. e agravada Ibras — Instituto Brasileiro de Água Gaseificada Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas *ex lege*.

I — Relatório

Envasadora de Soda Campo Oeste Ltda. interpôs agravo de instrumento contra a decisão que, nos autos da exceção de incompetência, proposta incidentalmente à Ação de Rescisão Contratual combinada com Perdas e Danos n. 018.02.015681-0, contra si promovida por Ibras — Instituto Brasileiro de Água Gaseificada Ltda., desacolheu o pedido, declarando a

competência do juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Chapecó para processar e julgar o feito.

Em suas razões de recurso, sustentou a agravante ter a decisão combatida afrontado as normas insculpidas no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, no art. 423 do Código Civil em vigor e nos arts. 94, 100, inciso IV, a, 334, inciso II, e 335 todos do Código de Processo Civil.

Salientou ser fato incontroverso que o pacto celebrado entre as partes é de adesão, demonstrando-se, assim, a abusividade da cláusula contratual que estipulou a eleição do foro.

Expôs não possuir nenhuma relação com o município de Chapecó, a não ser aquela que manteve com a agravada, sendo que sua sede e o domicílio de seus representantes legais localizam-se na cidade de Campo Grande/MS, o que acarretará em inúmeros custos para o processamento da ação, tais como o deslocamento, a estadia e a contratação de advogados na comarca de origem.

Asseverou que o princípio do *pacta sunt servanda*, utilizado pelo julgador monocrático, opõe-se ao princípio da boa-fé objetiva, inclusive salientando que a interpretação das cláusulas contratuais devem ocorrer de forma mais favorável ao aderente, conforme previsto no art. 423 do CC/2002.

Aduziu que a cláusula previsora do foro de eleição é nula por dificultar a defesa da parte mais vulnerável na relação contratual estabelecida, ressaltando que está manifestamente comprovada nos autos a desproporção econômica entre a empresa franqueadora/agravada e a franqueada/agravante.

Requeru o provimento do recurso a fim de ser acolhida a exceção de incompetência proposta, com a conseqüente remessa dos autos da ação de rescisão contratual combinada com perdas e danos para uma das varas cíveis da comarca de Campo Grande/MS.

Denegado o efeito suspensivo colimado (fl. 100), não foi conhecido, por este Tribunal, o agravo regimental interposto pela agravante (fls. 141 a 146).

Intimada, a agravada ofertou contra-razões ao recurso, pugnando pelo seu desprovimento.

II — Voto

A inflexão recursal posta nestes autos faz-se prosperável.

Da análise apurada do caderno processual, verifica-se terem as litigantes recursais celebrado, em 12 de outubro de 1998, contrato de franquia empresarial, pelo qual a agravada, mediante a contraprestação monetária fixada, permitiria à recorrente a instalação e operação de uma unidade do Sistema Ibras, para a produção e/ou comercialização de seus produtos, dentre outros benefícios.

O processado noticia, também, que a recorrida propôs ação de rescisão contratual c/c perdas e danos contra a recorrente na comarca de Chapecó, de acordo com o estatuído na cláusula vigésima (20.1) do contrato particular de franquia empresarial do Sistema Ibras *Franchising* (fls. 32 a 51).

Ocorre que, não se conformando com a propositura do feito na comarca de Chapecó, a agravante opôs exceção de incompetência para que os autos fossem endereçados e processados na comarca de Campo Grande/MS, na qual se encontra a sua sede.

Entretanto, o Julgador singular, albergando o entendimento da aplicação do princípio do *pacta sunt servanda*, bem como por entender que o cumprimento da cláusula contratual não causaria obstáculos ao acesso da demandada à justiça, reconheceu a prevalência da cláusula de eleição de foro e rejeitou a exceção oposta.

Data venia, inicialmente, faz-se imperioso mencionar, como razão de decidir, a possibilidade jurídica da in-

cidência das normas do Código de Defesa do Consumidor em hipóteses como as dos autos, embora os estipulantes de contrato de franquia empresarial sejam, obrigatoriamente, sociedades empresariais.

Colhe-se o escólio de *Fran Martins*:

“De qualquer modo, franqueador e franqueado devem ser comerciantes. A franquia é, assim, uma operação comercial” (Contratos e obrigações comerciais, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 487).

Entretanto, a legislação consumerista tem por objetivo precípuo o de emprestar proteção ao hipossuficiente da relação obrigacional, que entabula o negócio por absoluta necessidade e não apenas pela vontade pessoal. Em outras palavras, tutela-se todo aquele que assume obrigações pela necessidade de desempenhar suas funções na sociedade e, porque não dizer, pela necessidade de viver.

Não se contrata por exclusiva autonomia de vontade, mas por necessidade pessoal e social, dadas as inúmeras necessidades vitais da pessoa que somente pelo contrato – na maioria das vezes de consumo – podem ser atendidas.

Em se tratando de contrato de adesão, como assevera Alinne Arquete Leite Novais:

“[...] a posição do aderente, independente de quaisquer outras qualidades, é suficiente para gerar uma disparidade de poderes na contratação

[...] entendemos e defendemos que, diante dessa previsão legislativa, o Código de Defesa do Consumidor não pode ser considerado um microsistema aplicável somente às típicas relações de consumo, já que, no caso específico do contrato de adesão [...] esta barreira foi transposta e as normas constituem direito obrigacional comum, pelo fato da vulnerabilidade em que se encontra qualquer aderente” (Teoria contratual no código de defesa do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001).

Assinala o emérito autor, com a proficiência habitual, que o método de contratação por adesão, por si só, já permite que o julgador venha a considerar como sendo consumerista a relação obrigacional, mesmo que interempresarial, posto ter sido a superioridade econômica e fática que permitiu a utilização de tal método.

A par disso, a elaboração unilateral pelo economicamente mais forte das cláusulas contratuais vem a caracterizar de forma suficiente a vulnerabilidade do outro contratante, como exigido pelo CDC, art. 4º, I, confirmando a tese.

Destarte, emprestada ao CDC, principalmente ao seu art. 29, uma interpretação maximalista, pode-se afirmar que em todo contrato de adesão se tem presente a vulnerabilidade de uma das partes, vulnerabilidade essa que se erige como a mola propulsora da aplicação das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor, objetivando a garantia do equilíbrio da relação, pelo que não é herético se

concluir que em todo contrato de adesão é possível a aplicação do CDC.

As normas e princípios do Diploma Consumerista, não é demais assinalar, marcam uma nova era nas relações obrigacionais, remodelando integralmente a antiga feição individual e patrimonialista do direito privado, considerado o contrato como instrumento, não mais de mero meio de circulação de riquezas, mas principalmente de proteção dos direitos fundamentais.

Por isso, as cláusulas contratuais consumeristas não podem violar o equilíbrio e a igualdade (substancial!) preconizados constitucionalmente, tratando igualmente os desiguais.

O CDC surge para a proteção de um sujeito especial, vulnerável e mais fraco na relação econômica, revolucionando o direito contratual, que tem alterados os seus vetores principiológicos.

Mas, ainda que se entendesse como inaplicável, no caso vertente, o CDC, ainda assim não está impedido o reconhecimento, nesta esfera jurisdicional, de que o contrato particular *sub examem* se apresente como típico contrato de adesão.

Extrata-se do escólio de Caio Mario Da Silva Pereira, que:

“Chamam-se contratos por adesão (expressão mais correta do que contratos de adesão) aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e

condições previamente estabelecidas pela outra” (Instituições de direito civil, v. III, Rio de Janeiro: Forense, p. 50).

Arnold Wald conceitua o contrato de adesão como sendo aquele em que:

“Um dos contratantes exerce o monopólio de fato ou de direito, em relação a serviços essenciais existentes na sociedade, estando o outro praticamente obrigado a contratar nas condições fixadas pela empresa dominante em determinada área de serviços” (Curso de direito civil brasileiro. Obrigações e contratos, p. 204).

Segundo o mestre Orlando Gomes:

“Contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte” (Contrato de adesão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 3).

Do julgado inserto *in* JTARGS, vol. 100, p. 316, extrai-se o seguinte lecionamento:

“Uma nova realidade contratual se manifesta em nossos dias, tornando necessária a vinculação do contrato com a base econômica geral.

“Percebe-se nitidamente o declínio dos chamados contratos paritários, e surgem os contratos de massa, por absoluta necessidade do tráfico jurídico.

“Há uma nítida ‘standartização’ dos contratos, que são previamente definidos através de cláusulas contratuais, gerais, elaboradas por uma das partes contratantes e impostas à aceitação da outra parte, que normalmente não tem outra alternativa senão aceitar, em bloco, tais cláusulas.

“Não há mais negociações preliminares para acerto dos interesses conflitantes. O comércio jurídico torna-se despersonalizado. A liberdade contratual torna-se apenas um ideal inexistente na prática. É cada vez mais reduzida a liberdade de dispor dos contratos.

[...]

“Trata-se de aplicação do princípio da relatividade do contrato, segundo o qual o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, e sua própria estrutura, segundo o contexto econômico, social em que está inserido, de acordo com o já citado por Enzo Roppo (*op. cit.*, p. 24)”.
Paulo Luiz Neto Lobo disserta a respeito:

“Pode-se afirmar que, se provavelmente o aderente nem sempre é o contratante economicamente débil, o predisponente é sempre o contratante juridicamente mais forte, em virtude de, valendo-se da particular tutela que lhe é reconhecida, poder mais facilmente perpetrar abusos contra os eventuais contratantes (neste sentido, débeis). O aderente encontra-se na situação de parte mais fraca por não partilhar do poder de predispor as condições gerais. A debilidade fática do

aderente decorre de fatores adicionais que não podem ser desprezados: normalmente, não se apercebe das condições que lhe são desfavoráveis, por estarem disseminadas no texto extenso ou compacto do contrato ou do documento preliminar; ou por estarem impressas em caracteres minúsculos, induzindo a desnecessidade da leitura; ou por não dispor de tempo para ler e refletir; ou por confiar pura e simplesmente no conteúdo equitativo do texto.

“O predisponente está numa posição forte porque as condições gerais resultam de uma previsão refletida, alicerçada na experiência de sua atividade organizada e de operações reiteradas, ao passo que o aderente realiza normalmente uma operação avulsa. Acresce que o aderente duvida, freqüentemente, de sua capacidade técnica de entender as fórmulas complicadas que são empregadas.

“De qualquer modo, mesmo que as compreendesse, só lhe restaria a perspectiva de uma discussão inútil com poderes para modificações” (Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 70 e 71).

Segundo Humberto Theodoro Júnior:

“Um dos fatos que comprometeram o prestígio da autonomia de vontade foi a proliferação, nos últimos tempos, dos chamados ‘contratos de adesão’, ou seja, daqueles que a notória superioridade econômica e jurí-

dica de uma das partes leva a imposição de todas as cláusulas do negócio sem qualquer possibilidade de discussão pela parte mais fraca. A esta cabe somente aderir ao contrato, como um todo. Às vezes nem mesmo a abstenção do contratante mais fraco é possível, pela essencialidade dos serviços e bens ou pelo monopólio detido nas mãos do outro contratante. Esses inconvenientes têm sido contornados pelo dirigismo contratual, tanto no plano legislativo como no jurisprudencial” (O contrato e seus princípios. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 33).

Carlos Alberto da Mota Pinto averba que, nos contratos de adesão:

“Necessidade, falta de conhecimento, indiferença, ingenuidade, tudo concorre para tornar mais fraca a vontade do cliente. Em face dele, a empresa autora do padrão de todos os seus contratos, tem a superioridade resultante destas deficiências, da posição do cliente, bem como as vantagens da sua qualidade de ente organizado e, em muitos casos, debilidade social e econômica dos consumidores” (Arnaldo Rizzardo. Contratos de crédito bancário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., p. 34).

Anota, de outro lado, Álvaro Villaça Azevedo:

“A autonomia privada no sentido jurídico pressupõe o exercício de três liberdades interligadas: a de escolher o tipo contratual e a de determinar o conteúdo do contrato. A plenitude da autonomia privada é atingida com os contratos atípicos ou inominados,

que escapam dos modelos legais e apenas ficam sujeitos aos princípios e normas gerais do direito contratual” (Contratos inominados ou atípicos. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 161).

Embora, nos contratos por adesão, a concordância do aderente às cláusulas previamente estabelecidas constitua-se em elemento volitivo suficiente para caracterizar e aperfeiçoar o ajuste, torna-se inquestionável que aludidos contratos, em face justamente da predisposição de suas cláusulas, resultam em situações jurídicas que, na maioria das vezes, estão a revelar desequilíbrio entre as partes avençantes.

Enfocando a matéria, já dissemos:

“Face a predisposição de suas cláusulas, o que implica em ostensiva quebra da liberdade contratual, os contratos por adesão têm, como marca predominante, a imposição de condições exclusivamente voltadas ao resguardo dos interesses da parte economicamente mais privilegiada. Indicativa que é do desequilíbrio entre os pactuantes, a cláusula previsora do foro de eleição não pode subsistir [...]” (AI n. 1996.009468-7, de Lages).

O contrato particular de franquia empresarial acostado aos autos está a externar, seguramente, típicas características predominantes dos contratos de adesão, em especial quando em sua cláusula vigésima (20.1) determina que:

“As partes elegem o foro da comarca de Chapecó – SC, como úni-

co competente para conhecer e dirimir quaisquer questões oriundas da interpretação do presente contrato, com expressa renúncia de qualquer outro, por mais privilegiado que seja”.

No que concerne, especificamente, ao contrato de franquia empresarial, extrai-se o ensinamento de Fran Martins:

“O contrato quase sempre se faz por escrito, dado o grande número de relações que são reguladas no mesmo. Em regra, faz-se um contrato de adesão, com cláusulas fixas, impressas, sendo muito pouco aquilo que o franqueado pode aduzir ao previamente imposto pelo franqueador” (Contratos e obrigações comerciais. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 490).

É justamente a situação encartada nos autos!

Até mesmo porque evidenciam-se a disparidade econômica entre as partes no momento em que ponderamos que a franqueadora/agravada está, na relação obrigacional, disponibilizando uma série de benefícios de sua propriedade, em razão de contraprestação monetária.

Essa disparidade econômica vislumbrada entre os contratantes, ensejadora do desequilíbrio contratual, conjugada à circunstância de que o contrato em questão espelha típico contrato de adesão, torna inviável a subsistência da cláusula previsora do foro de eleição, porquanto, em verdade, não foi livremente estipulada pelas partes, representando imposição unilateral de vontade, previamente programada.

A respeito, já decidiu o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

“Execução. Foro competente. Contrato de adesão. Desconsideração do foro de eleição. Exceção declinatória foi julgada improcedente. Desconsidera-se a cláusula de eleição de foro, constante de contrato de adesão, que prevê a competência do foro desta Capital, quando os devedores residem em comarca do Estado de Góias. Preliminar rejeitada. Agravo improvido” (AI n. 197010903, rel. Des. Manuel José Martinez Lucas, j. em 17-4-1997).

E mais:

“Processo de execução. Contrato de adesão. Foro de eleição. Preterição em favor do foro do domicílio do executado. Agravo improvido” (AI n. 70001635671, rel. Des. Manoel Velocino Pereira Dutra, j. em 6-12-2000).

Em situação análoga a destes autos, inclusive com as mesmas partes litigantes, dissemos:

“Exceção de incompetência — Execução — Contrato de franquia empresarial — Ação ajuizada no domicílio da parte credora — Contrato de adesão — Cláusula de eleição do foro — Ineficácia — Prevalência do art. 620 do CPC — Exceção declinatória acolhida — Decisão in censurável — Agravo de instrumento — Desprovisionamento.

“Nos contratos de adesão, como o são os de franquia empresarial, a cláusula de eleição do foro, sempre

que se constitua em obstáculo à plena defesa da parte aderente, esta domiciliada em outro Estado da Federação, é ineficaz [...]” (AI n. 2001.012834-9, de Chapecó).

Na mesma direção, deste Relator:

“Exceção de incompetência — Contrato de franquia empresarial — Rescisão contratual c/c cobrança e indenizatória — Contrato de adesão — Cláusula de eleição do foro — Ineficácia — Prevalência da regra do art. 94 c/c o art. 100 e incisos do CPC — Exceção declinatória desacolhida — Decisão insubsistente — Agravo de instrumento — Acolhimento.

“Contrato de franquia empresarial firmado entre empresa comercial de grande porte no mercado de informática, prestadora de serviços e administradora de rede de franquias e empresa comercial de pequeno porte econômico, é contrato de adesão. A inferioridade econômica da franqueada, em tal hipótese, é suficiente para acarretar uma disparidade de poderes na contratação, implicando em adesividade, fazendo com que as disposições do CDC passem a incidir, já que, no caso, as regras da Codificação Consumerista se transpõem para o direito obrigacional comum, por presente a vulnerabilidade em que se encontra o aderente. E indicativa por excelência do desequilíbrio entre os contraentes, vislumbrados os pressupostos da adesividade contratual, a cláusula previsora de eleição de foro é ineficaz” (AI n. 2002.011360-9, da Capital).

Enfatizou, mais, este Pretório:

“Agravo de instrumento — Contrato de adesão — Foro contratual — Desconsideração da cláusula.

‘Nos contratos de adesão que contenham cláusulas padrão, unilateralmente impostas, deve-se avaliar o seu conteúdo para restabelecer o equilíbrio entre as partes.

‘É ineficaz a cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, quando constitui um obstáculo à parte aderente, dificultando-lhe o comparecimento em juízo’ (STJ)” (AI n. 1998.013004-2, da Capital, rel. Des. Eder Graf, j. em 18-2-1999).

“Exceção de incompetência — Ação de cobrança objetivando o cumprimento de avença contratual — Aplicação do art. 100, IV, d, do CPC — Ineficácia de cláusula que estabelece foro de eleição — Aplicação do CDC em contrato empresarial celebrado entre pessoas jurídicas quando demonstra a hipossuficiência de uma delas — Recurso não provido.

“Quando a ação judicial intentada pela parte contratante visar o cumprimento de preceito estabelecido em cláusula contratual, o foro competente para o julgamento da causa deve ser aquele ‘onde a obrigação deve ser satisfeita’, e não o lugar em que estiver estabelecida a sede da demandada (art. 100, IV, d, do CPC).

“Reconhece-se a aplicação do CDC em contrato empresarial de adesão celebrado entre pessoas jurídicas, com a conseqüente declaração de ine-

ficácia da cláusula que define o foro de eleição, mormente quando ficar caracterizada a hipossuficiência econômica da parte que ficaria prejudicada com o referido ajuste, diante das dificuldades de deslocamento e para praticar todos os atos processuais na comarca localizada em outro estado da federação” (AI n. 2002.014892-5, da Capital, rel. Des. Gastaldi Buzzi).

“Agravado de instrumento. Exceção de incompetência. Prevalência do art. 100, IV, *d*, do CPC. Aplicação do CDC em contrato de franquia empresarial. Contrato de adesão. Foro de eleição. Hipossuficiência. Prejuízo demonstrado. Recurso desprovido.

‘Contrato de franquia empresarial firmado entre empresa comercial de grande porte no mercado de informática, prestadora de serviços e administradora de rede de franquias e empresa comercial de pequeno porte econômico, é contrato de adesão. A inferioridade econômica da franqueada, em tal hipótese, é suficiente para acarretar uma disparidade de poderes na contratação, implicando em adesividade, fazendo com que as disposições do CDC passem a incidir, já que, no caso, as regras da Codificação Consumerista se transpõem para o direito obrigacional comum, por presente a vulnerabilidade em que se encontra o aderente. E indicativa por excelência do desequilíbrio entre os contraentes, vislumbrados os pressupostos da adesividade contratual, a cláusula previsora de eleição de foro é ineficaz’ (Agravado de Instrumento n. 2002.011360-9, da Capital, rel. Des.

Trindade dos Santos)” (AI n. 2003.001902-2, de Tubarão, rel. Des. Salim Schead dos Santos).

“Agravado de instrumento – Exceção de incompetência – Contrato de franquia empresarial – Cláusula contratual prevendo foro de eleição – Adesão – Aplicação do CDC – Facilitação da defesa da franqueada – Decisão reformada – Recurso provido.

‘Contrato de franquia empresarial firmado entre empresa comercial de grande porte no mercado de informática, prestadora de serviços e administradora de rede de franquias e empresa comercial de pequeno porte econômico, é contrato de adesão. A inferioridade econômica da franqueada, em tal hipótese, é suficiente para acarretar uma disparidade de poderes na contratação, implicando em adesividade, fazendo com que as disposições do CDC passem a incidir, já que, no caso, as regras da Codificação Consumerista se transpõem para o direito obrigacional comum, por presente a vulnerabilidade em que se encontra o aderente. E indicativa por excelência do desequilíbrio entre os contraentes, vislumbrados os pressupostos da adesividade contratual, a cláusula previsora de eleição é ineficaz’ (AI n. 2002.011360-9, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, DJ de 1º-10-02)” (AI n. 2004.005565-0, de Blumenau, rel. Des. Ricardo Fontes).

“Agravado de instrumento – Exceção de incompetência – Contrato de franquia empresarial – Foro de eleição – Aplicabilidade do código consumerista à relação – Competência para

processar e julgar as ações decorrentes do contrato do foro do domicílio do consumidor – Exegese do artigo 6º, inciso VIII, da Lei n. 8.078/90 – Recurso desprovido.

‘Cogitando-se de ação derivada de relação contratual submetida à regência do CDC, resultante da cláusula de eleição de foro maiores dificuldades para a defesa da parte devedora, quando a própria codificação consumerista impõe a facilitação dessa defesa (art. 6º, VIII), a competência do foro do domicílio do consumidor é absoluta, tornando sem efeito a convenção contratual que a contrarie. E, sendo absoluta a incompetência, pode e deve ser ela declinada de ofício’ (Ag n. 2001.013365-2, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos)” (AI n. 2004.019212-6, de Blumenau, rel. Des. Fernando Carioni).

“Agravos de instrumento – Exceção de incompetência – Ação de cobrança – Empresas franqueadora e licenciada para uso de marca comercial – Foro de eleição – Contrato de adesão – Não obrigatoriedade em razão do desequilíbrio econômico e financeiro entre as partes – Dificuldade de defesa para a parte mais fraca – Recurso desprovido.

“Em se tratando de contrato de adesão, onde as cláusulas já vêm preestabelecidas, caracterizado o desequilíbrio econômico entre as partes, com a dificuldade de locomoção da parte economicamente mais fraca até o foro de eleição pré-impresso no contrato, é de ser afastado o foro assim eleito” (AI n. 2004.015645-6, de Criciúma, rel. Des. Alcides Aguiar).

Por certo, resta ver o ajuizamento da ação na comarca de Chapecó, e não na do domicílio da agravante (Campo Grande/MS). Implica em onerosidade mais para esta que, além da eventual possibilidade de arcar com o débito em cobrança, terá, outrossim, de suportar gastos de outras ordens.

Destarte, a decisão deve ser reformada, pois, caso contrário, representaria verdadeiro obstáculo de acesso à justiça para a recorrente, haja vista as circunstâncias indicarem sua dificuldade no oferecimento de defesa e na prática dos atos processuais pertinentes.

Portanto, a cláusula eletiva do foro não pode subsistir na estrita hipótese aventada nos autos, pelas razões já aludidas.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, empresta-se provimento ao recurso, determinando-se a remessa dos autos da Ação de Rescisão Contratual combinada com Perdas e Danos n. 018.02.015681-0 à comarca de Campo Grande/MS.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 9 de junho de 2005.

*Trindade dos Santos,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.012361-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Trindade dos Santos

Execução hipotecária. Avisos de notificação da mora. Prova do recebimento pelo mutuário. Indispensabilidade. Extinção do pleito. Comprovação da postagem dos avisos regulamentares. Insuficiência para o atendimento da exigência legal. Financiamento não vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação. Argumento desmentido pelas próprias condições da pactuação. Decreto extintivo incensurável. Irresignação recursal rejeitada.

I. Para a validade dos avisos de reclamação do débito erigidos pelo diploma legal de regência como essenciais à possibilidade jurídica das execuções hipotecárias de saldos devedores de financiamentos imobiliários com assento nas regras do Sistema Financeiro de Habitação, não é suficiente a prova da simples postagem, na empresa de correios, desses avisos. De mister, para tanto, é a prova da entrega pessoal destes ao mutuário em mora. Inexistente prova a respeito dessa efetiva entrega, a extinção do feito resulta autorizada.

II. Improperável é a assertiva da instituição financeira credora, para fazer válida a execução hipotecária por si deflagrada, de que o financiamento imobiliário não foi viabilizado com recursos do Sistema Financeiro de Habitação, quando prevê o próprio instrumento contratual o valor da contribuição devida ao Fundo de Assistência Habitacional (Fundhab). E esse Fundo, instituído pelo Decreto n. 89.284/10-1-1984, é incidente, com exclusividade, nos financiamentos habitacionais deferidos com recursos próprios do SFH.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.012361-0, da comarca da Capital (6ª Vara), em que é apelante Banco

Sudameris Brasil S.A., sendo apelados Adeli Aguiar de Sá e Maria Isabel Kindermann de Sá:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

I — Relatório

Inconformado com a sentença que extinguiu a ação de execução hipotecária por ausência das formalidades impostas pela Lei n. 5.741/71, por si proposta contra os apelados Adeli Aguiar de Sá e Maria Isabel Kindermann de Sá, impondo-lhe os encargos sucumbenciais, Banco Sudameris Brasil S.A. ingressou com recurso de apelação.

Em suas razões, salientou encontrar-se a ação em epígrafe com seus pressupostos integralmente preenchidos, já que expediu ela notificações, nos termos dos avisos de débito de fls. 27 e 28, avisos esses registrados pela Empresa Brasileira de Correios, conforme prescreve a Súmula 12 do TASP.

Asseverou que não há acolher a sentença que extinguiu a execução, porquanto restou sobejamente provada a notificação prévia, com a indicação precisa das parcelas em atraso, na forma da Lei n. 5.741/71, em seu inciso II do art. 2º e seguintes.

Apontou, outrossim, que o contrato em referência não se encontra

vinculado a contrato de hipoteca ao Sistema Nacional de Habitação BNH, e que foi cumprida inteiramente a notificação para que o devedor hipotecário quitasse as parcelas em atraso, até porque a citada lei dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação, o que a faz inaplicável ao caso vertente.

Pleiteou a reforma da sentença, anulando-se o processo a partir da fl. 51, para que outra decisão seja proferida, conhecendo-se da ação de execução hipotecária na forma instituída pelo inciso II do art. 585 do CPC, com as condenações de estilo.

Houve resposta ao recurso.

II — Voto

Gravitam os autos presentes em torno de execução hipotecária, esta que, regida por ordenamento especial — Lei n. 5.741, de 1º de dezembro de 1971 —, prevê procedimento próprio e peculiar, inclusive providências preliminares que se impõem observadas à risca, para que autorizado resulte o reclamo judicial do crédito.

In casu, o decisório atacado extinguiu o executivo hipotecário instaurado, em face do não atendimento de pressupostos essenciais à possibilidade jurídica do pedido, ante a não observância, pela instituição financeira credora, do disposto no inciso IV do art. 2º da referida lei especial.

In verbis, dispõe o refutado permissivo:

“A execução terá início por petição escrita, com os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, apresentada em três vias, servindo a segunda e a terceira de mandado e contrafé, e sendo a primeira instruída com:

[...]

“IV – cópia dos avisos regulamentares reclamando o pagamento da dívida, expedidos segundo instruções do Banco Nacional da Habitação”.

E, pondera-se, encontram-se nos autos os “avisos de cobrança” enviados aos mutuários executados, conforme documentos de fls. 27 e 28 dos autos de execução.

Juntou, ainda, a parte exequente, com o fito de demonstrar a remessa por carta registrada desses avisos, uma lista, que, segundo argumenta, foi expedida pela agência de postagem, denominada “relação de correspondências registradas” (fls. 29 a 34.)

À *prima facie*, de uma análise perfunctória desses documentos, poder-se-ia concluir pela afirmação de que, com efeito, restou cumprido o requisito do inciso IV do art. 2º da Lei n. 5.741/71.

Contudo, de um exame mais detalhado dos autos, resulta como deficitária a configuração da mora, esta imprescindível para a possibilidade jurídica da execução hipotecária.

É que não se faz suficiente, para a configuração da mora da devedora, a prova da remessa dos referidos avisos, impondo-se comprovado tam-

bém, de forma transparente, tenham sido eles efetivamente recebidos pelo devedor, sendo esta prova de incumbência do credor.

Com a propriedade que lhe é inerente, assinala Arnaldo Rizzardo:

“Necessária a comprovação do recebimento do aviso, e não a simples prova da remessa, pois a Lei n. 5.741, no dispositivo citado, quer acautelar o mutuário do perigo que corre com a mora, podendo perder a casa própria, que é um dos bens mais indispensáveis e desejado pelas pessoas de modo geral. Como o imóvel é do interesse da família, de primordial necessidade para todos os seus membros, as precauções que devem cercar a execução serão maiores, mais amplas e profundas que em outros tipos de execuções. A intimação estender-se-á também à mulher, eis que a ela igualmente diz respeito o imóvel, e especialmente em razão do art. 10 do CPC, cuja finalidade principal é a defesa do patrimônio conjugal.

“O espírito do legislador, ao editar a norma do art. 2º, inc. IV, da Lei n. 5.741, foi o de somente permitir a execução do mutuário quando, avisado extrajudicialmente de seu débito, ainda assim resta ele inerte, sem procurar quitar sua dívida” (Contratos de crédito bancário, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.180).

Araken de Assis, da mesma forma, sustenta:

“Esta modalidade complexa de interpelação há de ser rigorosamente observada. Em virtude da relevância

social do negócio jurídico, a mora se tornou *ex persona*. Todos os figurantes do contrato devem ser intimados. E, a despeito da falta de rigidez da forma, pois se admite da interpelação judicial à carta protocolada, os avisos devem ser entregues pessoalmente ao mutuário. Não basta, desengadamente, remetê-los ao endereço do imóvel. Caso contrário, a lei não contemplaria a notificação pelo cartório do registro especial, no prazo suplementar concedido na execução extrajudicial (art. 31, § 1º, do Decreto-Lei n. 70/66), e mandaria realizá-la por edital 'quando o devedor se encontrar em lugar incerto ou não sabido' (art. 31, § 2º). A Res. n. 11/72 não derroga, neste particular, o texto legal, conforme proclamou a 7ª Câmara Cív. do TARS" (Manual do processo de execução, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 813 e 814).

Em perfeita consonância com os transcritos ensinamentos, esta Corte tem assim entendido:

"Recurso de apelação cível – Execução hipotecária – Avisos de notificação de mora – Aplicação do artigo 2º, IV, da Lei n. 5.741/71 – Necessidade de recebimento pessoal pelo mutuário – Petição inicial indeferida – Sentença confirmada.

"Para que se caracterize a mora, nos contratos de financiamento através do Sistema Financeiro de Habitação, todos os mutuários devem ser notificados pessoalmente, não bastando à instituição financeira remeter os avisos ao endereço do imóvel financiado, porquanto o negócio jurídico

avençado, destinado ao financiamento da casa própria, possui relevante função social" (Ap. Cív. n. 1999.009482-0, de Joinville, rel. Des. Cercato Padilha, j. em 15-8-2002).

"Execução hipotecária. Extinção. Avisos de notificação da mora. Necessidade de comprovação da remessa e do respectivo recebimento pessoal pelo mutuário. Exegese do art. 2º, inc. IV, da Lei n. 5.741/71.

"Nas execuções hipotecárias fundadas na Lei n. 5.741/71, a exordial deve estar acompanhada do comprovante de remessa e recebimento pessoal dos avisos de notificação da mora, sob pena de indeferimento da demanda.

"Recurso desprovido" (Ap. Cív. n. 2000.010210-5, de Joinville, rel. Des. Silveira Lenzi, j. em 30-10-2001).

Ausentando-se dos autos, pois, dos avisos endereçados ao executado mais esse elemento essencial, deixou ele de tomar conhecimento do real valor da dívida, o que tornou inoperantes aqueles avisos para os fins a que se destinavam.

Em julgamento recente, assim enfocamos a questão:

"Execução hipotecária. Financiamento habitacional. Avisos de cobrança remetidos. Recebimento efetivo pelo mutuário e especificação do valor do débito. Indispensabilidade.

"I — A função social dos contratos de financiamento habitacional exige, como pressuposto indispensável da possibilidade jurídica da exe-

cução hipotecária, não só a prova da remessa dos avisos regulamentares ao mutuário, como também a comprovação satisfatória da sua efetiva entrega. Não atendida essa exigência, mormente quando não especificado o valor do débito tido como inadimplido, há carência do processo executivo deflagrado.

“II — Acolhidos os embargos à execução hipotecária, com extinção desta, revelando-se singela a matéria jurídica tratada, com a não realização, inclusive, de audiências, a fixação dos honorários advocatícios no percentual máximo autorizado em lei excedem o princípio da equidade. O percentual intermediário de 15% é, a nosso ver, o que com mais justiça remunera o serviço prestado pelo profissional da ciência jurídica” (Ap. Cív. n. 2001.020278-6, de Sombrio).

Causa estranheza, de outra ponta, o argumento utilizado pela instituição financeira apelante, no que tange à afirmativa de que o contrato originador da execução hipotecária não possui nenhuma vinculação ao Sistema Financeiro da Habitação e que a lei em questão (Lei n. 5.741/71) não interfere na hipótese presente.

Ora, causa espanto e até apoplexia, repita-se, tal afirmava, uma vez que conforme ressalta o intróito do próprio contrato exequendo:

“Por este instrumento particular, lavrado com força de escritura pública em razão do disposto no § 5º do art. 61 da Lei n. 4.380 de 21-8-64, as partes adiante indicadas e qualifica-

das têm entre si ajustada a celebração do presente contrato, que reger-se-á pelas cláusulas e condições seguintes”.

E o contrato foi celebrado à luz do dispositivo assim transcrito da Lei n. 4.380/64, diploma esse que “Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, o Banco Nacional da Habitação (BNH), e sociedades de crédito imobiliário, as letras imobiliárias, o Serviço Nacional de Habitação e Urbanismo e dá outras providências”, acentuando expressamente:

“Art. 61. Para plena consecução do disposto ao artigo anterior, as escrituras deverão consignar exclusivamente as cláusulas, termos ou condições variáveis ou específicas[...].

“§ 5º Os contratos de que forem parte o Banco Nacional da Habitação ou entidades que integram o Sistema Financeiro da Habitação, bem como as operações efetuadas por determinação da presente lei, poderão ser celebrados por instrumento particular, os quais poderão ser impressos, não se aplicando aos mesmos as disposições do art. 134, II, do Código Civil, atribuindo-se o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito, aos contratos particulares firmados pelas entidades acima citadas até a data da publicação desta lei”.

Cumpre ainda frisar que, conforme disposição contratual, inserida na cláusula n. 6 das despesas financeiras, está previsto no item 6.1.:

“Valor de contribuição ao FUNDHAB = Cr\$ 11.110.493,70 deduzido do financiamento concedido”.

E tal contribuição, definida pelo Decreto n. 89.284/84, é imposta exclusivamente ao alienante de bem financiado com recursos oriundos do Sistema Financeiro da Habitação, conforme se reporta o seguinte aresto desta Corte:

“O Fundhab — Fundo de Assistência Habitacional, instituído pelo Decreto n. 89.284, de 10 de janeiro de 1984, é contribuição imposta exclusivamente ao alienante de bem financiado com recursos oriundos do Sistema Financeiro da Habitação” (Ap. Civ. n. 41.899, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer).

Vê-se, então, que, do conjunto de informações acima delineado, o exeqüente, ao dispor de carteira de crédito imobiliário, realiza seus contratos pelas normas atinentes ao Sistema Financeiro de Habitação, ao contrário do afirmado em sua peça recursal, e como tal, ao preferir utilizar-se da execução pela via mais rápida, denominada “execução hipotecária”, regida pela Lei n. 5.741/71, deverá obedecer aos requisitos para a sua propositura.

Não é demais registrarmos as palavras de Arakem de Assis, quando acentua:

“[...] o rito especial da Lei n. 5.741/71 se restringe, a teor de seu art. 1º, a ‘créditos hipotecários vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação’. Esta ampla proposição se esclarece do próprio diploma. Os recursos financeiros que fluem no sistema possuem endereço final e único: financiam a casa própria (art. 9º, *caput*, da Lei n. 4.380/64)” (ob. cit., 8ª ed., 2002, p. 894).

Temos, então, como encerrada a questão.

Refuta-se, assim, o apelo, mantendo-se intocada a sentença vergastada!

III — Decisão

À vista do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 23 de junho de 2005.

*Trindade dos Santos,
Presidente e Relator.*

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.033039-0, DE IPUMIRIM

Relator: Des. Fernando Carioni

Agravo de instrumento – Ação de rescisão de contrato cumulada com reintegração de posse e perdas e danos – Contrato de locação – Distribuição de combustíveis – Avença de natureza composta e complexa que exorbita o pacto locatício – Demanda adequada – Tutela antecipada – Exegese do artigo 273 do Código de Ritos – Presença dos requisitos autorizadores da concessão da medida – Descumprimento de cláusula contratual – Reintegração na posse do imóvel e equipamentos cedidos pelo locador – Recurso desprovido.

“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” (TJSC, AC n. 2001.020164-0, da Capital, rel. Des. José Volpato de Souza, j. em 8-9-03).

A concessão da tutela antecipada tem como pressuposto a existência, tão-somente, de prova inequívoca, capaz de convencer o magistrado da verossimilhança das alegações do autor e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, consoante o artigo 273 do Código de Ritos.

Diante do descumprimento de cláusula contratual que permite a exploração do ramo de fornecimento de combustíveis, além de outros serviços afetos à área, a tutela antecipada deve ser concedida para que o autor retome a administração dos imóveis e móveis de sua propriedade, uma vez que vislumbrada a verossimilhança de suas alegações, que reside, notadamente, no não-pagamento das compras nos prazos convencionados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2004.033039-0, da comarca de Ipuimirim, em que é agravante Amarildo Conte, sendo agravada Auto Posto Aurora Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas de lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Amarildo Conte contra decisão que, nos autos da Ação de Rescisão de Contrato c/c Reintegração de Posse e Perdas e Danos n. 242.04.000795-2, ajuizada por Auto

Posto Aurora Ltda., concedeu a antecipação da tutela determinando a restituição da posse direta do imóvel de propriedade da autora, com todos os bens que o acompanham, bem como ordenou a prestação de caução (fls. 35 a 38).

Sustenta que a via processual eleita pela agravada é inadequada, diante da impossibilidade da reintegração de posse em contratos de locação, sendo aplicável ao caso, como medida judicial, o despejo, a teor do art. 5º da Lei n. 8.245/91.

Assevera a ausência de verossimilhança das alegações da agravada, o que autoriza a revogação da antecipação dos efeitos da tutela concedida.

Aduz que o Juízo foi garantido por meio de termo de caução assina-

do por procurador sem poderes para tanto.

Ao final, diz que a privação de utilizar o imóvel locado acarretará prejuízos ao sustento de sua família.

O efeito suspensivo pretendido foi negado (fls. 44 e 45).

A agravada ofertou contra-razões às fls. 48 a 51.

II — Voto

Consta do processado que a agravada é proprietária de um imóvel, com benfeitorias, no qual se acha instalado o Posto de Abastecimento de Combustíveis e Serviços, incluindo tanques de combustíveis, máquinas, móveis, utensílios e demais instalações existentes no imóvel, tendo firmado com o agravante um contrato de locação em que o referido bem foi locado a esse para fins exclusivamente comerciais, disponibilizando-lhe todas as suas instalações para a comercialização de produtos derivados de petróleo e álcool combustível, a loja de conveniência e serviços de lubrificação, lavagem e limpeza de veículo em geral (fls. 29 a 33).

Alegando que o requerido, ora agravante, infringiu diversas cláusulas contratuais, dentre elas o não-pagamento das compras de combustíveis nos prazos convencionados, a indevida utilização, para tanto, de cheques de terceiros e por encontrar-se o posto fechado e abandonado, pleiteou a antecipação da tutela visando à retomada da administração dos imóveis e

móveis de sua propriedade, o que foi deferido pela decisão ora atacada (fls. 35 a 38).

Inicialmente, aduz o recorrente que a medida não poderia ser concedida tendo em vista a natureza da relação contratual, ou seja, a impossibilidade de reintegração de posse em contratos de locação, cabendo ao caso a medida de despejo, a teor da Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91).

Contudo, razão não lhe assiste.

Objetiva a agravada a sua reintegração na posse do bem, uma vez que o agravante teria violado cláusulas contratuais, o que acarretaria a rescisão, de pleno direito, do pacto firmado.

Ocorre que o contrato firmado entre os litigantes, em razão de sua natureza, não implica um mero contrato de locação, haja vista a relação comercial pactuada que prevê não somente a utilização do imóvel no qual se encontra instalado o posto de serviço e abastecimento, mas também a distribuição, compra e revenda de produtos da agravada, incluindo loja de conveniência, lubrificação, lavagem e limpeza de veículos em geral (cláusulas I e II do contrato – fl. 29).

Portanto, o vínculo estabelecido entre as partes possui natureza composta e complexa, não se tratando de mero contrato de locação, e, por conseguinte, não encontra respaldo a assertiva do agravante de que a medida a ser solicitada seria o despejo, com base na Lei do Inquilinato, porquanto deve ser reconhecido que há uma relação de caráter comercial.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte de Justiça:

“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” (TJSC, AC n. 2001.020164-0 da Capital, rel. Des. José Volpato de Souza, j. em 8-9-2003).

E, do corpo do aresto, destaca-se:

“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 Apelação Cível 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’”.

Desse modo, as partes convencionaram o estabelecimento de uma relação de caráter comercial que exorbita os limites de um simples pacto locatício, estipulando uma relação de natureza complexa, que envolve não

somente a utilização do imóvel no qual se encontra instalado o posto de abastecimento de combustíveis e serviços, mas também delimita o uso da loja de conveniência e dos serviços de lubrificação, lavagem e limpeza de veículos, além de estipular uma série de obrigações, sendo cabível o meio processual escolhido pela agravada.

Do contexto probatório carreado aos autos, vislumbra-se que a Magistrada *a quo* deferiu o pedido de antecipação de tutela formulado por Auto Posto Aurora Ltda., nos autos da ação de rescisão de contrato c/c reintegração de posse e perdas e danos, que move contra Amarildo Conte, por intermédio da qual pleiteia a restituição da posse direta do imóvel objeto de contrato de locação comercial, uma vez que comprovada a violação de cláusulas contratuais, as quais implicam em rescisão da avença.

A questão cinge-se, basicamente, na análise dos pressupostos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, que foi deferida em primeiro grau.

Nesse aspecto, tem-se que a antecipação de tutela constitui-se em tutela de urgência destinada a garantir, de imediato, a fruição de um direito buscado na demanda e, para tanto, exige a presença dos requisitos previstos no art. 273 do Código de Processo Civil, sendo eles: a prova inequívoca da verossimilhança das alegações e, alternativamente, o perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Para seu deferimento, basta um juízo de cognição sumária, de cunho satisfativo, embora provisório. Assim, a concessão da medida reclama a existência de prova inequívoca da verossimilhança das alegações, traduzida em demonstração cabal da probabilidade de um provimento jurisdicional favorável ao seu requerente, e não propriamente do direito buscado.

Portanto, para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, as provas apresentadas pelo autor devem demonstrar a alta possibilidade de obtenção do provimento ao final.

Feitas tais digressões, as razões do inconformismo do agravante pautam-se na ausência de verossimilhança das alegações da agravada, porquanto não haveria prova nos autos do não-pagamento de tributos. Aduz, ainda, que os cheques pré-datados foram recebidos pela distribuidora de combustíveis, que os pagamentos desses sempre foram feitos em dia e a demora em sua compensação atribui à instituição financeira.

Diz que a maior parte do valor devido foi pago ao preposto do fornecedor dos combustíveis, Sr. Sálvio Inácio, e que o valor restante foi utilizado na troca de uma porta e aquisição de cadeiras, integrantes do patrimônio da agravada.

Conclui, pois, que sua inadimplência não restou demonstrada.

Ocorre que as assertivas do agravante carecem de comprovação, visto que se trata de afirmações que não encontram consonância com os

elementos acostados aos autos, inclusive em relação aos recibos de fl. 40, os quais demonstram a compra de móveis e o pagamento de um portão, mas não evidenciam se o pagamento das compras de combustíveis foi efetuado nos prazos convencionados, motivo principal do pedido de rescisão contratual pela autora.

Por outro lado, encontra-se presente a verossimilhança das alegações da agravada, conforme as razões expendidas pela Magistrada singular, consubstanciadas em diversas infrações contratuais que teriam sido cometidas pelo agravante, afirmando que os documentos de fls. 27 e 28, bem como os de fls. 35 e 36 – que não foram acostados aos autos – traduzem fortes indícios de violação à cláusula contratual XX.

Estabelece a Cláusula XV (fl. 32):

“A infração de qualquer cláusula ou condição deste contrato poderá implicar na sua rescisão, independentemente de intimação, notificação ou interpelação judicial ou extrajudicial, respondendo ainda a parte infratora pelas perdas e danos que vierem a causar à parte inocente”.

E, ainda, a Cláusula XX (fl. 33):

“O atraso no pagamento, em apenas um dia, dos combustíveis e lubrificantes constitui, além das penas previstas nas demais cláusulas, motivo de imediata rescisão contratual, não cabendo ao locatário, qualquer direito à indenização, renegociação, além de não servir de instrumento de retarda-

ção de dívidas vencidas” (grifo nosso).

Menciona a digna Togada que a certidão do Oficial de Justiça esclarece que o Posto encontra-se fechado e que nenhum tipo de serviço está sendo realizado no estabelecimento, o que foi justificado pelo agravante em razão da suspensão do fornecimento de combustível.

Ora, o agravante possui exclusividade na comercialização de combustíveis ou qualquer produto distribuído pela marca WDCom – Walendowsky Distribuidora de Combustíveis Ltda., bem como dos lubrificantes da marca Castrol, sendo que a suspensão do fornecimento, conforme dito no despacho atacado, possivelmente se deve ao atraso no pagamento, que, repisa-se, embora negado pelo recorrente, não foi comprovado nos autos.

Outrossim, quando presentes os requisitos do art. 927 do CPC, a liminar possessória deve ser deferida, senão vejamos:

“Agravado de instrumento – Ação de reintegração de posse – Deferimento da liminar – Viabilidade – Princípio do livre convencimento do magistrado – Ilegalidade inexistente – Requisitos do art. 927 do CPC demonstrados – Recurso desprovido.

“O deferimento ou não da liminar nas ações possessórias implica em convencimento provisório, vinculado ao prudente arbítrio do Magistrado de primeiro grau. Por esta razão, somente em situações excepcionais ou à vis-

ta de ilegalidade evidente, a decisão objurada deve ser reformada. Demais, comprovados os pressupostos do art. 927 do CPC, ainda que superficialmente, o provimento judicial reclamado é medida que se impõe” (AI n. 2004.014655-8, de Indaial, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 31-3-05).

Dessarte, comprovados os requisitos do art. 927 do CPC, para a concessão da liminar reintegratória, quais sejam: a posse da autora (inc. I); o esbulho praticado pelo demandado (inc. II); a data do esbulho há menos de ano e dia (inc. III); e a perda da posse do imóvel pela agravada (inc. IV), não há falar em desacerto da decisão vergastada.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte de Justiça:

“Correta a decisão interlocutória que defere a liminar em ação de reintegração de posse, por estarem presentes os requisitos estampados no art. 927 do CPC” (TJSC, AI n. 2004.010936-9, de Lages, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. em 5-11-04).

“No âmbito restrito atinente ao agravo de instrumento, a análise deve restringir-se ao acerto ou desacerto da interlocutória atacada. Portanto, verificadas as exigências legais estatuídas pelo art. 927 do Código de Processo Civil através de análise perfunctória dos elementos trazidos aos autos, deve ser concedida a liminar almejada na ação de reintegração de posse” (TJSC, AI n. 2003.002653-3, de Criciúma, rel. Des. José Volpato, j. em 15-9-03).

Portanto, vislumbra-se relevância nas alegações da agravada, capazes de autorizar a antecipação da tutela, nos termos reconhecidos pela Juíza de primeiro grau, restituindo-lhe a posse e administração dos imóveis e móveis de sua propriedade e locados ao agravante.

Ademais, ressalta-se que a agravada prestou caução, conforme documento acostado à fl. 39.

Diante desses fatos, a antecipação da pretensão recursal, com a devolução dos bens à recorrida, merece ser mantida nos moldes da decisão de fls. 35 a 38.

O Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido, manifestou-se:

“Processo civil. Tutela antecipada. Ação declaratória. Medida de efeito prático imediato. Possibilidade. Posse velha. Admissibilidade. Caso concreto. Art. 273, CPC. Enunciado n. 7 da Súmula/STJ. Recurso desacolhido.

“I — Conquanto para alguns se possa afastar, em tese, o cabimento da tutela antecipada nas ações declaratórias, dados o seu caráter exauriente e a inexistência de um efeito prático imediato a deferir-se, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a antecipação nos casos de providência preventiva, necessária a assegurar o exame do mérito da demanda.

“II — Em relação à posse de mais de ano e dia (posse velha), não se afasta de plano a possibilidade da tutela antecipada, tornando-a cabível a depender do caso concreto.

“III — Tendo as instâncias ordinárias antecipado os efeitos da tutela com base nas circunstâncias da demanda e no conjunto probatório dos autos, dos quais extraíram a verossimilhança das alegações e o caráter inequívoco da prova produzida, torna-se inviável o reexame do tema na instância especial” (REsp n. 201209/ES, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 24-2-2003).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzi.

Florianópolis, 16 de junho de 2005.

Alcides Aguiar,
Presidente, com voto;
Fernando Carioni,
Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.020289-5, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Alcides Aguiar

Apelação cível – Transação extrajudicial – Homologação judicial – Impossibilidade – Falta de interesse processual – Arts. 2º e 267 do CPC – Recurso desprovido.

“O só acordo de vontades entre os litigantes, assim, já é negócio jurídico perfeito e acabado no que lhes diz respeito. A sentença não é condição essencial de sua validade, tanto que pode haver transação antes do ajuizamento da ação, e, em tal hipótese, nenhuma necessidade há de sujeitar-se o negócio jurídico à aprovação da autoridade judiciária (Código Civil, art. 1.029)” (Humberto Theodoro Júnior).

“[...] Não deve o juiz transformar-se em burocrata, mero homologador de papéis, uma espécie de escrivão reconhecedor de firmas que em geral jamais serão contestadas.

“O art. 55 da Lei n. 7.244/84 deve ser interpretado em conjugação com o art. 269, III, do CPC. Se não há litígio, se as partes

estão ajustadas e o declaram por escrito, realizando negócio jurídico lícito, a validade formal do título e os seus efeitos jurídicos independem de homologação judicial que, portanto, torna-se supérflua e inadmissível” (STJ).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.020289-5, da comarca da São José (2ª Vara), em que são apelantes Sirlei Leal Martins e Jaime Javier Maldonado Muñoz:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Sirlei Leal Martins e Jaime Javier Maldonado Muñoz, este devedor e aquela credora, peticionaram em Juízo para ver homologada uma transação extrajudicial, a qual estabelece formas de pagamento de dívida contraída e formalizada pelas notas promissórias presentes às fls. 8 a 12.

Atendendo ao pedido dos autores, o Dr. Juiz de Direito deferiu a assistência judiciária postulada.

Sentenciando, o Magistrado entendeu que falta às partes interesse de agir e indeferiu liminarmente o pedido de homologação judicial da avença.

Irresignados, os requerentes apelaram para ver reformada a sentença atacada.

Preliminarmente, reafirmaram o pedido de assistência judiciária.

No mérito, relataram que a dívida contraída está representada por treze notas promissórias no valor de R\$ 100,00 cada; como o devedor encontrava-se inadimplente com cinco parcelas, firmaram novo pacto, objeto do pedido de homologação.

Sustentaram que, pelo fato do devedor ser de nacionalidade estrangeira, não possuir vínculo no distrito da satisfação da dívida e nem residência fixa, somente um título judicial o fará honrar com os pagamentos das parcelas definidas no acordo.

Destacaram que o pedido em exame evitará demanda judicial, pois devido à sobrecarga do Judiciário poderá haver prejuízo à credora.

É o relatório.

Trata-se de apelação cível na qual os apelantes pretendem ver homologada uma transação extrajudicial para garantir sua validade.

Observa-se que não há oposição entre credora e devedor, apenas pretendem ver autenticado judicialmente o acordo entre eles firmado.

Tal pleito, contudo, não merece amparo, pois o ato jurídico em tela, não envolvendo lide em andamento, prescinde de homologação judicial para ter validade; por si só produz a eficácia pretendida.

Assim, não há necessidade de acionar o Poder Judiciário para convalidar o que foi perfectibilizado pelas partes, via acordo extrajudicial.

Prescreve o art. 1.029 do Código Civil de 1916:

“Art. 1.029. Não havendo ainda litígio, a transação realizar-se-á por aquele dos modos indicados no artigo antecedente, n. II” (por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou particular, nas em que ela o admite — acrescente) “que no caso couber”.

O Código Civil de 2002 preservou a essência do artigo supracitado:

“Art. 842. A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, *ou por instrumento particular, nas em que ela o admite*; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz” (grifei).

Dessa forma, é possível verificar às fls. 13 a 15 que se trata de um pacto realizado por instrumento particular, em conformidade com os Códigos mencionados.

Ensina Humberto Theodoro Júnior:

“O só acordo de vontades entre os litigantes, assim, já é negócio jurídico perfeito e acabado no que lhes diz respeito. A sentença não é condição essencial de sua validade, tanto que pode haver transação antes do ajuizamento da ação, e, em tal hipó-

tese, nenhuma necessidade há de sujeitar-se o negócio jurídico à aprovação da autoridade judiciária (Código Civil, art. 1.029)” (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 320).

Segue na mesma linha o entendimento de Washington de Barros Monteiro:

“Não se admite transação com caráter condicional, isto é, transação que não ponha fim nem previna o litígio, antes se converta em fonte de novas disputas. Firmado o acordo entre as partes, mediante outorga de mútuas concessões, operada está a transação, com ela terminando a incerteza reinante (*ubi partes conveniunt cessat officium judicis*)” (Direito das obrigações, 1ª parte, vol. 4, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 316).

Maria Helena Diniz comunga do mesmo entendimento:

“Será extrajudicial a transação se levada a efeito ante um litígio iminente preventivamente evitado, mediante acordo dos interessados, que, fazendo concessões recíprocas, resolvem as controvérsias por meio de escritura pública, se a lei exigir, ou particular, nos casos em que a admitir, sem que haja necessidade de homologação judicial (JTACSP 40/199; RT 687/112; 669/102; 702/120; RJTJSP 113/301)” (*in* Código Civil Anotado, edição reformulada à luz do novo Código Civil – Lei n. 10.406, de 10-1-2002, p. 533).

No Superior Tribunal de Justiça outro não é o posicionamento:

“Contrato de locação. Rescisão amigável. Homologação judicial (art. 55 da Lei n. 7.244/84). Desnecessidade e inadmissibilidade ante a inexistência de litígio.

“Não deve o juiz transformar-se em burocrata, mero homologador de papéis, uma espécie de escrivão reconhecedor de firmas que em geral jamais serão contestadas.

“O art. 55 da Lei n. 7.244/84 deve ser interpretado em conjugação com o art. 269, III, do CPC. Se não há litígio, se as partes estão ajustadas e o declaram por escrito, realizando negócio jurídico lícito, a validade formal do título e os seus efeitos jurídicos independem de homologação judicial que, portanto, torna-se supérflua e inadmissível.

“Recurso especial, pela letra a, não conhecido” (REsp n. 46.982-1/SP, rel. Min. Assis Toledo).

Da jurisprudência deste Tribunal extrai-se:

“Em assim sendo, especificamente, no que se refere à transação sabe-se que pode ser celebrada antes da lide ou durante a sua pendência. No primeiro caso, mediante instrumento particular, ou quando a lei o exija, por escritura pública. No segundo, por qualquer desses meios e ainda por termo nos autos, homologada pelo Juiz, na forma de disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil.

“No entanto, a Lei Processual não cogita de procedimento de juris-

dição voluntária para a homologação de transação celebrada extrajudicialmente. E, sem previsão legal específica, inexistente a condição da possibilidade jurídica, a exemplo do que ocorre com o direito de ação, para o pedido deduzido na inicial, que há de ser indeferida, para efeito de extinção do processo; por ser inviável a concessão de tutela jurisdicional pretendida pelos requerentes (recorridos); aos quais se concede a justiça gratuita requerida nas contra-razões” (Ap. Cív. n. 43.357, de Sombrio, rel. Des. Rubem Córdova).

Diante disso, falta aos apelantes interesse processual – arts. 2º e 267, VI, ambos do CPC, isso porque a decisão pretendida não está vinculada a resultado positivo.

Ensina Paulo Martini, Juiz de Direito no Mato Grosso:

“[...] No campo civil, onde as condições da ação tiveram origem e posteriormente foram trazidas para o âmbito do processo penal, a doutrina dominante é no sentido de que falta interesse à parte, quando o provimento jurisdicional pleiteado seja inócuo sob o aspecto prático. Não pode o autor pedir uma atuação do Poder Judiciário que não resulte, se positiva, em utilidade no mundo objetivo.

“É o caso, por exemplo, daquele que, portando título executivo, almeja ver a outra parte condenada a pagar a quantia já consignada no aludido título. Martini, Paulo. Prescrição em perspectiva: questão de bom senso e necessidade” (*Jus Navigandi*, Te-

resina, a. 3, n. 32, jun. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=967>>. Acesso em: 4-4-2005).

Logo, em caso de descumprimento da avença, haverão as partes de dirimir a contenda pela via legal adequada.

Deixa-se de analisar o pedido de assistência judiciária, visto que já foi deferido pelo Magistrado de primeiro grau.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Gastaldi Buzzi.

Florianópolis, 28 de abril de 2005.

Alcides Aguiar,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.017623-6, DE BLUMENAU

Relator: Des. Fernando Carioni

Apelação cível – Embargos à execução – Factoring – Instrumento particular de transação e confissão de dívida – Origem em venda mercantil ou prestação de serviços não comprovados – Julgamento convertido em diligência – Defeito não sanado – Impossibilidade de equiparação das operações de factoring àquelas privativas das instituições financeiras – Vedação à tutela jurisdicional ante a ilegitimidade do crédito executado – Instrumento de confissão de dívida sem a respectiva juntada dos títulos objeto de compra e venda ou da correspondente devolução ao tempo do pacto de renegociação – Inteligência do artigo 17 da Lei n. 4.595/64 alterado pelo artigo 1º da Lei n. 7.492/86 – Falta de liquidez e certeza dos títulos executivos – Nulidade da execução – Exegese dos artigos 586 e 618, inciso I, ambos do Código de Processo Civil – Ausência da adequação da tutela na modalidade de interesse de agir – Artigo 267, inciso VI, do Código de Ritos – Execução extinta – Recursos prejudicados.

Não há aceitar que a operação comercial realizada entre a empresa de factoring e seus clientes seja realmente a obtenção de direitos de crédito que correspondem à compra e venda de mercadorias a terceiros ou de prestação de serviço quando inexistem provas ou sequer indícios atestando a ocorrência do factoring pro-

priamente dito, remanescendo, portanto, dúvida sobre a origem da obrigação, o que torna ilíquido e incerto o título executivo.

O procedimento executacional deve ser instruído com o título líquido, certo e exigível do crédito que se busca satisfazer, a teor do preceituado pelo artigo 586 do Código de Processo Civil. Assim sendo, a execução do contrato de confissão de dívida representativo da compra e venda de faturamento, derivado de títulos autônomos emitidos por clientes da empresa faturizada, impõe ao factor o dever de anexar aos autos os instrumentos que deram origem à dívida, ou prova de sua restituição à empresa faturizada, sob pena de eventual pagamento representar um enriquecimento. Não atendidas essas exigências, é nula a execução, conforme disciplinado no artigo 618, inciso I, do mesmo Código.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.017623-6, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que são apelantes e apelados Nelson Luiz da Silva, Jossineide Aparecida Bonin Uller e Borba Factoring Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, extinguir, de ofício, a execução.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuida-se de apelação cível interposta por Nelson Luiz da Silva e Jossineide Aparecida Bonin Uller contra sentença prolatada pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da comarca de Blumenau que julgou parcialmente procedentes os Embargos à Execução n. 008.98.006400-7, opostos contra

Borba Factoring Ltda., condenando a ora apelada ao pagamento de honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) sobre a quantia executada em excesso, impondo-lhe ainda sobre esse valor a multa de 1% (um por cento) por litigância de má-fé, condenando, também, os apelantes ao pagamento dos honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) sobre o montante da quantia efetivamente devida, impondo-lhe de igual modo, sobre esse valor, a multa de 1% (um por cento) por litigância de má-fé, ficando as custas processuais rateadas na proporção da sucumbência de cada parte (fls. 59 a 63).

Irresignados, sustentam os recorrentes que a empresa de *factoring* apelada não coligou à execução o contrato de faturização firmado, caracterizando, portanto, a sua ilegitimidade ativa na ação executiva.

Afirmam que o Magistrado *a quo* condenou os apelantes como liti-

gantes de má-fé, ao fundamento de que estes tentaram confundir o Juízo ao apresentarem dois recibos referentes ao mesmo pagamento.

Insurgem-se contra a referida condenação alegando que juntaram por engano duas vezes o mesmo recibo (fls. 8 e 10).

Acrescentam que é fácil perceber o equívoco, porquanto ambos possuem o mesmo valor, data e número.

Dizem que o contrato de cessão de crédito, celebrado entre o credor originário cedente e a exeqüente cessionária, ao qual se encontram vinculados a fatura mercantil correspondente e o título reclamado, emitido pelos executados, é documento indispensável à propositura da ação executiva, dada a ausência de autonomia do título que instrui a execucional.

Ao final, clamam pela condenação da apelada a devolver em dobro a quantia que estava pleiteando e que já havia sido paga pelos apelantes, na forma preconizada pelo art. 1.531 do CC/16.

Em contra-razões, a empresa de *factoring* recorrida clama pelo desprovemento do apelo (fls. 78 a 84).

A empresa Borba *Factoring* Ltda. veio da mesma forma aos autos interpondo recurso de apelação às fls. 85 a 91, insurgindo-se contra tal decisão ao argumento de que a condenação por litigância de má-fé fora equivocada, uma vez que não restaram presentes os seus pressupostos, a saber, intenção malévola de prejudi-

car, equiparada à culpa grave e ao erro grosseiro.

Devidamente intimados Nelson Luiz da Silva e Jossineide Aparecida Bonin Uller apresentaram contra-razões às fls. 98 a 100, requerendo o desprovemento do recurso interposto pela empresa apelante.

Após, os autos ascenderam a esta Corte.

Conforme acórdão de fls. 110 a 118, restou constatada a necessidade da juntada dos documentos atestando a ocorrência do *factoring* propriamente dito, peças necessárias para o deslinde da causa, o que levou a ser convertido o julgamento em diligência.

Por meio de petição, a exeqüente requereu a reconsideração da decisão (fls. 122 a 126), a qual restou indeferida à fl. 133.

Nelson Luiz da Silva e Jossineide Aparecida Bonin Uller, devidamente intimados, aduziram que restou prejudicada a manifestação pela não apresentação dos documentos exigidos, requerendo, por conseguinte, o conhecimento da apelação por eles apresentada (fls. 139 e 140).

II — Voto

Ab initio, cumpre esclarecer que a matéria em tela cinge-se em uma nova técnica utilizada modernamente na atividade econômica, qual seja, o *factoring*.

O *factoring* mais próximo ao utilizado nos dias atuais surgiu em

meados do Século XVIII, na Inglaterra, e somente em 1960, na Europa (cf. Bulgarelli, Waldirio. *Contratos Mercantis*, 11ª ed., São Paulo, Atlas, 1999, p. 543 e cf. Boiteux, Fernando Netto. *Contratos mercantis*, São Paulo, Dialética, 2001, p. 230).

Essa mesma atividade chegou ao Brasil, especificamente em 1982, na fundação da Associação Nacional de *Factoring* (Anfac) (cf. Castro, Rogério Alessandro de Oliveira. *Factoring: seu reconhecimento jurídico e sua importância econômica*, Leme/São Paulo, Editora de Direito, 2000, p. 49).

Seu surgimento, segundo Fran Martins, citando Fabio Konder Comparato, serviu para atender às pequenas e médias empresas, na obtenção do capital de giro, sem as dificuldades usualmente observadas no desconto bancário, muitas vezes de difícil acesso aos pequenos comerciantes (*in* *Contratos e Obrigações*, 15ª ed., Editora Forense, 2001, p. 472).

Do conceito de *factoring*, abstrai-se a característica marcante da atividade.

De acordo com Arnaldo Rizzardo:

“O sentido tradicional de *factoring* não oferece maiores dificuldades. Pode-se afirmar que se está diante de uma relação jurídica entre duas empresas, em que uma delas entrega à outra um título de crédito, recebendo, como contraprestação, o valor constante do título, do qual se desconta certa quantia, considerada a

remuneração pela transação” (*in* *Factoring*, 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 13).

Maria Helena Diniz conceitua:

“O contrato de faturização de fomento mercantil ou *factoring* é aquele em que um empresário (faturizado) cede a outro (faturizador), no todo ou em parte, os créditos provenientes de suas vendas mercantis a terceiro, mediante o pagamento de uma remuneração, consistente no desconto sobre os respectivos valores, ou seja, conforme o montante de tais créditos. É um contrato que se liga à emissão e transferência de faturas” (*in* *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 693).

Numa avaliação mais abrangente, Antonio Carlos Domini, Rogério Alessandro de Oliveira Castro e Luiz Lemos Leite afirmam que a fatorização (*factoring*) não fica restrita apenas à compra de direitos decorrentes de venda mercantil de uma empresa.

Por primeiro, ressalta Antonio Carlos Domini:

“*Factoring* são atos que envolvem a cessão de crédito, antecipação de recursos não financeiros e prestação de serviços convencionais ou diferenciados, conjugados ou separadamente, a título oneroso, entre dois empresários, faturizador e faturizado” (*in* *Factoring*: de acordo com o novo Código Civil, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 11).

Vejamos o escólio de Rogério Alessandro de Oliveira Castro:

“[...] atualmente, o *factoring* é um contrato celebrado entre uma empresa, geralmente aquela que tem carência de crédito junto a bancos, e uma sociedade de *factoring*, em que esta compromete-se a prestar àquela, de forma contínua e cumulativa, serviços de assessoria creditícia, mercadológica e contábil, como condição para compra dos créditos com minimização dos riscos e, por consequência, dos fatores (taxa de desconto aplicada para compra do título)” (ob. cit., p. 32).

Em arremate, diz Luiz Lemos Leite:

“*Factoring* é uma atividade comercial mista atípica = serviços + compra de créditos (direitos creditórios) resultantes de vendas mercantis” (in *Factoring no Brasil*, São Paulo, Atlas, 2004, p. 36).

Em verdade, da análise de todos os conceitos apresentados, o que realmente interessa à espécie é que a temática da atividade de *factoring*, basicamente, perfaz-se na obtenção de direitos de crédito que correspondem, segundo Fernando Netto Boiteux, “à venda do faturamento de uma empresa” (ob. cit., p. 232).

Corroborar Cézar Fiuza:

“O objeto do *factoring* é a compra de um crédito ou de um faturamento, que deverá ser lícito e materialmente possível, subtendendo-se aí que já existe” (in *Direito civil*:

curso completo, 8ª ed., rev., atual. e ampl., Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 657).

Importante frisar, ademais, que não há legislação específica sobre a matéria.

Todas as questões são dirimidas pela legislação civil e comercial aplicáveis a cada caso.

Conforme Antonio Carlos Domini, inexistente legislação específica regulamentando o *factoring*. Entretanto, ressalta o referido autor que o direito positivo o socorre, destacando o direito civil quanto às questões referentes à cessão de crédito e prestação de serviços e o direito mercantil, o qual regula o direito cambiário, títulos de crédito, especialmente o endosso (ob. cit., p. 66).

Por outro lado, muito embora não exista lei específica concernente à atividade de *factoring*, há diversos atos administrativos e legislativos infraconstitucionais definindo sua atividade-fim, conceituando-a como “prestação cumulativa e continuada de serviços de assessoria creditícia e mercadológica, gestão de crédito, seleção e risco, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou a prestação de serviço”, vindo a corroborar a atividade de *factoring* as seguintes legislações:

— Código Comercial — Arts. 191 a 220 — Vendas mercantis — Subsidiados e supridos pelos arts. 1.065 a 1.078 — Cessão de créditos do Código Civil/16;

— Código Civil/16 — art. 1.216 — prestação de serviços;

— Lei n. 5.474/68 — vendas mercantis;

— Decreto n. 57.663/66 — títulos de crédito (Convenção de Genebra);

— Circular BC n. 1.359/88;

— Ato Declaratório n. 51/94, da Receita federal;

— Lei n. 8.981/95, art. 28, § 1º, alínea c, 4 (substituída pelo artigo 15, § 1º, III, d, da Lei n. 9.249/95);

— Resolução n. 2.144/95, do CMN;

— Circular BC n. 2.715/96.

A respeito do tema, esclarece Luiz Lemos Leite:

“[...] o *Institut International pour L'Unification du Droit Privé — Unidroit*, reunido na Convenção Diplomática de Ottawa, entre 19 e 28 de maio de 1988, após 14 anos de exaustivas pesquisas, perfilhou a conclusão de que o *factoring* só se concretiza efetivamente se ocorrer a combinação que inclua pelo menos dois dos seguintes serviços: a) gestão de crédito; b) administração de contas a receber e a pagar; c) cobrança; d) proteção contra riscos de crédito; e) fornecimento de recursos.

“[...] Em síntese, *factoring* é um mecanismo que consiste primordialmente no acompanhamento das atividades das suas empresas-clientes, culminando com a aquisição, pela so-

riedade de fomento mercantil, de direitos gerados de vendas mercantis a prazo realizadas por suas clientes, ou seja, presta-lhes serviços e adquire direitos resultantes de suas vendas.

“Importa destacar, desde logo, que a aquisição de créditos de empresas-clientes não exaure o conteúdo do *factoring*, cujo ciclo operacional inicia-se com a comprovada prestação de serviços e se completa com a aquisição de créditos mercantis.

“[...] Portanto, *factoring* não é compra do faturamento. Não é compra de duplicatas. Não é compra nem desconto de cheques pré-datados. Não é empréstimo nem antecipação ou adiantamento de dinheiro. Tampouco dinheiro fácil e rápido, como frequentemente se vêem anúncios nos jornais. Portanto, não pode ser uma operação de crédito.

“*Factoring* é o conjunto de serviços oferecidos por empresas especializadas a uma clientela composta exclusivamente de pessoas jurídicas proporcionando-lhes a assistência indispensável à sua sobrevivência e ao seu crescimento, sendo de notar que o mercado-alvo de *factoring* é o seguimento da pequena e média empresa” (*in Factoring no Brasil*, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 349 e 350).

Por conseguinte, tem-se como corolário e deve ser destacado que é vedada toda e qualquer prática realizada pelas empresas de fomento comercial não relacionada à atividade específica do *factoring*.

Isso porque as operações de *factoring* não se podem resumir à captação e intermediação de recursos financeiros de terceiros, visando à simples antecipação de crédito por títulos sacados contra terceiros, pois tal conduta, isoladamente, representa específica e privativa atividade das instituições financeiras, consoante o art. 17 da Lei n. 4.595/64, alterado pela Lei n. 7.492/86, que em seu art. 1º definiu-as como:

“Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica, de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

“Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

“I – a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recurso de terceiros;

“II – a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual”.

Dessa forma, a fatorização deve corresponder a uma concreta soma de serviços prestados ao faturizado, sendo necessário que a empresa de *factoring* implemente ao menos duas operações ligadas ao seu conceito, para que possa reconhecer

a legitimidade da compra e venda do respectivo faturamento, gerando recursos a fim de que o empresário realize sua atividade econômica.

Assim, o que resta vedado, podendo ser objeto de exame e investigação *ex officio*, é o desenvolvimento do *factoring* exclusivamente voltado à operação de compra e venda de créditos, representando mascarada simulada concessão direta de empréstimo ao seu cliente, atuando como verdadeira instituição financeira, sem que para tanto tenha autorização ou pudessem desenvolver essa específica atividade conferida a entes específicos do Sistema Financeiro Nacional (art. 192 da CRFB).

Na realidade, fato preponderante encontrado, fonte até de preocupação da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, é a utilização pelas empresas de *factoring* de subterfúgios para a aplicação de práticas exclusivas às instituições financeiras, como, por exemplo, o empréstimo de dinheiro.

Esses falsos empresários de *factoring* constituem-se em meros agiotas que cobram juros extorsivos. Operam, na verdade, como instituições financeiras, praticando atos exclusivos desses estabelecimentos, avizinando-se a atividade aos umbrais da ilicitude, desprestigiando a verdadeira atividade de fomento mercantil.

Analisando detalhadamente o tema, Arnaldo Rizzardo pontifica:

“A concessão de empréstimos ou mútuos, sem dúvida, é atividade própria dos bancos.

“[...] Ocorre que muitas empresas têm apenas a denominação ou a fachada de *factoring*, dedicando-se, no entanto, à concessão de crédito, ou de pequenos empréstimos pessoais, numa típica atividade bancária. Embora camuflando o exercício de assessoramento financeiro, ou de compra de ativos, na verdade atua com o crédito, cobrando altos juros, numa verdadeira prática de agiotagem” (ob. cit., p. 170 e 171).

Para complementar, diz Antonio Carlos Domini:

“As empresas de *factoring* não emprestam dinheiro, não estando esta função na sua razão social, sendo o objeto do *factoring* a aquisição de créditos, antecipação de recursos não financeiros e a prestação de serviços convencionais e diferenciados” (ob. cit., p. 62).

Colhe-se do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto:

“[...] I – *Factoring* não se confunde com Instituição Financeira, sendo vedada à empresa de *factoring* a prática de qualquer operação com as características privativas das instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central [...]” (HC n. 7.463/PR, rel. Min. Felix Fischer, j. em 13-10-1998, DJ 22-2-1999, p. 112, LEXSTJ, vol. 119, p. 285, RJADCOAS, vol. 5, p. 60, RSTJ, vol. 115, p. 430).

A prática de determinados atos com ligação à atividade bancária pe-

las empresas de *factoring*, pode até mesmo implicar em sanções criminais, como por exemplo, o crime contra o Sistema Financeiro Nacional (art. 16 da Lei n. 7.492/86).

Exceção à parte, a grande maioria pratica regularmente a atividade, nos moldes como sugerido pela Anfac. Aqui cabe um aparte sobre a referida associação, fundada em 11 de fevereiro de 1982, que busca a reunião das sociedades ligadas ao *factoring*, traça diretrizes, divulga os seus objetivos e vantagens na realização dessa atividade.

Nas palavras de Luiz Lemos Leite:

“Como precursora do *factoring*, a Anfac assumiu o compromisso institucional de situar as atividades dentro dos limites permitidos pelas leis brasileiras. Durante estes 22 anos de sua existência pautou a sua conduta por princípios e procedimentos de coerência, seriedade e profissionalismo [...] Como o *factoring* é uma atividade livre auto-regulamentada, a Anfac adota algumas regras que são observadas em benefício e defesa de toda a categoria [...] Da Anfac emanam normas, sistematizadas em seu Manual de Operações e no Código de Ética, geradas de sucessivas e freqüentes Circulares, que disciplinam e orientam a atuação de suas filiadas” (ob. cit., p. 41).

Por oportuno, destacamos, agora, alguns pontos referendados pela associação em tela: 1º) o dever do *factor* em formalizar as suas relações

com o cliente por meio do contrato de fomento mercantil elaborado e fornecido pela Anfac; 2º) a contabilização das operações efetuadas por provas contábeis, dentre elas: 1. contrato de fomento mercantil – formalizado e registrado para cada empresa-cliente; 2. aditivo ao contrato de fomento mercantil – confeccionado a cada operação realizada; 3. cópia do borderô – compõe o aditivo ao contrato de fomento mercantil; 4. nota fiscal de serviços – discriminando os serviços prestados na operação; 5. cópia da cartanotificação ao sacado – com AR (aviso de recebimento) com indicação do assunto; 6. cópia das notas fiscais que originaram as duplicatas – negociadas a cada operação; 7. original do comprovante da entrega da mercadoria – (liquidado o título, devolver o original para o cliente contratante) (a respeito ver manual do associado da Anfac).

Os procedimentos acima expostos, ao mesmo tempo em que resguardam os direitos das empresas de *factoring* e de suas empresas-clientes, evidenciam a origem das operações comerciais realizadas a fim de possibilitar a tutela do crédito requerido.

Nessa conjuntura, é que se converteu o julgamento em diligência, de modo a permitir à credora, denominada empresa de *factoring*, demonstrar a efetiva realização de sua atividade-fim, mediante a juntada do respectivo contrato de fomento mercantil e/ou das respectivas notas fiscais dos serviços realizados, bem como dos títulos que foram objeto da operação de compra e venda, a fim de conferir-se a liqui-

dez do saldo devedor exigido, além do fato de que o eventual pagamento daquelas cédulas pode conferir um enriquecimento sem causa à *factoring* exeqüente, em prejuízo do acionado, visto que, resgatados os títulos dados em garantia do adimplemento do faturamento alienado, é de rigor a devolução dos respectivos instrumentos, de forma a permitir que a faturizada/executada possa ressarcir-se perante os obrigados primitivos.

Somente dessa forma, resta devidamente comprovado que os atos praticados pela *factoring* realmente estão ligados a sua atividade-fim, excluindo-se, conseqüentemente, qualquer dúvida sobre eventual desvirtuamento ou prática de agiotagem.

A doutrina de Fábio Ulhoa Coelho, para afastar a possibilidade de agiotagem, evidencia a preocupação na demonstração, por meio de provas, da realização do *factoring*:

“As faturizadas não podem cobrar juros superiores ao limite da Lei de Usura enquanto não se considerarem instituições financeiras. Podem, evidentemente, cobrar pelos serviços de administração e seguro de crédito o preço que quiserem, fato que conduz à seguinte questão: como distinguir juros usuários legalmente proibidos do preço dos serviços de fomento? A solução encontra-se na distinção entre a faturização e a agiotagem, isto é, deve-se pesquisar se os serviços de assessoramento na concessão de crédito são de fato prestados ou não; se entre as partes ocorre a cessão da totalidade das faturas – condi-

ção econômica intrínseca da faturização – ou se são pontuais as relações; se há direito de regresso na transferência do crédito ou se o cessionário renunciou a ele; se há, por fim, uma organização empresarial apta à prestação dos serviços de assessoria creditícia ou mero administrador de disponibilidades financeiras próprias. Caso não estejam presentes os pontos característicos do fomento mercantil na operação, o desconto que o cedente concorda em suportar deve atender aos limites da Lei de Usura, porque, não havendo serviços a serem remunerados, corresponde aquela margem só a juros. Se encontrados os elementos de caracterização empresarial do fomento mercantil, sempre serão devidos os preços dos serviços, e como para esses não há limitação legal nenhuma, resulta inaplicável a Lei de Usura” (in Curso de direito comercial, vol. 3, São Paulo, Sarai-va, 2002, p. 136 e 137) (grifei).

Mais explicitamente, outra não é a conclusão apresentada por Rogério Alexandre de Oliveira Castro, se não vejamos:

“[...] a) a sociedade de factoring, quando ajuizar execução contra o possível emitente do título de crédito, deverá comprovar que este decorreu efetivamente de uma venda mercantil ou de uma prestação de serviços, sob pena de a ação ser julgada improcedente;

“b) a cobrança judicial pela sociedade de factoring de cheques que não decorram efetivamente de uma venda mercantil fica prejudicada;

“c) a sociedade de *factoring* poderá exercer o direito de regresso contra a empresa faturizada, cedente de títulos, caso fique comprovado que as mercadorias cujos créditos foram negociados foram a esta devolvidas;

“d) a sociedade de *factoring*, por adquirir os títulos *pro soluto* e, assim, assumir o risco do negócio, não poderá voltar-se contra a empresa faturizada, caso o sacado não venha a pagá-los em seu vencimento;

“[...] h) a sociedade de *factoring* poderá valer-se da ação monitória, inovação incluída no Código de Processo Civil (art. 1.102), para cobrar cheque prescrito do emitente, independentemente da comprovação de o crédito referir-se a uma venda mercantil [...]” (ob. cit., p. 99 e 100) (grifei).

Resumindo, não existindo provas ou sequer indícios atestando a ocorrência do *factoring* propriamente dito, presume-se a tão-só existência e intermediação de créditos entre a empresa de fomento, que se apresenta como credora, e o respectivo devedor, sem que, todavia, a primeira pudesse atuar nessa especial atividade, privativamente conferida às instituições financeiras, repercutindo na falta de higidez do título elaborado entre o factor e seu cliente, como instrumento simuladamente criado como garantia de uma operação de desconto que, no caso ora em julgamento, sequer existiu, pois, convertido o julgamento em diligência, nem mesmo assim o credor obteve demonstrar que o título em exigência retrata ao menos uma operação de desconto, ainda que esta lhe

fosse vedada intentar, restando evidenciado, especificadamente no caso ora em mira, que a operação constituiu-se em mera concessão de um empréstimo, atividade não permitida à *factoring* desenvolver.

No ponto, vale ressaltar que o rigorismo do tratamento conferido às operações desenvolvidas por pseudo-empresas *factoring* não contraria ou desconstitui o entendimento desta colenda Câmara, que admite a legitimidade da obrigação pecuniária decorrente de mútuo feneratício entre particulares, mesmo quando há comprovação da cobrança de juros usuários, restringindo tão-somente a cobrança desse encargo a 12% ao ano, pois, enquanto na primeira hipótese está-se diante da prática comercial que se aproxima aos lindes da ilicitude, e, assim, o título expedido representa mera simulação de uma prática comercial que de fato não está sendo desenvolvida, já na segunda hipótese se cuida de excesso passível de balizamento, sem prejuízo da legalidade da obrigação subjacente de empréstimo (ver AC n. 2000.011056-6, da Capital, rel. Des. Gastaldi Buzzi, j. em 29-4-04).

No caso em comento, a empresa de fomento credora (faturizadora) baseou sua execução em um instrumento particular de transação e confissão de dívida (fls. 13 e 14 da execução em apenso) que sequer menciona a sua origem no *factoring*, não tendo exibido o contrato de fomento ou as notas fiscais de prestação de serviço, de sorte a fazer prova de que

o crédito em exigência pudesse provir da aquisição de títulos da faturizada ou dos aludidos serviços prestados, o que, não demonstrado nestes autos, e ultrapassada a fase de admissibilidade da demanda, fulmina o próprio título construído a partir de um fato material cuja implementação é vedada à exequente intentar.

É que, reitere-se, no caso em foco não restou demonstrado que o instrumento em execução, “instrumento particular de transação e confissão de dívida” (fls. 13 e 14 da execução em apenso), resulta do fato certo, concreto, material, concernente à aquisição de títulos de devedores da faturizada ou do preço dos serviços a ela prestados; sendo assim, o aludido “instrumento particular” retrata, em verdade, a expedição de um documento que simula uma prática comercial que, além de não ter existido (a aquisição de títulos ou a prestação de serviços), é vedada ao factor desenvolver, ou seja, atuar direta e meramente na concessão de empréstimos de dinheiro, o que despede da cártula em execução tanto o requisito da certeza, ante a não comprovação da ocorrência do fato material ensejador da obrigação, quanto da liquidez, em face da inviabilidade de se apurar o montante da somatória dos títulos adquiridos pelo facto, ou do preço (ágio) dos serviços que este prestou (art. 585 do CPC).

Restou constatado no acórdão de fls. 110 a 118 a necessidade da juntada dos documentos atestando a ocorrência do *factoring* propriamente

dito, não tendo sido anexados aos autos nenhum instrumento ou sequer indícios do desempenho da atividade em discussão.

Nesse norte, o exame da licitude da atividade desempenhada pela *factoring* está vinculado à demonstração que realizou com a “compra” de direitos creditícios, algumas das ações que integram o próprio conceito do *factoring*, sob pena de sua atividade chegar aos lindes da vedação ou mesmo da ilicitude, realizando operações de desconto de títulos, modalidade de negócio exclusivamente afeta às instituições financeiras.

Fixada esta premissa, verifica-se no presente caso, após a conversão do julgamento em diligência, que a credora (empresa de *factoring*) não colacionou ao feito nenhum instrumento demonstrando a atividade de fatorização propriamente dita e, dessa forma, revela-se vedada a “compra” dos créditos perpetrada pela exequente.

Ademais, também, por outro fundamento, é possível a extinção do pleito executivo, porquanto, mesmo após a conversão do julgamento em diligência para juntada dos títulos representativos dos créditos que ensejaram a confissão de dívida, verifica-se que a credora limitou-se a requerer a reconsideração, alegando que os títulos subjacentes tinham sido devolvidos aos devedores originários.

Com efeito, muito embora se trate de contrato de confissão de dívida, em tese exequível pelo valor nele

inscrito, a hipótese sob exame exigia a juntada dos instrumentos que deram origem à dívida, ou, então, prova de sua devolução aos devedores, ao tempo da assinatura do ajuste de renegociação, pois, sendo possível a cobrança autônoma de cada um dos créditos confessados, o eventual adimplemento do crédito, no curso da execução, acarreta o ônus de o exequente devolver os respectivos títulos, de modo a evitar um enriquecimento sem causa do credor, na medida em que este pode locupletar-se mediante a execução dos devedores originários, enquanto apenas os confitentes podem-se ressarcir desse valor perante os obrigados primitivos (cf. voto vencido deste signatário e do Des. Gastaldi Buzzi nos Embargos Infringentes n. 2003.007501-1; e AC n. 2002.021281-0, de Itajaí, rel. Des. Gastaldi Buzzi).

Mutatis mutandis, aplica-se a doutrina de Bonfim Viana, quando esclarece:

“Os negócios de desconto estão sujeitos à cláusula implícita de bom êxito. Não resgatados os títulos no seu vencimento, assiste ao banco o direito de agir em regresso contra os coobrigados cambiários.

“No tocante à responsabilidade do descontário poderá o banco acioná-lo fundado na inexecução contratual. A ação extracambiária contra o descontário pressuporá a devolução do título descontado.

“A inadimplência do devedor cedido atribuir-lhe-á as duas ações autônomas não cumulativas. A cambiária

fundada no documento descontado e a comum para efeito de restituição da soma antecipada.

“Se acionar o descontário, com base no contrato, deverá efetuar a devolução do título. Poderá ser feita na própria petição em que pleitear a restituição da soma cambial descontada.

“A devolução prévia ou contemporânea tem a finalidade de proteger os interesses do descontário. Evitar que o banco possa ajuizar cumulativamente as duas ações” (Rizzardo, Arnaldo. Contratos de Crédito Bancário, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 69, 113 e 114).

Assim, inegável a nulidade da presente *actio*, tendo em vista que fora definitivamente simulada a operação de *factoring*, o que, por óbvio, impossibilitou a juntada dos documentos solicitados e indispensáveis à propositura da ação de execução.

Portanto, forçosa, diga-se desde já, é a extinção da presente demanda sem a análise do mérito, pois é cediço que pressupõe a execução a verificação do título executivo líquido, certo e exigível, conforme dispõe o art. 586, *caput*, do CPC. Na ausência da adequação da tutela na modalidade de interesse de agir, é nulo o procedimento, *ex vi* do art. 618, inc. I, do CPC.

Rezam os prefalados dispositivos legais:

“Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível.

[...]

“Art. 618. É nula a execução:

“I – se o título executivo não for líquido, certo e exigível (art. 586).

A respeito, ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“1. Título executivo. O título que autoriza a execução é aquele *prima facie* que evidencia certeza, liquidez e exigibilidade que permitem que o credor lance mão de pronta e eficaz medida para o cumprimento da obrigação a que o devedor se prestou a cumprir” (*in* Código de processo civil comentado: e legislação extravagante: atualizado até 7 de julho de 2003, 7ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 981).

Colhe-se, ainda, da doutrina de Luiz Fux:

“O título executivo contém a obrigação a ser satisfeita através dos meios executivos. Essa obrigação há de se apresentar configurada na sua extensão, em função da qual se fixam os limites da execução [...].

“Além de o título estabelecer o *quantum* devido, também deve ser claro quanto ao vencimento e à existência da obrigação [...].

“Essas razões conduziram o legislador a autorizar a execução, ou seja, a instauração do processo satisfativo somente se o credor exhibir, em juízo, título executivo que consubstancie obrigação *líquida, certa e exigível* (art. 586 do CPC).

“E completa:

“*Certa* é a obrigação induvidosa, resultante do título executivo [...] A certeza que se exige deve estar revelada pelo título executivo, muito embora a natureza abstrata da execução permita a discussão da *causa debendi*. Em suma, a obrigação deve ser certa quanto à sua existência, e assim o é aquela assumida pelo devedor e consubstanciada em título executivo, muito embora ao crédito possa opor-se o executado, sustentando fatos supervenientes à criação da obrigação.

“*Exigível* é a obrigação vencida. Em regra, o título consagra o vencimento da obrigação [...] A exigibilidade confunde-se com o requisito do ‘inadimplemento do devedor’; por isso, inexigível a obrigação, é impossível a execução, que se impõe extinguir sem análise do mérito.

“*Líquida* é a obrigação individualada no que concerne ao seu objeto [...] ‘A liquidez indica quantitativa e qualitativamente o conteúdo da obrigação’, fixando os limites de atuação do Estado para atingir o escopo satisfativo a que se propõe o processo executivo” (in Curso de direito processual civil, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 1.260 e 1.261).

Oportunos, ainda, os ensinamentos de Araken de Assis:

“O art. 583 do CPC baseia a ação executória no título executivo. Tal documento, aduzem os arts. 618, I, e 586, *caput*, conjugará os atributos da certeza, da liquidez e da exigibilidade. Impõe-se o exame individual des-

ses caracteres porque, a teor do catálogo dos arts. 584 e 585, sua reunião no título se afigura contingente e acidental. Em alguns casos, ao título faltará determinado atributo, inviabilizando a execução.

“De logo, cabe frisar as noções de certeza, de liquidez e de exigibilidade. Extremando-as, Carnelutti asseverou, egregiamente, que o título é certo quando não há dúvida acerca da sua existência; líquido, quando inexistente suspeita concernente ao seu objeto; e exigível, quando não se levantam objeções sobre sua atualidade” (in Manual do processo de execução, 8ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 149).

Conclui-se que pode ser considerado título executivo, portanto, objeto da ação de execução, somente aquele título líquido (pois registra o valor determinado a ser pago), certo (não paira dúvida quanto à obrigação) e exigível (em que a cobrança do valor expresso pode ser exigida, não se sujeitando a nenhuma limitação).

Do contrário, a execução do pretense crédito fica obstada, sujeita apenas ao processo de conhecimento.

Especificamente, no caso em apreço, enfim, resta afastada a existência do título executivo, dada a vedação da operação de crédito praticada pela exeqüente, porquanto equiparada à atividade privativa das instituições financeiras, não restando demonstrada a prática de *factoring* pro-

priamente dita, bem como, concorrentemente, a iliquidez da obrigação exigida, ante a ausência dos títulos objetos de confissão da dívida, sendo inviável a pretensão de cobrança exclusivamente no instrumento de confissão, sem a respectiva devolução dos títulos confessados, ou prova da realização desse procedimento ao tempo da composição do débito confessado.

Nada obstante, cabe frisar a possibilidade da via ordinária para a certificação e a conseqüente cobrança do valor pretendido pela empresa de *factoring*, de sorte a se evitar a ocorrência do enriquecimento sem causa, valendo destacar que no caso *sub judice* se está diante da exigência de uma dada cifra mutuada.

Diante do exposto, deve-se decretar, de ofício, a extinção da exe-

cução, consoante disposição dos arts. 618, inciso I, e 267, VI, ambos do CPC.

Condena-se a exequente ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), com base no art. 20, § 4º, do CPC.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, extingue-se, de ofício, a execução.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzi.

Florianópolis, 16 de junho de 2005.

Alcides Aguiar,
Presidente, com voto;
Fernando Carioni,
Relator.

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 2005.014328-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Alcides Aguiar

Habeas corpus – Depositário judicial – Encargo assumido pelo devedor, sem qualquer oposição, após a alienação do bem constritado a terceiro – Penhora hígida – Alegação de desconhecimento das conseqüências que advêm ante o não-cumprimento a contento do munus – Irrelevância – Art. 3º da LICC – Prisão decretada – Ordem denegada.

A venda efetuada pelo devedor a terceiro de um automóvel indicado à penhora anteriormente pela credora e após o ingresso daquele no feito executivo, dando-se por citado, não se mostra suficiente para anular a constrição judicial formalizada posteriormente sobre o aludido bem, pois é por demais suspeita, podendo levar à conclusão de que se deu em fraude à execução.

O depositário judicial que alega ser a penhora irregular após passados mais de dez anos da assunção do encargo e quando ameaçado de ser preso, demonstra a falta de diligência na guarda do bem que lhe foi confiada.

O alegado desconhecimento da lei, acerca das consequências que advêm do depósito judicial, não isenta o depositário das responsabilidades inerentes ao citado instituto jurídico, até porque, conforme preceitua o art. 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro: “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2005.014328-8, da comarca da Capital (2ª Vara Cível), em que são impetrantes Flávio Ricardo Félix, Luiz Henrique Ribeiro Martins e Alexander Bohrer, sendo paciente Fernando José da Silva Mendonça:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, denegar a ordem.

Os doutores Flávio Ricardo Félix, Luiz Henrique Ribeiro Martins e Alexander Bohrer impetraram *habeas corpus* em favor de Fernando José da Silva Mendonça, alegando que este encontra-se “submetido a constrangimento cuja ilegalidade decorre de ato praticado pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca da Capital”, nos

autos do processo de execução movido pela Cassol Materiais de Construção Ltda. contra o ora paciente e a empresa Pórtico Planejamento e Engenharia Civil Ltda.

Relatam que o paciente foi sócio de uma empresa do ramo de construção nesta Capital que, por má gestão da gerente – pessoa de confiança daquele –, restou sumariamente falida; tal fato gerou o ajuizamento de diversos processos contra o Sr. Fernando, tendo sido absolvido naqueles relativos à esfera criminal e honrado alguns compromissos na órbita civil, estando pendentes outros feitos, pois jamais recuperou sua situação financeira.

Destacam que o executado, cidadão português, assinou o termo de penhora nos autos da execução cita-

da sem saber das reais conseqüências que poderiam se seguir, pois, “atormentado com a situação que vivia no momento, pouco afeito às minúcias legais” do país; “a ‘penhora’ de fl. 48, realizada em 29-3-94, foi lavrada quando o veículo já tinha sido vendido de há muito. Repetindo: O veículo foi vendido pela Pórtico em 9-12-93 e a ‘penhora’ ocorreu em 29-3-94, quase 4 meses após o imóvel ser vendido”; nessas condições não poderia ser depositário judicial do aludido bem; este não pôde ser vistoriado tampouco avaliado pelo Auxiliar da Justiça, haja vista que não foi encontrado por estar em poder de terceira pessoa.

Sustentam que, apesar de o Juízo *a quo* não ter analisado os argumentos ora arrolados, por entender que o decreto prisional restou determinado por este Tribunal de Justiça, é de se considerar que não foram apreciados no julgamento do respectivo recurso, caracterizando fato novo passível de deliberação.

Argumentam que a revelia decretada é ilegal, pois “simples pesquisa para apurar os processos noticiados nos autos bastaria para localizar o endereço atualizado do autor, ou mera consulta a um dos seus procuradores nos autos, entre os quais Dr. Olavo Rigon, de fácil localização”; por não haver avaliação do bem, está o paciente privado de saber o real valor a ser depositado.

Pugnam, diante da presença dos requisitos necessários, pelo deferimento da medida liminar, com a concessão da ordem ao final.

Juntaram os documentos de fls. 16 a 168.

Pelo despacho de fls. 173 a 177, restou negada a liminar.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem postulada.

É o relatório.

Objetivam os impetrantes com o presente remédio constitucional revogar ato judicial que determinou a prisão do paciente em razão da caracterização da figura do depositário infiel.

Extraí-se dos documentos que instruem a inicial que no processo de execução de títulos extrajudiciais, movido por Cassol Materiais de Construção Ltda. contra Pórtico Planejamento e Engenharia Ltda. e Fernando José da Silva Mendonça, restou constritado judicialmente, em 29-3-94, o automóvel descrito no auto de penhora e depósito (fl. 51), tendo assumido o encargo de depositário o segundo executado, representante legal da empresa demandada.

Diante da não localização do bem pela Avaliadora Judicial, que certificou, já em 29-9-97, ter sido “informada que a empresa executada mudou-se, sendo seu atual paradeiro desconhecido” (fl. 66), procedeu-se à intimação do depositário do automóvel, via edital, dando-se-lhe prazo de 24 horas para entregar o veículo, ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro, sob pena de ser decretada sua prisão – fls.70 a 76.

Sem haver manifestação do ora paciente acerca do comando *supra*, a exeqüente requereu a decretação da prisão que restou indeferida pela Juíza de Primeiro Grau – despacho de fl. 98. Interposto Agravo de Instrumento, autuado sob o n. 2003.014649-0, relator o Des. Trindade dos Santos, respectiva decisão restou reformada pela Terceira Câmara de Direito Comercial – acórdão de fls. 119 a 131 – “para, afastando o óbice encontrado pelo ilustre magistrado, decretar a prisão civil do depositário infiel Fernando José Silva de Mendonça”.

Expedido mandado de prisão, requereu o executado a revogação fundada basicamente nos argumentos expostos neste *writ*, que restou indeferida pela Julgadora *a quo*, por entender ser incompetente para a análise.

Passa-se à apreciação das alegações dos impetrantes diante da ausência de deliberação judicial a respeito, até porque esta é a primeira vez, excetuada a petição dirigida à Julgadora de Primeiro Grau que não esgotou a análise por entender faltar-lhe competência, que o depositário se defende; ademais, está em discussão o direito de ir e vir de um cidadão.

Inicialmente, merece destacar que o alegado desconhecimento da lei, *in casu*, as conseqüências que advêm do depósito judicial, não isenta o depositário das responsabilidades inerentes ao citado instituto jurídico, até porque, conforme preceitua o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil Bra-

sileiro: “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Vale acrescentar, nesse ponto, porque bem elucidou a situação em exame, o parecer ministerial da lavra do Doutor Paulo Ricardo da Silva: “[...] é de conhecimento público que ninguém pode se eximir de cumprir a lei sob o argumento de não conhecê-la, *ex vi* artigo 3º da LICC, *quando mais no caso do paciente, que era empresário do ramo de construção civil e Cônsul Honorário de Portugal nesta cidade, como alegado na exordial*” (grifei).

Preceituam os artigos 629 do Código Civil e 148 do Código de Processo Civil, respectivamente:

“Art. 629. O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acrescidos, quando o exija o depositante.

“Art. 148. A guarda e conservação de bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou arrecadados serão confiadas a depositário ou a administrador, não dispondo a lei de outro modo”.

Sobre as obrigações do depositário judicial comenta Washington de Barros Monteiro:

“A coisa há de ser restituída no estado em que se encontrar, quando a exigir o depositante. Essa restituição opera-se ainda que ela esteja de-

teriorada; se a deterioração ocorre por culpa do depositário, responderá este pelo dano; se é natural, fruto exclusivo do desgaste ou da ação do tempo, suportá-lo-á o depositante” (Curso de Direito Civil, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1975, vol. 5, p. 228).

No caso em apreço argumentam os impetrantes ser a penhora irregular, pois, quando efetivada, o bem constritado já não mais pertencia ao patrimônio da empresa executada.

Tal argumento não merece respaldo, pois aliado ao fato de ter sido levantado somente após decorridos mais de 10 anos da prática do ato e quando, ameaçado o depositário judicial de ser preso, conduta que já seria suficiente para demonstrar a falta de diligência na guarda do bem que lhe foi confiada, os executados se deram por citados no processo de execução em 10-9-93, petição de fls. 42 e 43, e o automóvel foi indicado à penhora pela credora em 29-11-93 – fl. 48, antes da alienação para terceira pessoa, que ocorreu em 9-12-93. É certo que a constrição judicial só se formalizou em 29-3-94 – fl. 52, contudo, referida transferência é por demais suspeita, diante do cotejo das datas acima, podendo levar à conclusão de que se deu em fraude à execução.

A propósito, em caso semelhante já decidiu este Tribunal de Justiça:

“Prisão civil. Depositário judicial. Compromisso assumido pelo próprio devedor, mesmo sendo sabedor de que o bem penhorado não mais integrava seu patrimônio por ocasião

da constrição. Fato, ademais, omitido do meirinho e não ventilado quer na execução, quer nos embargos opostos. Cabimento da medida vexatória corporal por infidelidade depositária, se não restituído o bem ou seu equivalente em dinheiro. Revigoração da decisão que decretou a prisão, com cassação da que a revogou. Agravo provido.

“Assumindo o próprio devedor o *munus* de fiel depositário do bem que o Oficial de Justiça está a lhe penhorar, mesmo sendo sabedor que não mais integrava ele o seu patrimônio por ocasião da constrição, e omitindo tal fato do serventuário, como também silenciando a seu respeito na execução e especialmente nos embargos que opôs, não lhe é dado, ao ser instado a apresentá-lo em Juízo ou a restituir o seu equivalente em dinheiro, argüir a irregularidade a que ele mesmo deu causa, como justificativa para isentar-se de tal obrigação ou de impedir, caso não a cumpra, o cabível e competente decreto de sua prisão por infidelidade depositária” (AI n. 1997.007372-0, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Gaspar Rubik).

Em reforço a este argumento, é de consignar-se que o ora paciente assumiu o encargo de depositário do bem constritado sem qualquer oposição, o que demonstra que estava ciente da obrigação a que foi incumbido, até porque era um direito seu, diante de fatos que entendia relevantes, recusar o depósito do automóvel em suas mãos.

A propósito, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

“Constitucional e processual civil. Execução fiscal, penhora. Depósito. Obrigação de o devedor assumir o encargo de depositário: inexistência. Inteligência do art 5º, II, da CF/88. Recurso não conhecido.

“I — O devedor não é obrigado a assumir o encargo de depositário, já que, por força do art 5º, II, da CF/88, ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’.

“II — Recurso especial não conhecido” (REsp n. 161068/SP, rel. Ministro Adhemar Maciel).

Plenamente evidenciado, então, que o paciente não cumpriu com a determinação da Magistrada *a quo* de restituir o bem depositado, violando o compromisso de depositário judicial assumido previamente, fato que autoriza sua prisão.

Novamente merece transcrição o bem-lançado parecer do representante do Ministério Público de segundo grau:

“Destarte, como o paciente, mesmo sabedor (citado) da existência da ação de execução, alienou o automóvel de sua propriedade e, bem assim, assinou o termo de penhora e depósito, depois da venda citada, sem referir qualquer oposição ou mesmo tendo alertado para a transferência ocorrida, sob nossa ótica, resta incontestável sua infidelidade depositária, tornando, assim, perfeitamente legal a decretação da sua prisão”.

A Súmula 619 do Supremo Tribunal Federal autoriza este procedimento:

“A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

Reporto-me aos julgados já transcritos no acórdão do Agravo de Instrumento n. 2003.014649-0, sobre o cabimento da prisão no caso de depositário judicial infiel, referente a esta demanda, para não ser repetitivo.

A alegada “decretação da revelia do autor” deve ser afastada, uma vez que, diante da informação da não localização da empresa executada – certidão de fl. 66, procedeu-se à intimação do depositário via edital, conforme previsto no diploma processual civil.

Ressalta-se, ainda, que no agravo de instrumento, no qual buscava a exequente a decretação da prisão do executado, restou relatado pelo Des. Trindade dos Santos que, “embora intimados, os agravados não ofertaram contra-razões no prazo legal (fl. 38)”, o que demonstra ter sido assegurada a ampla defesa ao depositário judicial; ademais, ainda que na via estreita do remédio heróico, estão sendo analisadas todas as alegações trazidas à discussão.

Por último, quanto à falta de avaliação do automóvel que estaria gerando a privação de um direito do paciente de depositar o valor do bem, por ser o montante desconhecido, é de se consignar que restou devidamente resguardada tal faculdade ao executado pela Juíza de Direito de pri-

meio grau quando destacou *verbis* “de admitir-se que este Juízo poderá num eventual pleito do devedor para substituição da penhora efetuada em fls. 48 e 49 e verso, na forma do art. 668 do CPC (em dinheiro) e desde que havendo concordância da credora, após efetiva substituição da penhora, apreciar a revogação do decreto prisional em decorrência da perda de objeto face a substituição do bem penhorado”.

Ante o exposto, denega-se a ordem constitucional.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Gastaldi Buzzi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Ricardo da Silva.

Florianópolis, 2 de junho de 2005.

*Alcides Aguiar,
Presidente e Relator.*

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2005.003873-6/001, DA CAPITAL

Relator: Des. Volnei Carlin

Embargos de declaração — Ausência dos pressupostos de embargabilidade do julgado — Objetivo de novo exame sobre a matéria decidida — Inadmissibilidade.

O recurso de embargos de declaração descabe quando, a pretexto de esclarecer uma incorrente contradição, obscuridade ou omissão do julgado, busca, ao final, rediscutir a matéria objeto da lide.

Embargos declaratórios — Alegada omissão do julgado — Inocorrência — Objetivo de prequestionar a matéria.

Opostos embargos contra decisão em mandado de segurança para sanar omissão e/ou visando ao prequestionamento de te-

mática constitucional, não é admissível alteração substancial do julgado, fato que afrontaria o art. 535, II, do Código de Processo Civil, indo além dos limites nele estabelecidos.

Inexistindo omissão no acórdão, rejeitam-se os embargos. No caso presente, o julgado foi preciso e explícito ao analisar a questão da supressão do abono conferido a professor readaptado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Mandado de Segurança n. 2005.003873-6/001, da comarca da Capital, em que é embargante o Estado de Santa Catarina e embargada Márcia Maria Peres Linhares:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, rejeitar os embargos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Márcia Maria Peres Linhares impetrou mandado de segurança contra ato do Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Educação e Inovação de Santa Catarina, argumentando que é ocupante do cargo de professora da rede oficial de ensino e desempenhava normalmente as suas funções, até que foi readaptada, em razão de complicações em seu estado de saúde. Alega a impetrante que, em razão da readaptação funcional que a afastou das atividades docentes, deixou de receber o abono concedido pelo Estado aos servidores ativos.

Processado o feito e com a concessão da ordem (fls. 56 a 62), o Estado de Santa Catarina, às fls. 66 a 76, opôs embargos declaratórios contra referida decisão colegiada, alegando haver omissão ante os arts. 458, II e III, e 535, II, do CPC, art. 1º da Lei n. 1.533/51, art. 1º da Lei n. 5.021/66 e arts. 2º, 37, *caput*, 61, II, § 1º, c, e 93, IX, da CRFB. Justifica o reexame da matéria decidida como prequestionamento para recurso aos tribunais superiores.

II — Voto

Inicialmente, deve-se delimitar a matéria a ser discutida em sede de embargos declaratórios, tendo em vista o disposto no art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que a pretensão do embargante, *in casu*, de reexaminar o *meritum causae*, na apreciação dos arts. 458, II e III, e 535, II, do CPC, art. 1º da Lei n. 1.533/51, art. 1º da Lei n. 5.021/66 e arts. 2º, 37, *caput*, 61, II, § 1º, c, e 93, IX, da CRFB (fls. 66 a 76). Indiscutivelmente, o que o embargante pretende que seja analisado relaciona-se com questão já decidida (fls. 56 a 62).

Alega o recorrente que houve aumento de vencimentos, o que é vedado pela lei fundamental. Entretanto, como bem demonstrado no voto, além de não ser possível o aumento também não o é o decesso (fl. 59) em caso de readaptação funcional.

Atinente à falta de fundamentação, alardeada pelo recorrente, veja-se a lição de Theotonio Negrão:

“Nos embargos de declaração, o órgão julgador não está obrigado a responder:

[...]

‘— À consulta do embargante quanto à interpretação de dispositivos legais’ (STJ, 1ª Turma, REsp n. 16.495/SP, EDcl, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 10-6-92, não conhecera, v.u., DJU 31-8-92, p. 13.632).

“Em suma, o ‘órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio’ (STJ, 1ª Turma, AI n. 169.073/SP, AgReg, rel. Min. José Delgado, j. 4-6-92, negaram provimento, v.u., DJU 17-8-98, p. 44). No mesmo sentido: RSTJ 148/356, RT 797/332, RJTJESP 115/207” (in: Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 622, nota 3, do art. 535).

Colhe-se o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Embargos de declaração – Rediscussão da matéria – Via processual inadequada – Prequestionamento – Ausência dos requisitos do art. 535 do CPC – Improvimento.

“— Os embargos declaratórios não se prestam a rediscutir a matéria já julgada, mas somente para suprir eventuais omissões e esclarecer obscuridades e contradições no julgado” (EDAC n. 2003.004336-5, de Brusque, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 14-4-2005).

Desse modo, inexistem omissões na decisão atacada.

Destaca-se que o próprio embargante declara sua intenção de prequestionamento para admissibilidade de recurso aos tribunais superiores (fl. 67). Contudo, ainda assim é necessário que se demonstre o ponto obscuro, omissão ou contraditório do julgado, o que, no caso em tela, não restou evidenciado pelo recorrente.

É da jurisprudência:

“[...] 1. Inocorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, não há como prosperar o inconformismo, cujo real objetivo é a pretensão de reformar o *decisum* no que pertine à correção monetária dos créditos extemporâneos do IPI, o que é inviável de ser revisado em sede de embargos de declaração, dentro dos estreitos limites previstos no artigo 535 do CPC.

“2. Impõe-se a rejeição de embargos declaratórios que, à guisa de omissão, têm o único propósito de prequestionar a matéria objeto de recurso extraordinário a ser interposto. Precedente da Corte Especial” (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp n. 582853/SC, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, in DJU de 27-6-2005, p. 228).

O Ente Público alega, ainda, que o aresto não rebateu todos os pontos suscitados pela autoridade imetrada.

Sobre o assunto, vale lembrar a importante lição do Min. Milton Luiz Pereira:

“Processual civil. Embargos declaratórios (art. 535, I e II, CPC).

“1. Necessariamente o juiz não precisa esmiuçar todos os fundamentos erguidos pelas partes, por mais significativos possam lhes parecer, desde que, na solução do litígio, demonstre as razões do seu convencimento. O efeito modificativo, só tem acolhida diante de virtual excepcionalidade, inócurre na hipótese.

“2. Ausentes as hipóteses legais, os embargos são rejeitados” (STJ, EDREsp n. 51.748-6/RJ, Min. Milton Luiz Pereira, DJU n. 36, 20-2-95, p. 3.157).

Ademais, o fato de o Magistrado não ter rebatido todos os pontos suscitados pelas partes sobre o assunto não configura omissão, conforme doutrina e jurisprudência que seguem:

“Não tem ele, por outro lado, o dever de expressar sua convicção

acerca de *todos* os argumentos utilizados pelas partes, por mais impertinentes que sejam” (Moreira, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 540).

Eis o entendimento pretoriano:

“Desnecessidade de serem esmiuçados todos os pontos erguidos nos arrazoados das partes, bastando os motivos norteadores do convencimento lineados claramente na motivação” (EDREsp n. 45.536-7/RS, rel. Min. Milton Luiz Pereira).

Conclui-se, portanto, que os pressupostos dos embargos de declaração não estão presentes.

Tendo o acórdão combatido e abordado todos os pontos indispensáveis para o deslinde da *quaestio*, não havendo omissão a suprir, o descabimento do recurso é a solução que se impõe.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide o Grupo, à unanimidade, rejeitar os embargos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto, Luiz César Medeiros, Cesar Abreu, Jaime Ramos, Sônia Maria Schmitz e Newton Janke.

Florianópolis, 13 de julho de 2005.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente, com voto;
Volnei Carlin,
Relator.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CIVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.000372-7, DE OTACÍLIO COSTA

Relator: Juiz Newton Janke

Processual civil. Vereadores. Cobrança de diferenças remuneratórias. Ilegitimidade da Câmara Municipal.

Não detendo personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, a Câmara de Vereadores somente possui legitimidade para residir em juízo em defesa de suas prerrogativas institucionais.

Se a causa versar sobre direitos patrimoniais do interesse exclusivo dos vereadores ou do quadro funcional do Legislativo local, a legitimidade passiva é exclusiva do município.

Remuneração de vereadores. Atualização na mesma época e proporção do reajuste ao funcionalismo municipal. Possibilidade. Exegese do art. 37, X, c/c o art. 39, § 4º, da CF.

Não se choca com a Constituição nem atenta contra a moralidade pública a legislação municipal que permite a atualização dos subsídios do prefeito, vice-prefeito e dos vereadores na mesma época e na mesma proporção em que forem revistos os vencimentos do funcionalismo municipal.

*Vistos, relatados e discutidos | 2002.000372-7, remetidos pelo Juízo
estes autos de Apelação Cível n. | da comarca de Otacílio Costa (Vara*

Única), em que são autores Ildefonso Batista de Souza, Aureo Lopes de Souza, Milton Pedro Hamann, Salete de Liz Ferreira, Doraci de Fátima Pereira, José Zani Xavier e Marcos Antonio de Barba, sendo réus a Câmara de Vereadores de Otacílio Costa e o município de Otacílio Costa:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, de ofício, com fundamento no art. 267, VI, do CPC, julgar extinto o processo em relação à Câmara de Vereadores e, por maioria, negar provimento à remessa contra o município de Otacílio Costa, vencido o Des. Nicanor da Silveira.

Sem custas.

1. Cuida-se de remessa para reexame necessário de sentença proferida em ação de reconhecimento de direito cumulada com cobrança, movida por todos os vereadores integrantes da Câmara Municipal de Otacílio Costa contra o Município e também contra a própria Câmara, que julgou procedente o pedido dos autores para condenar os réus ao pagamento dos valores correspondentes ao reajuste salarial promovido pela Lei Municipal n. 906/96.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador Anselmo Jerônimo de Oliveira, opinou pelo conhecimento e provimento parcial da remessa apenas para isentar os réus do pagamento das custas processuais.

É o relatório.

2. Em junho de 1996, a Câmara Municipal de Otacílio Costa, pela resolução (fl. 16 e 17) e pelo decreto legislativo (fl. 18), fixou, respectivamente, a remuneração dos vereadores, do prefeito e do vice-prefeito eleitos para a legislatura de 1997 a 2000.

No primeiro ato, ficou assentado que o novo valor de remuneração dos edis, no montante de R\$ 1.550,00 (mil, quinhentos e cinquenta reais), seria atualizada “na mesma época e proporção da fixada para o Prefeito Municipal, respeitados os limites previstos no art. 4º desta Resolução, já a partir de sua aprovação”.

O segundo ato, por sua vez, dispôs que o novo subsídio do prefeito e do vice-prefeito estaria sujeito à atualização “a partir da publicação deste Decreto Legislativo, com base nos índices de reajuste salarial concedidos ao funcionalismo público municipal de Otacílio Costa”.

Em 2 de dezembro de 1996, sobreveio a Lei Municipal n. 906 (fl. 20), concedendo aos servidores municipais uma antecipação de reajuste salarial no montante de 17,20%, com eficácia a partir daquele mesmo mês.

Esse reajuste foi repassado à remuneração dos vereadores, mas, no ano de 2000, a então Presidente da Câmara Municipal, em face de entendimento externado em auditoria realizada pelo Tribunal de Contas do Estado, decidiu extornar o valor assim incorporado, determinando o correspondente desconto das importâncias que supostamente foram pagas acima do

devido no mês de setembro de 1999 (fls. 22 a 24). Além disso, os vereadores passaram a receber a remuneração de R\$ 1.550,00 originariamente fixada pela resolução inicialmente aludida.

À vista disso, os autores, entre eles a própria Presidente da Casa Legislativa, ajuizaram contra a Câmara de Vereadores a presente demanda para lhes ser reconhecido o direito àquele reajuste com o pagamento das diferenças que lhes deixaram de ser pagas a partir de setembro de 1999.

Por força do despacho de fls. 36 a 37, o município de Otacílio Costa veio a ser integrado à lide como litisconsorte passivo necessário. Essa acertada providência salvou o processo.

Com efeito, na espécie, em face da natureza do pedido, afigura-se patente a ilegitimidade passiva da Câmara de Vereadores, esta que, embora integre a estrutura de Poder Municipal, somente tem legitimidade para residir em juízo quando a causa versar sobre suas prerrogativas institucionais. Quando, entretanto, a causa tiver por objeto alguma questão patrimonial de interesse exclusivo dos vereadores ou de seu quadro funcional, como no caso em questão, a legitimação passiva será exclusivamente do Município.

É o entendimento que se recolhe da jurisprudência:

“A legitimidade passiva no caso em tela é do Município, uma vez que, não obstante a Câmara de Vereado-

res ser considerada órgão autônomo sem vinculação ao Poder Executivo Municipal, é inconteste não ter ela personalidade jurídica, mas tão-somente personalidade judiciária, o que a legitima somente a ingressar em juízo para defender suas prerrogativas institucionais.

“De forma que, versando a lide sobre direitos patrimoniais, o Município, na condição de pessoa jurídica que arcará com os reflexos de eventual condenação, deve obrigatoriamente figurar no pólo demandado da relação processual” (TJSC, Ap. Cív. n. 2002.000019-1, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 20-5-04).

“A Câmara Municipal de Vereadores por ser entidade não dotada de personalidade jurídica mas apenas de ‘personalidade judiciária’, somente tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ações em defesa dos seus interesses institucionais. Versando a lide sobre direitos patrimoniais, o Município, na condição de pessoa jurídica que arcará com os reflexos de eventual condenação, deve obrigatoriamente figurar em um dos pólos da relação processual, quando menos, como litisconsorte necessário” (TJSC, Ap. Cív. n. 2003.005468-5, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 17-11-03).

Ou mais, de outros tribunais:

“A Câmara de Vereadores, embora tenha personalidade judiciária, ou seja, capacidade processual para a defesa de suas prerrogativas funcionais, não possui, contudo, personalidade jurídica, pois pessoa jurídica é o

Município. Os seus funcionários, embora subordinados ao Presidente da Mesa, na realidade são servidores públicos municipais. As ações por eles aforadas deverão ter o Município no pólo passivo da relação processual” (RJTJERGS 168/379).

“No processo civil brasileiro, a legitimidade *ad causam* reserva-se, em regra, às pessoas (físicas ou jurídicas). Nas ações em que o servidor da Câmara Municipal reclama remunerações de que se julga titular, a relação processual trava-se entre o funcionário e o Município” (STJ, REsp n. 23.748-1/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 23-6-93, RSTJ 56/211).

“1. Esta Corte Superior de Justiça registra já o entendimento no sentido de que a Assembléia Legislativa Estadual tem legitimidade para figurar no pólo passivo de relação processual tão-somente na defesa de seus direitos institucionais, concernentes à sua organização e funcionamento.

“2. Em se tratando de ação destinada à cobrança de parcelas remuneratórias, devidas ao autor, por serviços prestados à Assembléia Legislativa, resta afastada a sua legitimidade passiva, atraindo, em consequência, a do Estado membro.

“3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

“4. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no AG n. 388.144/AP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 4-10-01, DJU de 18-2-02, p. 545).

“Câmara Municipal só possui personalidade judiciária para garantir a defesa de seus direitos institucionais. Assim, se os efeitos patrimoniais da demanda não forem suportados pela Câmara, e se não está em discussão qualquer de seus direitos institucionais, caberá ao Município, tão-somente, figurar no pólo passivo da ação” (STJ, REsp n. 36449/SP, 6ª Turma, DJ de 5-6-1995, rel. Min. Adhemar Maciel).

Na esteira desses abalizados pronunciamentos pretorianos, cumpre, em preliminar, de ofício, julgar extinto o processo contra a Câmara de Vereadores.

No mérito, a sentença em reexame deve ser confirmada.

Nos termos da Constituição (art. 29, inc. VI) e do art. 25, da Lei Orgânica do município de Otacílio Costa, competia à Câmara de Vereadores fixar os subsídios ou a remuneração de seus membros observado o princípio da anterioridade da legislatura.

Legislatura designa o período em que os membros do Poder Legislativo, como delegados do povo ou da soberania popular, exercem o respectivo mandato. No caso de vereadores, esse período é de 4 (quatro) anos.

Não se choca com a Constituição nem atenta contra a moralidade pública a legislação municipal que permite a atualização da remuneração do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores na mesma época e na mesma proporção em forem revistos os vencimentos do funcionalismo municipal.

Não se deve confundir a fixação da remuneração com a sua atualização, esta que constitui mera recomposição do valor da moeda.

Não fosse ela permitida, a remuneração dos agentes políticos municipais poderia ser barbaramente reduzida pelo efeito da inflação. Ao cabo de 4 (quatro) anos, a remuneração pouco significaria. E essa situação poderia ser ainda mais grave se, ao encerramento da legislatura, o Legislativo decidisse manter congelada a remuneração para a legislatura seguinte, posto inexistir óbice nesse sentido.

Obviamente não foi esse o propósito do legislador constituinte.

Daí que, como bem assinalou o representante do Ministério Público de primeiro grau, “fazendo-se uma apreciação sistemática e conjunta nestas legislações, verifica-se que o aumento salarial dos vereadores é providência correta a ser tomada, já que a atualização dos valores salariais dos edis está vinculada à proporção específica do Chefe do Poder Executivo Municipal, que por sua vez tem como base reajuste concedido anteriormente ao funcionalismo público municipal.

Assim, se os funcionários da Administração Pública obtiveram reajuste e se o Prefeito Municipal também obteve referida atualização, então, de acordo com a resolução já aludida, também fazem jus ao aumento os vereadores” (fl. 120).

Aliás, essa acabou sendo a conclusão do Tribunal de Contas do Estado ao reavaliar o caso em época pos-

terior, por meio do Processo TCE n. DEN-9657109/99, nele se dizendo que “nada impede que a Câmara Municipal fixe o reajuste dos valores estabelecidos na legislatura anterior, nos mesmos índices concedidos aos servidores do Município, seguindo como parâmetro o que preconiza o art. 37, X, da Constituição Federal. [...] Assim sendo, com base nos elementos documentais e as justificativas ora apresentadas, fica sanada a restrição” (fl. 74).

O notável saber jurídico do professor Ives Gandra Martins inclina-se para o mesmo sentido, segundo as palavras postas na análise do inc. V do art. 29 da CF:

“Coloca-se a questão se seriam tais vencimentos sujeitos ou não à correção.

“Entendemos que sim. Fixada a remuneração em cada legislatura, para a subsequente deve o valor real daquela remuneração ser preservado, o que apenas é possível, em país de elevada inflação, com a adoção do instrumento da correção monetária. Para tanto, todavia, deve a Câmara dos Vereadores declarar, na fixação dos vencimentos de seus edis, que tal remuneração está sujeita à correção monetária, tendo por teto aquela aprovada para o prefeito, nos termos do art. 37, XI” (Comentários à Constituição do Brasil, Celso Ribeiro Bastos – Ives Gandra Martins, Ed. Saraiva, 3º vol., tomo II, p. 179, 1993).

Aliás, analisando a Constituição Federal, constata-se que, com o ad-

vento das Emendas ns. 19/98 e 25/00, a atualização periódica dos subsídios dos agentes políticos ficou sacramentada, contanto que seja implementada por lei específica, segundo resulta da interpretação conjugada do inc. X do art. 37 com o § 4º do art. 39.

Com efeito, a Carta Magna, levando em conta o número de habitantes do Município e delimitando determinados limites (incs. VI e VII, art. 29), vinculou a remuneração dos vereadores aos dos deputados estaduais, estes que, por sua vez, têm os seus subsídios vinculados aos dos deputados federais e senadores. Assim, sempre que o Congresso Nacional, no uso da competência prevista no inc. VII do art. 49, fixar o subsídio de seus integrantes, isso refletirá, com “efeito cascata”, na remuneração dos legisladores estaduais e municipais. Quanto aos últimos, isso somente não ocorrerá se a legislação local não adotar a regra de vinculação constitucional.

Mas, mesmo nos casos em que legislação municipal tenha adotado outro critério, como, por exemplo, estabelecer o subsídio num determinado valor, não haverá óbice a que se proceda à revisão ou à atualização anual da verba remuneratória.

Hely Lopes Meirelles, ao ocupar-se da remuneração dos integrantes do Legislativo Municipal, assinala:

“Assim sendo, o subsídio será fixado em parcela única, por lei específica, de iniciativa do Legislativo, as-

segura revisão anual, com a imposição de índices indistintos de recuperação financeira, sempre na mesma data (art. 37, X, da CF) e vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, e sujeita aos impostos gerais, inclusive o de renda, e aos extraordinários, tal como qualquer outro contribuinte, com observância do que estabelecem os dispositivos constitucionais expressamente referidos no inciso VI do art. 29 da CF, acima indicados” (Direito Municipal Brasileiro, Ed. Malheiros, 12ª ed., p. 594 e 595).

Em alentado estudo sobre o assunto, intitulado “Fixação e Revisão do Subsídio do Vereador” e publicado no Boletim de Direito Municipal de maio de 2003, Diógenes Gasparini, em mais de um ponto, enfatiza a constitucionalidade da revisão periódica dos subsídios, conforme reprodução que se segue:

“Portanto, deve a Câmara Municipal, observados os parâmetros constitucionais, decretar o novo subsídio ao fim de cada legislatura para vigorar na subsequente, o que, em tese, afugenta o procedimento de manutenção sucessiva do subsídio desse parlamentar municipal. Ademais, deve institucionalizar um sistema remuneratório vinculado ao subsídio do Deputado Estadual, de sorte que alterado este restará alterado aquele. Mesmo na hipótese em que o subsídio não é um percentual ou uma fração do subsídio do Deputado Estadual, pois fixado desde logo em quantidade

certa de reais (dinheiro), o reajustamento ocorre anualmente em razão do que determina a parte final do inc. X do art. 37 da Constituição Federal, portador da seguinte redação: ‘a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privada em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices’.

[...]

“É relevante mencionar que nas regras constitucionais que possibilitam a vinculação (arts. 27, §2º, 32, §3º, c/ arts. 27 e 29, VI), não há nenhuma vedação expressa à revisão, nem no inc. VI do art. 29, há óbice nesse sentido. Os autores extraem essa proibição do princípio da anterioridade, na medida em que o subsídio deve ser fixado numa legislatura para vigorar na subsequente, mas daí a uma vedação de reajustamento vai uma grande diferença. O que esse princípio proíbe é a alteração do percentual ou fração incidente sobre o subsídio dos Deputados Estaduais ou a alteração do montante em dinheiro fixado como subsídio. A confusão é inadmissível, pois contraria o princípio da remunerabilidade que leva, necessariamente, a um subsídio e que este seja digno. Não seria digno se corroído pela inflação. Ademais, o princípio da anterioridade por contrariar o princípio da vinculação cede à sua força”.

[...]

“A porta aberta pelo inc. X do art. 37 da Constituição Federal é ampla, permitindo que por ela passem, legalmente, no curso da legislatura, tanto a alteração do valor do subsídio, como a modificação do critério de sua fixação. Altera-se o subsídio passando, por exemplo, de 70 (setenta) para 75 (setenta e cinco) por cento do subsídio do Deputado Estadual. Modifica-se o critério de fixação do subsídio do Vereador quando lhe foi prescrito um valor certo em dinheiro e esse critério passa a ser um percentual que incidirá sobre o subsídio dos parlamentares estaduais. Em qualquer hipótese, exige-se lei de iniciativa da Câmara de Vereadores e o respeito absoluto das exigências e limites constitucionais e legais. Destarte, ainda que escancarada a porta aberta por tal dispositivo constitucional, sempre haverá um processo de aferição da legalidade do comportamento da Câmara de Vereadores, ao lado do mencionado controle que cabe ao chefe do Executivo Municipal no momento de sua participação na elaboração dessa lei”.

À luz desses sólidos suprimentos doutrinários, impõe-se a solução de mérito dada pela sentença em reexame.

3. Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, de ofício, com fundamento no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, julgar extinto o processo em relação à Câmara Municipal de Vereadores e, por maioria, negar provimento à remessa para confirmar a sentença em reexame contra o muni-

cípio de Otacílio Costa, vencido o Des. Nicanor da Silveira.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Nicanor da Silveira, lavrando parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 2 de junho de 2005.

Volnei Carlin,
Presidente, com voto;
Newton Janke,
Relator.

Declaração de voto vencido do
Exmo. Sr. Des. Nicanor da Silveira:

Ousei divergir da douta maioria, *data venia*, tendo em vista decisão do Tribunal Pleno:

“Afronta a norma inscrita no art. 111, inciso V, da Constituição Estadual — simétrico com o art. 29, inciso VI, da Carta Magna, com a nova redação que lhe foi dada pela EC n. 25/2000 —, a lei municipal que estabelece data e índice de revisão anual dos subsídios dos vereadores, em desrespeito à determinação de que a fixação destes deve ser realizada pelas Câmaras Municipais, em cada legislatura, para a subsequente” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2001.024351-2, de São Joaquim, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 7-4-2004).

É o voto.

Nicanor da Silveira.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.028354-4, DE GASPAR

Relator: Juiz Newton Janke

Embargos à execução de título judicial. Descumprimento de acordo homologado em liquidação de sentença. Cláusula penal sem limitação quantitativa. Distinção da “astreinte”. Redução ao limite do valor da obrigação principal. Possibilidade. Inocorrência de afronta à coisa julgada material.

1. A cláusula penal prevista em acordo de vontades não se confunde com a astreinte, instituto de direito processual civil; enquanto esta garante o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer e, portanto, não sofre limitação no direito positivo, aquela decorre de uma obrigação de dar, como a proveniente da obrigação de solver dívida em dinheiro, devendo, assim, conter-se no limite estabelecido no art. 920 do Código Civil/16.

2. Não afronta a coisa julgada material a decisão que, em sede de execução, sem excluir a cláusula penal acordada, limita o seu valor ao da obrigação principal.

3. “A regra da vedação do enriquecimento sem causa permite a aplicação do art. 920, CC/1916, nos embargos à execução de sentença transitada em julgado, para limitar a multa decendial ao montante da obrigação principal, sobretudo se o título exequiêdo não mencionou o período de incidência da multa. Sendo o processo ‘instrumento ético de efetivação das garantias constitucionais’ e instrumento de que se utiliza o Estado para fazer a entrega da prestação jurisdicional, não se pode utilizá-lo com fins de obter-se pretensão manifestamente abusiva, a enriquecer indevidamente o postulante” (STJ, REsp n. 422.966/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.028354-4, remetidos pelo Juízo da Vara do Crime Cível e Anexos da comarca de Gaspar, em que é apelante Posto Verde Vale Ltda. e apelado o município de Ilhota:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença e dar parcial provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

1. Trata-se de apelação cível interposta pelo Posto Verde Vale Ltda. contra sentença que acolheu parcialmente os embargos à execução de título executivo judicial opostos pelo município de Ilhota, reduzindo o valor da cláusula penal moratória, ajustada na fase de liquidação de sentença para o valor equivalente ao da obrigação principal (R\$ 122.344,06 – cento e vinte e dois mil, trezentos e quarenta e quatro reais e seis centavos) e, em decorrência disso, reconheceu a exis-

tência de excesso de execução no montante de R\$ 2.436.083,48 (dois milhões quatrocentos e trinta e seis mil e oitenta e três reais e quarenta e oito centavos), sobre o qual foram arbitrados os honorários advocatícios na ordem de 10% (dez por cento).

Irresignada com a substancial redução do valor da execução, sustenta a apelante, preliminarmente, desrespeito ao art. 535 do Código de Processo Civil pelo não acolhimento dos embargos declaratórios opostos com o propósito de escoimar contradição existente na sentença impugnada.

Considera, por outra vertente, que os embargos deveriam ser julgados extintos por litispendência com embargos anteriormente opostos à mesma execução, os quais, fundamentados em teses idênticas, foram liminarmente rejeitados no juízo monocrático, por meio de sentença confirmada por esta Corte.

Após recapitular a sucessão de atos processuais e de decisões judi-

ciais proferidas nos 3 (três) volumes dos autos aparelhados em apenso, a apelante argumenta que o reconhecimento do excesso de execução implicou em afronta à coisa julgada material que se operou com a homologação do acordo formalizado na fase de liquidação da sentença do processo de conhecimento, cuja sentença veio a ser cancelada em sede de remessa necessária.

Assevera que o acordo importou no reconhecimento, pelo Município, de duas obrigações de fazer (reservar dotação orçamentária para o pagamento e, implicitamente, empenhar a dívida), cuja execução está submetida à disciplina dos arts. 632 e 644, ambos do Código de Processo Civil. Entende, dessa forma, que a multa não é moratória, mas, sim, *“uma pena pecuniária de caráter cominatório, com o objetivo de compelir o obrigado pela lei ou contrato, até o cumprimento das obrigações assumidas”* (fl. 197), sem nenhuma relação, portanto, com a obrigação principal.

Argumenta que decisões em primeiro grau de jurisdição não podem rescindir sentença transitada em julgado, sob pena de ofensa ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Acerca dos honorários advocatícios, pondera que a verba pertence ao procurador e, ao combater o seu valor, relembra a longa batalha judicial travada em busca do crédito, sem nenhuma contraprestação ao credor, que, desde 1984, busca o *quantum*

devido, absorvendo, durante todo esse período, os prejuízos decorrentes da mora do Município. Rebela-se, inclusive, contra o propósito de concretizar a compensação da verba sucumbencial anteriormente arbitrada em outros embargos à execução, cuja inicial foi rejeitada.

Por fim, diante da parcial procedência dos embargos, assenta que a decisão hostilizada negou vigência ao art. 21 do Código de Processo Civil por não conceder honorários ao patrono da apelante.

Nas suas contra-razões, o Município, após rebater as objeções de natureza processual, enaltece o julgamento monocrático, frisando que a manutenção da cláusula penal moratória afronta o art. 920 do Código Civil e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, justo atribuir a uma área de 380m² (trezentos e oitenta metros quadrados) um valor aproximado de R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais). Considera inaplicável à hipótese o art. 644 do Código de Processo Civil. Roga, por fim, pela manutenção dos honorários advocatícios arbitrados diante da complexidade da causa.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador Jobél Braga de Araújo, alvitrou pelo parcial provimento do recurso para o fim de reduzir os honorários advocatícios para 10% (dez por cento) do valor da indenização principal.

É o relatório.

2. Descabida, *data venia*, a alegação de que a sentença recorrida seria nula porque, ao decidir os embargos de declaração a ela opostos, a magistrada não supriu omissão ou arredou contradição, mediante o fato de que a apelante buscava obter efeito modificativo do julgado.

De fato, em regra, a oposição dos embargos de declaração pressupõe a existência de obscuridade, contradição ou omissão, não servindo para ensejar novo pronunciamento judicial quando inexistentes tais vícios. Com o julgamento, encerra-se a prestação jurisdicional, sendo os embargos de declaração, apenas, meio de complementação, sempre restrito a sanar os vícios relacionados no art. 535 do CPC. A propósito:

“Descabem embargos de declaração com o fim de obter o reexame da causa e dar efeitos infringentes ao julgado, se não atendem aos pressupostos do art. 535 do CPC, com a indicação de omissão, dúvida ou contradição do acórdão.

“Não se prestam, do mesmo modo, os embargos declaratórios, a responder consultas ou questões aventadas pelas partes ao longo da contenda, sobretudo se o acórdão hostilizado decidiu com base em argumento bastante e suficiente para deslindar adequadamente a controvérsia e respaldar a decisão prolatada” (EDREsp n. 39.195-4/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU n. 184, de 26-9-94, p. 25.609).

No caso em exame, a sentença expôs as razões pelas quais a

magistrada entendeu serem admissíveis os embargos à execução, restando, em tópico específico, a prejudicial de coisa julgada (fls. 144 a 146).

Tampouco há falar em contradição com os termos do acordo executado, isso porque “a contradição que autoriza os embargos de declaração é do julgado com ele mesmo, jamais a contradição com a lei ou com o entendimento da parte” (STJ, REsp n. 218.528-SP, Edcl, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 7-2-02, DJU de 22-4-02).

Por fim, entendimento contrário aos interesses da parte não justificam a oposição dos embargos declaratórios, sendo certo que as questões concernentes aos honorários advocatícios (valor arbitrado e sucumbência recíproca) devem ser ventiladas em recurso próprio, qual seja, a apelação tal como foi aviada.

Para o enfrentamento das objeções de litispendência e de coisa julgada, é oportuno que se faça uma breve resenha retrospectiva dos atos e fatos processuais que desembocaram no presente recurso.

Em ação de desapropriação de dois imóveis ajuizada no ano de 1984, as partes celebraram transação que foi devidamente homologada por sentença (fls. 15 a 17 e 19v, dos Autos n. 025.84.000004-3). O município de Ilhota, entretanto, não adimpliu integralmente sua obrigação e, para o fim de compeli-lo a tanto, deflagrou-se processo de liquidação por artigos, no qual as partes novamente fizeram uma composição amigável, restando estipulado, resumidamente, o seguinte:

“a) A liquidada (Prefeitura Municipal de Ilhota) pagará ao liquidado o valor de CZ\$ 23.500.000,00 (vinte e três milhões e quinhentos mil cruzados) correspondendo a 6.226,4 (seis mil duzentos e vinte e seis vírgula quatro) OTN’s.

“b) O valor acima será pago em 4 (quatro) parcelas iguais e mensais, representadas por quatro notas promissórias de 1.556,6 (mil quinhentos e cinquenta e seis vírgula seis) OTN’s cada, com o primeiro vencimento para o dia 16 de janeiro de 1989, valores correspondentes as OTN’s no dia do vencimento de cada nota promissória.

“c) O atraso em qualquer das parcelas (nota promissória) item ‘b’, pagará a liquidada, além dos juros legais, a penalidade diária de 10 (dez) OTN’s por dia de atraso, com a atualização dos valores das OTN’s no dia do pagamento (penalidade sobre cada promissória vencida).

“d) Se obriga a liquidada a por os valores correspondentes do referido acordo, ou seja, 6.226,4 (seis mil, duzentos e vinte e seis vírgula quatro) OTN’s na dotação orçamentária de 1989 [...]” (fl. 168, dos autos n. 025.84.000004-2).

Este acordo, devidamente homologado no Juízo monocrático (fl. 19v., dos Autos n. 025.84.000004-3), foi chancelado por esta Corte em sede de remessa (fls. 199 a 202, dos mesmos autos).

Com a reiteração do descumprimento do acordo, o apelado, ao ser

citado no processo de execução de título judicial autuado sob o n. 1.713/93 (ou 025.084.000004-3/002), opôs embargos (n. 025.93.000540-0/001 ou n. 1.733/93), nos quais argüiu a nulidade daquelas notas promissórias e do próprio título executivo judicial, porque resultante de um acordo formalizado por suposta coação do causídico do apelante, sem a necessária autorização da Câmara Municipal de Vereadores.

Esses embargos sequer trataram, como se vê, da nulidade do valor convencionado pela demora ou atraso no descumprimento da obrigação ajustada.

De todo modo, esses embargos foram liminarmente rejeitados ao fundamento de que ventilavam matéria estranha ao art. 741, do Código de Processo Civil (fls. 103 a 111, dos Autos n. 025.93.000540-0/001), decisão posteriormente confirmada por esta Corte (fls. 150 a 154 dos mesmos autos).

Após a prolação da sentença nesses embargos (n. 025.93.000540-0/001 ou n. 1.733/93) e antes do julgamento do seu recurso, o juiz da causa anulou o processo principal (Execução de Sentença n. 1.713/93 ou n. 025.084.000004-3/002) e determinou o refazimento dos atos executivos (fls. 119 e 120).

Renovada a citação (fl. 159, Autos n. 025.84.000004-3/002 ou n. 1.713/93), o Município apelado opôs os Embargos à Execução n. 025.98.001371-7, ora em discussão,

em que suscita, pela primeira vez, a inexigibilidade do valor da multa moratória, dado a sua exorbitância afrontosa ao art. 920 do Código Civil/16.

Feita esta sinopse, cumpre afastar a tese de existir litispendência desse feito com os Embargos n. 025.93.000540-0, porque, a toda evidência, não se reproduziu ação anteriormente ajuizada (art. 301, § 2º, do CPC), justo não terem sido reproduzidas as teses então aduzidas. Ademais, a litispendência pressupõe a tramitação simultânea de duas ações. Ora, se uma ação já foi julgada e encontra-se extinta, esse pressuposto básico inexistente.

Por sobre isso, o processo executivo que desencadeou os primeiros embargos foi anulado desde o início para retificar o procedimento a ele imprimido, sendo determinada a citação do Município, outrora não efetivada, de molde a lhe ensejar nova oportunidade para a oposição de embargos, com o pleno conhecimento do valor executado. De se registrar, a propósito, que a execução de Título Judicial n. 025.84.000004-3/002 não detalhou o valor ora impugnado, até porque o *quantum* devido foi calculado no decorrer do feito, por reiteradas diligências da Contadoria Judicial (fls. 24 e 25, 93 e 104).

Destarte, o valor da execução somente restou definido na petição de fls. 121 a 155 (mais precisamente às fls. 149 a 150), oportunidade em que o apelado tomou conhecimento, formalmente, dos efeitos e da extensão

da cláusula penal, multa estipulada no acordo, e pôde, assim, defender-se.

No que tange à coisa julgada, a homologação do acordo e a posterior ratificação da sentença por esta Corte não impede a limitação quantitativa ou temporal da multa.

Quanto a esse ponto, nada ficou definido em nenhum momento e em nenhuma instância. Ofensa à coisa julgada haveria se a sentença recorrida tivesse, pura e simplesmente, arredado a exigibilidade da multa. Não é esse o caso, porém, provocada pelos embargos do Município, a sentença houve por bem delimitar o seu valor.

De se registrar, bem a propósito, que não se trata, na espécie, de uma *astreinte* (obrigação de fazer), instituto de direito processual civil aplicado nos moldes do art. 461 do Código de Processo Civil, e executado em conformidade com o art. 644 do mesmo diploma. A multa aplicada no direito processual civil, visando ao cumprimento de uma obrigação de fazer, não está, em regra, adstrita aos limites do art. 920 do Código Civil/16.

A multa ora em discussão é moratória, com a típica natureza de cláusula penal que, traduzindo uma obrigação de dar, deve conter-se no limite imposto pelo Código Civil revogado.

Essa distinção vem enfatizada em julgados do Superior Tribunal de Justiça, segundo que “há diferença nítida entre a cláusula penal, pouco importando seja a multa nela prevista

moratória ou compensatória, e a multa cominatória, própria para garantir o processo por meio do qual pretende a parte a execução de uma obrigação de fazer ou não fazer. E a diferença é, exatamente, a incidência das regras jurídicas específicas para cada qual. Se o juiz condena a parte ré ao pagamento de multa prevista na cláusula penal avençada pelas partes, está presente a limitação contida no art. 920 do Código Civil. Se, ao contrário, cuida-se de multa cominatória em obrigação de fazer ou não fazer, decorrente de título judicial, para garantir a efetividade do processo, ou seja, o cumprimento da obrigação, está presente o art. 644 do Código de Processo Civil, com o que não há teto para o valor da cominação” (REsp n. 196.262/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 6-12-99, DJU 11-9-00, p. 250, RT 785/197).

Ou mais:

“Civil. Cláusula penal. A cláusula penal não se confunde com as ‘astreintes’ e está sujeita à limitação prevista no artigo 920 do Código Civil. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp n. 191.959/SC, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 16-12-99, DJU de 19-6-00, p. 142).

“Civil e processual civil. Multa contratual (cláusula penal/pena convencional). Limitação do art. 920, CC. Distinção do preceito cominatório (*astreintes*) previsto para o processo de execução. Recurso desprovido. — Não se confunde a cláusula penal, instituto de direito material vinculado a um negócio jurídico, em que há acor-

do de vontades, com as astreintes, instrumento de direito processual, somente cabíveis na execução, que visa a compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer e que não correspondem a qualquer indenização por inadimplemento” (STJ, REsp n. 169.057/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 1º-6-99, DJU de 16-8-99, p. 74, RT 773/202).

Assim compreendida a multa, não há falar em desrespeito à coisa julgada, como proclamam precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“Civil e processual. Seguro habitacional. Danos em imóvel por defeitos construtivos. Ação de indenização. Execução. Multa contratual pelo retardo no pagamento. Marco inicial. Montante da penalidade. CC, art. 920. Limite. Incidência. I. Se a multa decendial prevista no contrato é aplicada pela sentença transitada em julgado sem previsão do *dies a quo* para a sua fluência, a fixação deste em fase de execução, por ocasião do julgamento dos embargos do devedor, se vier a resultar em valor superior ao limite estabelecido no art. 920 da lei substantiva civil – o da obrigação principal – dá margem à incidência da aludida norma, evitando-se enriquecimento sem causa do autor. II. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido, para restringir o montante da multa ao valor da indenização securitária” (STJ, REsp n. 253.004/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 15-3-01, DJU de 7-5-01, p. 147, RSTJ 166/378).

“Civil e processual civil. Cláusula penal e *astreintes*. Distinção. Art. 920, CC/1916. Aplicação na execução de sentença. Possibilidade. Precedentes. Enriquecimento sem causa. Recurso desacolhido. I — Na linha da jurisprudência desta Corte, não se confunde a cláusula penal, instituto de direito material vinculado a um negócio jurídico, em que há acordo de vontades, com as *astreintes*, instrumento de direito processual, somente cabíveis na execução, que visa a compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer e que não correspondem a qualquer indenização por inadimplemento. II — A regra da vedação do enriquecimento sem causa permite a aplicação do art. 920, CC/1916, nos embargos à execução de sentença transitada em julgado, para limitar a multa decendial ao montante da obrigação principal, sobretudo se o título exequendo não mencionou o período de incidência da multa. III — Sendo o processo “instrumento ético de efetivação das garantias constitucionais” e instrumento de que se utiliza o Estado para fazer a entrega da prestação jurisdicional, não se pode utilizá-lo com fins de obter-se pretensão manifestamente abusiva, a enriquecer indevidamente o postulante” (REsp n. 422.966/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 23-9-03, DJU de 1º-3-04, p. 186, REVJUR 319/109).

Há que prevalecer, como bem lembrado pelo apelado, o princípio da razoabilidade sobre o *quantum* a ser adimplido (aí compreendida a obrigação acessória e a principal) e o efeti-

vo valor do bem desapropriado, até porque em questão o dinheiro e, por conseguinte, o interesse público.

Bem disse o ilustre Procurador de Justiça Jobél Braga Araújo, “outrossim, a manutenção da multa moratória no patamar pretendido significaria impor ônus quase insuportável ao município de Ilhota, parco de recursos financeiros, prejudicando os interesses da população, que se veria privada de obras e serviços necessários ao seu bem-estar, em virtude de tamanha despesa.

“Atende-se ao princípio da razoabilidade, que impede que decisões não baseadas no bom senso possam prejudicar os interesses de outras pessoas não envolvidas no processo, ou onerar em excesso uma das partes litigantes.

“Cede, diante do interesse público, o direito do credor, que, de qualquer forma, receberá indenização justa sem importar em enriquecimento sem causa” (fl. 248, Autos n. 025.98.001371-7, 2º vol.).

No que tange aos honorários advocatícios, entretanto, o apelante está recoberto de razão.

Ao fixar os honorários em 10% (dez por cento) sobre o valor excedente da execução (R\$ 2.436.083,48), isso representou impor à apelante mais do que, pela sentença, o Município lhe deve (R\$ 244.688,12). Ora, como anotou o parecerista ministerial, “o apelante executou os valores que a magistrada, equivocadamente, homologou como corretos e, posteriormen-

te, confirmados por este egrégio Tribunal de Justiça”. Por outras palavras, significa dizer que, em última análise, o credor foi induzido em erro. Seria verdadeiramente absurdo que, passados mais de 20 (vinte) anos do ajuizamento do processo de conhecimento, o credor fosse penalizado e o Município, que não hesitou em descumprir dois acordos judicialmente chanceados, fosse premiado.

Dadas as peculiaridades do caso concreto, sobretudo pela singeleza da matéria dos embargos, mostra-se adequado, à luz do § 4º do art. 20 do CPC, arbitrar a verba de sucumbência em favor da procuradora do apelado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Por outro lado, também assiste razão à apelante em reclamar a percepção de verba honorária. Antes de suscitar o excesso de execução concernente ao valor da cláusula penal, o Município argüiu a nulidade do título executivo judicial, pretendendo desconstituir todo o processo de execução, pleito acertadamente rechaçado pela sentença.

A hipótese, então, não é de sucumbência de parte mínima, mas, sim, de parte substancial. Assim, pelas mesmas circunstâncias antes sopesadas, o apelado deverá, sem prejuízo

da verba já fixada na execução, suportar, nos embargos, honorários igualmente arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), anotando-se, em arremate, por oportuno, que, segundo a melhor exegese a ser dada ao art. 23 da Lei n. 8.906/94, a remuneração dos causídicos não se sujeita a nenhuma compensação recíproca.

As custas da execução e dos embargos deverão ser rateadas na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma das partes, ficando o embargante apelado dispensado de seu pagamento nos termos art. 33 do Regimento de Custas do Estado.

3. Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença e dar parcial provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Volnei Carlin e Vanderlei Romer, lavrando parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 2 de junho de 2005.

Volnei Carlin,
Presidente;
Newton Janke,
Relator.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.024434-7, DA CAPITAL

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Agravo de instrumento – Ação civil pública – Improbidade administrativa – Alcance da norma a terceiros que não agentes públicos – Inteligência do art. 3º da Lei n. 8.429/92 – Deferimento de liminar – Indisponibilidade de bens – Fumus boni juris e periculum in mora caracterizados – Ausência de causa de pedir em relação a um dos agravantes – Indisponibilidade – Limitação – Recurso parcialmente provido.

“Os atos noticiados em ação civil pública, praticados à sombra da improbidade administrativa e que tenham dado ensejo à probabilidade de enriquecimento ilícito, autorizam a decretação de bens dos envolvidos, para garantir o ressarcimento dos prejuízos causados ao erário, no caso de acolhimento da ação” (AI n. 97.004026-1, da Capital, rel. Des. Orli Rodrigues).

Para assegurar o eficaz e integral ressarcimento do provável dano causado ao erário, a indisponibilidade de bens poderá recair sobre aqueles adquiridos antes ou após a prática do ato censurável, sob pena de frustrar-se a pretensão de ver restituído ao cofre público o montante pago irregularmente.

Determinada a indisponibilidade de bens, não constitui ato judicial ultra petita a expedição de ofícios ao Bacen e à Receita

Federal para executá-la, a qual é consequência natural daquela iniciativa.

A indisponibilidade de bens deve-se limitar ao valor do contrato de abertura de crédito, devidamente atualizado, quando este é objeto de discussão em ação civil pública, mormente no tocante à sua legalidade e probidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2004.024434-7, da comarca da Capital (2ª Vara da Fazenda) em que são agravantes Lotar Dieter Maas e Laboratórios Gemballa Ltda., sendo agravado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por maioria de votos, acolher parcialmente o agravo para afastar a medida liminar em relação aos agravantes Lotar Dieter Maas e limitar a indisponibilidade dos bens do Laboratórios Gemballa Ltda. ao valor de R\$ 259.229,55 (duzentos e cinquenta e nove mil, duzentos e vinte e nove reais e cinquenta e cinco centavos), que corresponde ao empréstimo feito pelo Badesc, devidamente corrigido e atualizado.

Custas na forma da lei.

Lotar Dieter Maas e Laboratórios Gemballa Ltda., irrisignados com a respeitável decisão interlocutória proferida nos autos da Ação Civil Pública n. 023.04.055380-1, deflagrada pelo Ministério Público contra si e demais réus, a qual determinou a indisponibilidade do patrimônio, inclusive ativos financeiros, interpuseram agra-

vo de instrumento com pedido de efeito suspensivo liminar.

Relataram que o *Parquet* assim procedeu contra os gestores do Badesc – Agência Catarinense de Fomento S.A. do período de 1999 a 2002, e também de terceiros que teriam participado do projeto de constituição da Indústria de Genéricos Santa Catarina S.A.

Asseveraram ausência de verossimilhança nas alegações da Promotoria, porquanto Lotar Dieter Maas não tomou dinheiro emprestado do Badesc. Ressaltaram que contra o primeiro agravante não há causa de pedir, fundamentação jurídica ou pedido condenatório, pois a exordial da ação civil pública apenas menciona que foi suplente do Conselho de Administração da Indústria de Genéricos Santa Catarina S.A., sem especificar por que motivo estaria sendo demandado, se em razão daquele cargo que sequer exerceu, ou pelo fato de ser sócio e administrador do Laboratórios Gemballa Ltda. Ainda assim, alegaram que eventual desconsideração da personalidade jurídica, além de incabível, na espécie, não teria sido ao menos suscitada pelo representante do Ministério Público.

Enfatizaram que, se a medida eliminar recair sobre todo o patrimônio dos agravantes, ultrapassará extraordinariamente o valor de eventual condenação; a indisponibilidade dos ativos financeiros implica em decreto de falência do Laboratórios Gemballa Ltda. e na impossibilidade de Lotar Dieter Maas receber sua remuneração.

A inexistência de *periculum in mora* decorre do fato de a segunda agravante oferecer garantia idônea hábil ao obter empréstimo no Badesc, objetivando a aquisição de ações da Indústria de Genéricos. Ademais, não oferece risco de dilapidação patrimonial por tratar-se de empresa séria e atuante no ramo há mais de quarenta anos.

Por fim, suscitaram a desproporcionalidade da medida restritiva em relação ao dano supostamente causado, bem como a inadmissibilidade da quebra do sigilo fiscal, devendo a medida de indisponibilidade dos bens, se mantida, limitar-se “aos bens de propriedade da agravante Laboratórios Gemballa Ltda., que apresente, valor correspondente ao dano causado, no caso, R\$ 172.306,00, não podendo recair sobre os adquiridos posteriormente a 20 de novembro de 2002, data do contrato de empréstimo celebrado com o Badesc” (fls. 2 a 208).

O efeito suspensivo restou negado às fls. 211 e 212, motivo pelo qual foram opostos embargos declaratórios (fls. 217 a 222), os quais foram rejeitados (fls. 226 a 228).

O Ministério Público apresentou resposta, arguindo que, “além de o

agravante Lotar Dieter Maas ser integrante do Conselho de Administração da Indústria Genéricos, ainda que suplente, como consta da ação e é inclusive afirmado nas razões de agravo, ele é diretor do Laboratórios Gemballa, que é um dos beneficiários com empréstimo para a aquisição de quotas da empresa Genéricos, como claramente descrito no item IV.I da ação”. Em suma, requereram fosse mantida a decisão agravada (fls. 232 a 234).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira, manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento do reclamo (fls. 237 a 247).

Em resposta ao despacho deste Relator (fl. 249), o *Parquet* informou que o prejuízo causado pelos agravantes ao patrimônio público é de R\$ 172.306,00. Este valor, aplicados os juros e correção monetária, chega ao valor de R\$ 259.229,55 (duzentos e cinquenta e nove mil, duzentos e vinte e nove reais e cinquenta e cinco centavos) (fls. 255 e 256).

É relatório.

A ação civil pública, em relação ao nome do agravante Lotar Dieter Maas, faz apenas a seguinte menção, quando trata de justificar a antecipação da tutela:

“Em 30 de abril de 2003, nova eleição foi realizada e novos quadros da Diretoria da Indústria Genéricos foram formados.

“Destarte, passaram a integrar o Conselho de Administração: [...]. Restaram como suplentes Lotar Dieter Maas [...]” (fls. 108 e 109).

Em nenhum momento refere alguma atuação do irresignado, sequer esclarece a razão de tê-lo mencionado, sem atribuir nenhuma irregularidade por ele cometida, ou para a qual tenha concorrido. Como suplente, não foi informado se chegou ou não a atuar. Ainda, importante ressaltar que, caso tivesse sido autuado pelo fato de ser sócio administrador do Laboratórios Gemballa Ltda., também ré da ação proposta pelo *Parquet*, mister a demonstração dos requisitos necessários para a desconsideração da personalidade jurídica. Todavia, a exordial não traz essas alegações, tampouco seus pressupostos.

Assim sendo, inegável a ausência da causa de pedir concernente ao primeiro irresignado, o qual só é referido de forma genérica no pedido liminar: “O deferimento de liminar para tornar indisponíveis os bens de propriedade dos réus suficientes à reparação do capital do Badesc [...]” (fl. 113). Logo, afasta-se a efetividade da medida *initio litis* em relação a este.

Por outro lado, a outra agravante, Laboratórios Gemballa Ltda., teve envolvimento irrefutável com a Indústria de Genéricos, a qual foi constituída de maneira irregular, porquanto não observada a necessidade de autorização legislativa (fls. 79 e 80).

Depreende-se dos autos que a empresa efetuou contrato de emprés-

timo com o Badesc com o intuito de adquirir ações da Indústria: “Em 10 de dezembro de 2002, é realizado novo depósito do Badesc em favor da Indústria de Genéricos [...]. Os valores dizem respeito ‘às operações de créditos aprovadas, cujos recursos serão destinados à integralização de capital da Ind. de Genéricos de Santa Catarina’ [...]”.

“Esta operação teve como base a decisão da Diretoria Colegiada do Badesc [...] e teve como beneficiários: Laboratórios Gemballa [...]” (inicial da ação civil pública – fls. 92 e 93).

O contrato de abertura de crédito especial realizado em 20 de novembro de 2002 entre o Badesc e Laboratórios Gemballa Ltda. teve por objeto o empréstimo de R\$ 172.306,00, destinado à integralização de 172.306 ações subscritas pelo creditado no aumento do capital social da interveniente Indústria de Genéricos Santa Catarina S.A. (fls. 120 a 160). Posteriormente, em 28-8-03, vendeu sua cota à Multitrade Comércio & Participações Ltda. (fls. 202 a 207).

Não obstante a argumentação desenvolvida na exordial, para fins de revogar a medida liminar deferida na ação civil pública, não apresentaram os agravantes, nesta fase, peças irrefutáveis que respaldassem os principais pontos de sua defesa. Ainda que os documentos – afastando eventuais irregularidades no procedimento adotado pela empresa ao efetuar o contrato de abertura de crédito, mormente por ter oferecido fiador idôneo – tenham sido entranhados pelos agravantes

tes, os demais aspectos ilegais da aquisição de ações – dentre eles a inobservância do Estatuto Licitatório – não foram elucidados na fase em que se encontra a ação.

Fato é que os agravantes adquiriram ações da Indústria de Genéricos Santa Catarina S.A., por meio de empréstimo no Badesc, ato que está em discussão na ação principal. Ademais, inegável sua participação naquela empresa, cuja constituição se deu de forma irregular, como já foi dito.

Portanto, se eventual responsabilidade ficar caracterizada na ação principal, naturalmente serão os inconformados submetidos às sanções descritas na Lei n. 8.429/92. Sendo assim, não há falar em falta de pedido em relação aos inconformados.

Razoáveis, pois, os fundamentos da ação civil pública quanto ao Laboratórios Gemballa Ltda., o qual, se quiser, na fase instrutória daquela *actio*, poderá apresentar elementos em sentido contrário, objetivando excluir a condenação nas sanções da Lei de Improbidade Administrativa, diante da atual capitulação nos arts. 9º, 10 e 11, bem como inobservância dos princípios que regem a Administração Pública.

Por conseguinte, mister é o reconhecimento de *fumus boni juris*. A “fumaça do bom direito” pressupõe um juízo de probabilidade do direito material a ser perseguido na ação principal, de maneira tal que justifique a tomada de medida cautelar, não se confundindo, todavia, com a certeza pro-

priamente dita. Esse requisito “é a existência provável de um direito, ou, segundo expressão de Calamandrei, a aparência de um direito. [...]”

“Nessa razão, o juízo de plausibilidade ou verossimilhança, segundo a cognição sumária do juiz, resume-se a um cálculo de probabilidade no sentido de prever se a sentença de mérito no processo principal reconhecerá o direito cuja aparência se examina para fins acautelatórios” (Marins, Victor A. A. Bomfim. *Comentários ao código de processo civil*, vol. 12. RT, 2000, p. 99 e 100).

Desse modo, a indisponibilidade de bens, ainda que seja medida a ser determinada com muita cautela, na espécie, mostra-se oportuna. Diante dos indícios referidos, bem como do vasto amparo legal (art. 37, § 4º, da Carta Magna; art. 12 da Lei n. 7.347/85 e arts. 7º e 16 e §§ da Lei n. 8.429/92), oportuno, aliás, o ilustrado veredicto no Agravo de Instrumento n. 1997.004026-1, da Capital, do Exmo. Des. Orli Rodrigues, que reza: “Os atos noticiados em ação civil pública, praticados à sombra da improbidade administrativa e que tenham dado ensejo à probabilidade de enriquecimento ilícito, autorizam a decretação de bens dos envolvidos, para garantir o ressarcimento dos prejuízos causados ao erário, no caso de acolhimento da ação” (AI n. 1997.004026-1, da Capital, rel. Des. Orli Rodrigues).

E mais: “Evidenciado o *fumus boni juris* pelo princípio da moralidade administrativa e pelos dispositivos legais e constitucionais que versam so-

bre a indisponibilidade de bens como medida acauteladora para assegurar a reparação dos prejuízos causados ao Erário em casos de improbidade administrativa, e presente o *periculum in mora*, já que necessário evitar-se a dilapidação e a transferência do patrimônio dos réus, que é a garantia genérica do ressarcimento das lesões eventualmente praticadas, reconhece-se o acerto da decisão interlocutória que concedeu a medida liminar [...]” (AI n. 2003.024502-2, de Braço do Norte, rel. Des. Volnei Carlin).

Ainda: “Para a concessão de liminar de indisponibilidade dos bens pertencentes ao servidor público, deverá ser verificada a probabilidade de ocorrência de enriquecimento ilícito por abuso ou influência de cargo em face dos indícios existentes (*fumus boni iuris*) e, por sua vez, o *periculum in mora*, que repousa no dano em potencial que decorre da demora natural no trâmite das ações principais, de modo que, se não indisponibilizados os bens, o agravante poderia deles se desfazer, tornando-se ineficazes os pedidos formulados nas ações civis públicas” (AI n. 2003.016248-8, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 28-11-03).

A doutrina, sobre os requisitos das providências cautelares, em particular o *fumus boni iuris*, assim se posiciona: “[...] enseja análise judicial a partir de critérios de mera probabilidade, em cognição exauriente, avaliando-se a plausibilidade do direito pleiteado pelo autor a partir dos elementos disponíveis no momento. Deve o juiz indagar, assim, se a pre-

tensão veiculada, diante dos elementos apresentados pelo legitimado, o conduzirão, provavelmente, a um resultado favorável, cuja utilidade se busca preservar. Não se pode perder de vista, assim, que quanto à investigação do direito “[...] *la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosimil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho em sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad*” (Calamandrei, in Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. Improbidade administrativa. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 801).

Ao decretar-se a indisponibilidade, mostram-se necessárias providências complementares para sua execução. Dessa maneira, oficiar ao Bacen e à Receita Federal é efeito, consequência da indisponibilidade, esta sim o verdadeiro interlocutório.

Por fim, deve-se limitar a indisponibilidade de bens da empresa ao valor informado pelo Ministério Públi-

co em resposta ao despacho de fl. 249, qual seja, R\$ 259.229,55 (fls. 255 e 256), que corresponde ao empréstimo feito pelo Badesc, devidamente corrigido e atualizado.

Ante o exposto, acolhe-se em parte o agravo para afastar a medida liminar em relação ao agravante Lotar Dieter Maas e limitar a indisponibilidade dos bens do Laboratórios Gemballa Ltda. ao valor de R\$ 259.229,55 (duzentos e cinquenta e nove mil, duzentos e vinte e nove reais e cinquenta e cinco centavos), que corresponde ao empréstimo feito pelo Badesc, devidamente corrigido e atualizado.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros e, com voto parcialmente vencido, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 15 de março de 2005.

*Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.*

*Declaração de voto do Exmo.
Sr. Des. Newton Trisotto*

1. Na petição inicial, apesar de sua qualificação como demandado, o nome de Lotar Dieter Maas é citado apenas no excerto que segue:

“Destarte, passaram a integrar o Conselho de Administração:

Roberval Silva (presidente), Arno Garbe, Carlos Alberto Furtado e Leonardo Peiter, este último representando o Badesc. Restaram como suplentes Lotar Dieter Maas, Taciana Maria Gonçalves, Mário Reis e Elson Rodrigues da Cruz” (fl. 109).

Em relação ao réu referido, nenhum ato ilícito foi apontado e nenhum pedido formulado. De que irá se defender?

No acórdão, consignou o eminente relator, Des. Francisco Oliveira Filho:

“Em nenhum momento refere alguma atuação do irresignado, sequer esclarece a razão de tê-lo mencionado, sem atribuir qualquer irregularidade por ele cometida, ou para a qual tenha concorrido. Como suplente, não foi informado se chegou ou não a atuar. Ainda, importante ressaltar que, caso tivesse sido autuado pelo fato de ser sócio administrador da Laboratórios Gemballa Ltda., também ré da ação proposta pelo *parquet*, mister a demonstração dos requisitos necessários para a desconsideração da personalidade jurídica. Todavia, a exordial não traz essas alegações, tampouco seus pressupostos.

“Assim sendo, inegável a ausência da causa de pedir concernente ao primeiro irresignado, o qual só é referido de forma genérica no pedido liminar: ‘O deferimento de liminar para tornar indisponíveis os bens de propriedade dos réus suficientes à reparação do capital do Badesc [...]’ (fl. 113). Logo, afasta-se a efetividade da

medida *initio litis* em relação a este” (fls. 267 e 268).

Datissima venia, quanto ao recorrente nominado, a petição inicial que não foi aditada, registre-se (fls. 2

a 49), – é inepta, e por isso impunha-se a sua exclusão do processo.

2. Pelas razões expostas, dissenti da douda maioria.

Newton Trisotto.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.001466-5, DE IMBITUBA

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Reexame necessário – Desapropriação indireta – Terras de Marinha – Direito de ocupação – Indenização – Incerteza quanto ao eventual cancelamento da inscrição – Prova indispensável para o julgamento da lide – Potencial fato extintivo do direito – Anulação do processo até o momento em que deveria ser averiguado.

Nos litígios que envolvam a Fazenda Pública, a revelia não gera seus efeitos, de modo que os fatos não podem ser considerados verdadeiros pela ausência de impugnação, e os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito devem ser devidamente apurados.

A existência de dúvida sobre a higidez da inscrição de ocupação de imóvel de propriedade da União deve ser previamente solucionada para viabilizar a prestação jurisdicional.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.001466-5, da comarca de Imbituba, em que é autora Camila de Patta, sendo réu o município de Garopaba:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, anular o feito a partir da sen-

tença de fls. 120 a 127, inclusive, para que se determine a requisição de informações à Secretaria de Patrimônio da União quanto à higidez das inscrições de ocupação de Matrículas ns. 81130100060-03 e 8113010003837 e sua eventual relação com a de n. 8113.00060.000-0 (fl. 152), antes da nova prestação jurisdicional.

Custas na forma da lei.

Camila de Patta, por seu procurador, deflagrou ação de desapropriação indireta contra o município de Garopaba sustentando, em síntese, ser detentora de um terreno de marinha de 594m² (quinhentos e noventa e quatro metros quadrados), desapropriado pelo réu para abertura da Rua Giovane Luiz Piucco.

Aduziu que o referido imóvel foi dividido em três áreas, uma com 395,63m² — área verde reservada pelo Município —, uma com 193,64m² utilizada para abertura daquela rua — e uma com 4,73m², contida no lote n. 73, pertencente ao espólio de Júlio Gasparotto.

Clamou pelo integral ressarcimento a ser apurado em perícia, acrescido de correção monetária, juros compensatórios e juros moratórios.

Mandato e documentos instruem a exordial (fl. 9 *usque* 57).

Regularmente citado, o Município deixou fluir *in albis* o prazo para resposta (fl. 62).

O *Parquet* opinou pela procedência do pedido (fls. 117 e 118).

A prestação jurisdicional foi positiva (fls. 122 a 127).

Por força do reexame necessário, ascenderam os autos a este egrégio Pretório.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli, manifestou-se pela manutenção incó-

lume do r. ato decisório compositivo da lide (fls. 132 a 135).

Mediante v. aresto de fls. 143 a 147, da lavra do eminente Des. Newton Trisotto, converteu-se o julgamento em diligência.

Cumprida a diligência, retornaram os autos a este Tribunal.

Novamente instada a manifestar-se, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli, desta vez absteve-se de pronunciamento (fls. 175 e 176).

Autos conclusos.

É o relatório.

Trata-se de ação de desapropriação indireta, na qual se objetiva, em suma, a indenização pelo desapossamento de terreno de marinha ocupado pela autora.

O imóvel desapropriado, conforme Laudo Pericial de fls. 75 a 84, foi dividido em três partes: a primeira, com 395,63m², é de área verde tomada pelo Município; a segunda, com 193,64m², fora utilizada para abertura da Rua Giovane Luiz Piucco; e a terceira é uma área remanescente de 4,73m². Assim, caberia ao Município indenizar pela desapropriação.

Não obstante, consta dos autos que a autora teve uma inscrição de ocupação cancelada na Secretaria de Patrimônio da União, com Matrícula n. 8113.00060.000-0, e existe nos autos referência a duas outras inscrições com Matrículas ns. 81130100060-03

e 8113010003837 (fls. 17-A e 17-B), sem que se esclareça a higidez destas últimas no referido órgão e sua relação com a anterior.

Com efeito, foi cumprida diligência naquela Secretaria federal, conforme se comprova às fls. 151 a 169, mas, por discrepância material, esta não foi integralmente observada, para que se obtivessem as informações restantes.

Em face disto, deve-se ressaltar que, nas ações movidas contra a Fazenda Pública, seja federal, estadual ou municipal, mesmo ocorrendo a revelia, esta não pode gerar seus efeitos, pois se tratam de direitos indisponíveis.

Aliás, tem-se a valiosa lição de Hélio do Valle Pereira: “Tocante à esfera de interesse das pessoas jurídicas de direito público, é evidente a indisponibilidade. É que não podem seus representantes abrir mão de prerrogativas da entidade representada, por não atuarem em nome próprio, mas em prol de ente que age no interesse coletivo.

“Em consequência do que vem a ser dito, não há como se falar em confissão, que pressupõe a disponibilidade de interesses na disputa (art. 351). De igual forma, a revelia não gera a presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor. A falta de impugnação de algum fato descrito pela demandante identicamente não gera as circunstâncias que lhe são próprias (presunção de veracidade: art. 302, inc. I)” (Manual da Fazenda Pública em Juízo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 122 e 123).

Por conseguinte, resta evidente que não basta a mera sustentação de existência de um direito contra a Fazenda Pública não impugnada para que a ação seja julgada procedente. Cabe ao magistrado, em razão do flagrante interesse público presente na demanda, verificar se o direito aduzido está efetivamente comprovado.

Simili modu, é necessário que não persistam dúvidas sobre a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito. Na *quaestio sub iudice*, a fundada suspeita de que possa existir fato que afete o direito da autora, ou até venha a extingui-lo, de modo que a lide não se encontrava, na hipótese, apta a julgamento. Ademais e *data venia*, os efeitos da revelia não poderiam ser aplicados *in casu*.

Ante o exposto, anula-se o feito a partir da sentença de fls. 120 a 127, inclusive, para que se determine a requisição de informações na Secretaria de Patrimônio da União quanto à higidez das inscrições de ocupação de matrículas ns. 81130100060-03 e 8113010003837 e sua eventual relação com a de n. 8113.00060.000-0 (fl. 152), antes da nova prestação jurisdicional.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto e Luiz César Medeiros, e lavrou parecer, pela doutra Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli.

Florianópolis, 21 de junho de 2005.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2004.016560-9, DE LAGES

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Ação indenizatória – Responsabilidade civil do Estado – Omissão – Aplicação da teoria subjetiva – Dano moral – Fixação do quantum delegada ao prudente arbítrio do julgador.

1. A responsabilidade por omissão do Poder Público é subjetiva, impondo-se a configuração da culpa ou dolo, “não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, à faute de service dos franceses” (STF, RE n. 179.147/SP, Min. Carlos Veloso).

2. Na fixação do valor dos danos morais deve o julgador, na falta de critérios objetivos, estabelecer o quantum indenizatório com prudência, de modo que sejam atendidas as peculiaridades e a repercussão econômica da reparação, devendo esta guardar proporcionalidade com o grau de culpa e o gravame sofrido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.016560-9, da comarca de Lages, em que é apelante Assunta Catarina Milani Zeni e apelados o município de Lages, o Hospital e Maternidade Tereza Ramos e Mário César Koeche:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso e, em sede de reexame, confirmar os demais termos da sentença. Vencido o Des. Newton Trisotto que votou em sentido diverso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Assunta Catarina Milani Zeni ajuizou ação de indenização por da-

nos materiais e morais que teriam resultado de erro médico, aduzindo a responsabilidade do município de Lages, do Hospital Geral e Maternidade Tereza Ramos e de Mário César Koeche.

Narrou a autora que em consulta realizada pelo Sistema Único de Saúde – SUS, na Campanha Nacional de Combate à Catarata, tomou conhecimento de que era portadora da doença, razão pela qual foi submetida a uma intervenção cirúrgica para a colocação de lente em seu olho direito, intervenção esta que foi repetida, um ano mais tarde, no olho esquerdo.

Afirmou que a segunda cirurgia restou inexitosa, não tendo sido colocada a aludida lente neste olho.

Asseverou que hoje possui graves problemas de visão, tendo sido

constatada a necessidade de outra intervenção, com urgência, sob pena de perda do sentido, requerendo, em virtude dos incômodos que vem sofrendo, indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Em sentença proferida às fls. 465 a 511, o Meritíssimo Juiz excluiu do feito o segundo e terceiro réus, por ilegitimidade passiva *ad causam*, julgando parcialmente procedente o pleito inicial e consignando na parte dispositiva do *decisum*:

“E por tudo o mais que dos autos consta, julgo improcedente ação em relação aos réus Hospital Geral e Maternidade Tereza Ramos e Mário César Koeche, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil; e:

“Julgo parcialmente procedente a ação de indenização por danos materiais e morais interposta por Assunta Catarina Milani Zeni contra o município de Lages, condenando o réu ao pagamento de indenização a título de danos morais no montante de 200 salários mínimos, e ao pagamento de danos materiais referentes à despesa de R\$ 134,72, corrigidos desde o desembolso, mais os danos materiais a serem calculados em liquidação de sentença pelas despesas de transporte, bem como de medicação e das cirurgias sofridas pela autora referentes ao problema detectado na visão desde o desembolso, abatido o valor já pago conforme alvará de fl. 452, com incidência de juros de 12% ao ano, contados a partir da citação.

“Arcará, ainda, o Município com o pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC.

“Condeno a autora ao pagamento dos honorários advocatícios dos procuradores do réu Mário César Koeche e do Hospital Geral e Maternidade Tereza Ramos no valor de R\$ 500,00, para cada um.

“Por fim, arcará a autora com metade das custas processuais, pela aplicação da sucumbência.

“Isento de custas os réus município de Lages e Hospital Geral e Maternidade Tereza Ramos (RC, art. 33, *caput*).

“P.R.I.-se”.

Irresignada com a prestação jurisdicional, a autora interpôs recurso de apelação, impugnando: a) a exclusão dos réus Hospital Geral e Maternidade Tereza Ramos e Mário César Koeche, uma vez que teriam responsabilidade pelos danos; b) a condenação do Município ao pagamento de 200 salários mínimos a título de danos morais; c) a ausência de condenação ao ressarcimento dos prejuízos materiais experimentados, consistentes nas despesas complementares a que foi submetida, posto que continua fazendo tratamento na cidade de Caxias do Sul-RS; d) a fixação dos honorários de seu patrono em 10% sobre o valor da condenação.

Requeru, em razão disso, a reforma da sentença, declarando-se a

responsabilidade solidária dos três réus, condenando-os ao pagamento de 500 salários mínimos como reparação por danos morais e o mesmo valor por danos materiais, além da majoração do percentual da verba honorária para 15% do valor da condenação.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Doutor Mário Gemin, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso, sob a justificativa de que a responsabilidade, *in casu*, é subjetiva, não tendo sido comprovada a culpa do Estado, e pelo conhecimento e provimento parcial da remessa, afirmando que “o Estado-Município deve ser responsabilizado tão-somente pelo pagamento das despesas na conclusão do tratamento que deveria ter sido feito pelo SUS e que foi realizada por médico particular de escolha da própria apelante e custeada pelo Município por força da tutela antecipada” (fl. 602).

II — Voto

Insurge-se a apelante contra a sentença que julgou parcialmente procedente o seu pedido inicial, condenando o município de Lages ao pagamento de indenização por danos morais no valor de 200 salários mínimos e por danos materiais no valor de R\$ 134,72 corrigido monetariamente e acrescido das despesas com transporte, tratamentos e cirurgias realizadas, a serem apuradas em liquidação de sentença, não se podendo computar o montante pago à Clínica Oftalmo Ltda., referido no alvará de fl. 452.

1. Quanto à responsabilidade do município de Lages e do Hospital Geral e Maternidade Tereza Ramos

Segundo se depreende do documento de fls. 157 a 160, o Hospital é de propriedade do Poder Público Estadual, tendo sido firmado Contrato de Cessão de Uso com o município de Lages, do qual se conclui que se trata de uma entidade pública, devendo as responsabilidades destes dois réus ser averiguadas conjuntamente.

Frisa-se que o caso deve ser analisado sob a ótica da responsabilidade subjetiva, uma vez que os danos suportados pela autora, ora apelante, são atribuídos a possível omissão do Poder Público.

Na lição de Rui Stoco, “consiste a responsabilidade subjetiva na obrigação do Estado em indenizar em razão de um procedimento contrário ao Direito, de natureza culposa ou dolosa, traduzido por um dano causado a outrem, ou em deixar de impedi-lo, quando deveria assim proceder. [...] Em resumo, a ausência do serviço causada pelo seu funcionamento defeituoso, até mesmo pelo retardamento, é *quantum satis* para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em desfavor dos administrados” (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 504).

Nesse sentido, colhe-se ilustrativo precedente do Supremo Tribunal Federal:

“Constitucional. Administrativo. Civil. Dano moral. Responsabilidade

civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Ato omissivo do poder público. Morte de presidiário por outro presidiário. Responsabilidade subjetiva. Culpa publicizada. *Faute de service*. CF, art. 37, § 6º.

“I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa.

“II – Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

“III – Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses.

“IV – Ação julgada procedente, condenando o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral.

Ocorrência da *faute de service*” (STF, Segunda Turma, RE n. 179147/SP, Min. Carlos Veloso).

Outro não é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

“Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva” (Curso de Direito Administrativo. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 895 e 896).

O citado doutrinador defende a idéia de que para configurar a responsabilidade estatal não basta a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Afirma ele, “cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo. Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível” (Direito Administrativo. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 896).

A professora Lúcia Valle Figueiredo também se afina com a citada lição:

“No tocante aos atos ilícitos decorrentes de omissão, devemos admitir que a responsabilidade só poderá ser inculcada ao Estado se houver prova de culpa ou dolo do funcionário. Esta é a posição do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello e do ilustre, querido e saudoso mestre Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. 2/486 e 487; também Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 447 a 451). Deveras ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não

ser pela teoria subjetiva. Assim é porque, para se configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado. Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço. Não há como provar a omissão do Estado sem antes provar que houve ‘faute de service’. É dizer, não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente” (Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 172).

Outros precedentes confortam a tese em comento:

“Responsabilidade civil do Estado – Instituição financeira. Fiscalização. A responsabilidade do Estado por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, assim sendo, é, necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia. O Banco Central tem a obrigação legal de proteger o público, intervindo nas instituições que, por má administração, estejam sujeitando seus credores, a riscos (art. 2º, I, da Lei n. 6.024/74) ou até decretando a liquidação extrajudicial das empresas que estejam com a sua situação econômica ou financeira comprometida, com isso expondo os seus clientes a ‘riscos anormais’ (art. 15, I, a, b e c, L. 6.024/74)” (TRF 4ª R., AC 95.04.60816-7/RS, 4ª T., rel. p/ o Ac. Juiz Amir José F. Sarti, DJU 6-5-1998).

“Responsabilidade civil – Ato omissivo do Estado – Modalidade de culpa subjetiva – Suicídio – Pessoa recolhida à cadeia – Estado de ânimo da vítima – Ausência de prova – Recurso improvido. Nos casos de omissão por parte do Estado, a responsabilidade é considerada subjetiva. Cumpre, portanto, àquele que sofreu os efeitos do fato danoso demonstrar que a Administração, através de seus agentes, incorreu em uma das modalidades de culpa – negligência, imprudência ou imperícia” (Ap. Cív. n. 1999.002117-3, Des. Luiz César Meireiros).

Na linha do enunciado do Supremo Tribunal Federal, ensina o civilista Rui Stoco:

“O incomparável Celso Antônio resume com maestria a questão: ‘A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. E é responsabilidade por omissão subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou *faute de service* dos franceses, entre nós traduzida por ‘falta de serviço’. É dispensável localizar-se no Estado, quem especificamente descumpriu o dever de agir, omitindo-se propositadamente ou apenas por incúria, por imprudência, ou por negligenciar a obrigação de atuar tempestivamente. Cumpre-se tão-só que o Estado estivesse obrigado a certa

prestação e faltasse a ela, por descaso, por imperícia ou por desatenção no cumprir seus deveres, para que desponte a responsabilidade pública em caso de omissão’ (RT 552/14)” (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 320).

Consoante esse mesmo entendimento, preleciona Toshio Mukai:

“O comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é a causa e não simples condição do evento danoso. Portanto, há que se examinar, em cada caso concreto, se o evento danoso teve como causa a omissão grave do representante do Estado; se teve, a responsabilidade subjetiva do Estado (por *culpa in omitendo*) aparece” (Responsabilidade solidária da administração por danos ao meio ambiente, palestra no II Simpósio Estadual de Direito Ambiental, 11 a 13-11-87, Curitiba).

Em precedente que consoa com os argumentos até aqui expendidos, o Superior Tribunal de Justiça sufragou:

“Afastada a teorização do extremo risco integral ou do risco administrativo, não é possível amoldar-se a obrigação de indenizar, se a lesividade teria ocorrido por omissão, que pode condicionar sua ocorrência, mas não a causou. Assim, se a indenização, no caso, só poderia ser inculcada com a prova de culpa ou dolo (responsabilidade subjetiva), hipóteses descogitadas no julgado, inaceitável a acenada responsabilidade objetiva.

[...]

“Sim, a foco da omissão, advindo danos, então, serão imputáveis a terceiros, porque a causa lesiva é outra. Como predito, a omissão teria condicionado sua ocorrência, mas não a causou, de conseguinte, descogitando-se da responsabilidade objetiva ‘por omissão’, não estando pautado no julgado o comportamento comissivo, de vez que, sem ele, repita-se, não haverá causa. Nesse toar, não podendo esse alguém responder pelo que não fez, por essa ordem de idéias, como a omissão supõe dolo ou culpa, em tese, almodar-se-ia a responsabilidade subjetiva” (REsp n. 43.102, Min. Milton Luiz Pereira)

É novamente Celso Antônio Bandeira de Mello quem afirma:

“Em face do texto constitucional brasileiro, de conseguinte, há previsão de responsabilidade objetiva do Estado, mas, para que ocorra, cumpre que os danos ensejadores de reparação hajam sido causados por agentes públicos. Se não forem eles os causadores, se incorreram em omissão e adveio dano para terceiros, a causa lesiva é outra: não decorre do comportamento dos agentes. Terá sido propiciada por eles. A omissão haverá condicionado sua ocorrência, mas não a causou. Onde não há cogitar, neste caso, da responsabilidade objetiva” (Curso de Direito Administrativo. 4ª ed., São Paulo: 1993, Malheiros, p. 447 a 451).

O Ministro Franciulli Netto, a respeito do tema, obtempera:

“Não há resposta *a priori* quanto ao que seria o padrão normal tipificador da obrigação a que estaria legalmente adstrito. Cabe indicar, no entanto, que a normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso’ (Celso Antônio Bandeira de Mello, *op. cit.*, loc. cit.)” (REsp n. 418.713/SP, data da decisão 20-5-2003).

Conclui-se, pois, que o Estado responde subjetivamente pela conduta omissiva causadora de danos, devendo restar caracterizada, além da omissão, dos danos e do nexo de causalidade, a culpa do agente público ou a culpa anônima do serviço público. Observa-se que esta ocorre quando o serviço não funcionou, funcionou mal ou tardiamente. É a chamada *faute de service*.

Para que se responsabilize o Poder Público, deve existir uma omissão a um dever legal de agir, ou seja, aquele tinha a obrigação de atuar e operar segundo certos padrões de eficiência e se manteve inerte ou foi ineficiente.

No caso em referência, em que pese a existência de uma campanha deflagrada, em nível nacional, pelo Sistema Único de Saúde – SUS, esta foi executada pelo município de Lages, posto que as cirurgias foram realizadas no Hospital Geral e Maternidade Tereza Ramos, cedido à Municí-

palidade, conforme demonstrado acima.

Assim, não há meio de se atribuir a responsabilidade ao SUS.

Em relação a estes réus, tem-se que foram responsáveis pelos problemas enfrentados pela autora, posto que o Hospital, a toda evidência, não dispunha da infra-estrutura necessária para as intervenções cirúrgicas realizadas.

Com efeito, segundo a perícia médica, mais especificamente as respostas aos quesitos 37 e 38, formulados pelo Ministério Público (fl. 263), e 4, formulado por Mário César Koeche (fl. 318), a cirurgia de catarata envolve riscos, tornando-se essencial a presença de um aparelho chamado vitreófago que, embora não indispensável à realização da operação, é fundamental quando houver qualquer complicação.

Não foi esclarecido nos autos se havia o equipamento e se ele teria sido utilizado no caso da autora.

Ademais, os réus admitiram não existir em Lages a aparelhagem necessária à cirurgia corretiva daquelas outras que restaram inexitosas, evidenciando-se, aí, a falta do serviço, uma vez que, ao assumir a execução da Campanha Nacional de Combate à Catarata, o Poder Público Municipal estava comprometendo-se a dar todo o tratamento necessário e adequado àqueles que o procurassem.

Conclui-se, portanto, pela responsabilidade solidária do município

de Lages e do Hospital Geral e Maternidade Tereza Ramos.

2. Quanto à responsabilidade de Mário César Koeche

Aduz a recorrente que o médico que realizou as intervenções cirúrgicas em seus olhos teria agido com negligência, imprudência e imperícia, sendo também responsável pelos danos sofridos.

Observa, ainda, que o cirurgião responde em outros dois processos judiciais, em razão de operações realizadas na aludida Campanha Nacional de Combate à Catarata.

A obrigação do médico é de meio e não de resultado, da qual se conclui que sua responsabilidade é subjetiva, devendo restar caracterizada a culpa em uma de suas três vertentes.

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. [...] A atividade médica tem de ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência necessária e normal dessa profissão para o melhor resultado, mesmo que este não seja conseguido. O médico deve esforçar-se, usar de todos os meios necessários para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcançá-la” (Responsabilidade Civil e

sua Interpretação Jurisprudencial. 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 172 a 175).

A respeito da negligência, imprudência e imperícia médicas, importante transcrever o ensinamento doutrinário citado no acórdão da lavra do Desembargador Monteiro Rocha:

“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’. (Theodoro Júnior, Humberto. Aspectos Processuais da Ação de Responsabilidade por Erro Médico <http://www.forense.com.br>)” (Ap. Cív. n. 2002.015700-2).

Sobre o tema já se manifestou esta Corte de Justiça:

“Danos materiais e morais – Intervenção cirúrgica – Vasectomia –

Ocorrência de gravidez da esposa *a posteriori* – Caracterização de obrigação de meio – Culpa não demonstrada – Ausência de responsabilização – Sentença mantida – Recurso desprovido.

[...]

“Ainda, a respeito da natureza da responsabilidade do médico, Sérgio Cavalieri Filho leciona:

‘Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos.

‘Logo, a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado, de sorte que, se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual. Esta conclusão, além de lógica, tem o apoio de todos os autores, nacionais e estrangeiros (Aguiar Dias, Caio Mário, Sílvio Rodrigues, Antônio Montenegro), e é também consagrada pela jurisprudência.

‘Disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico, conforme preceitua o art. 1.545 do Código Civil, ainda em perfeita consonância com o disposto no Código do Consumidor, art. 14, § 4º (Programa de Responsabilidade Civil. Sérgio Cavalieri Filho, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 273)” (Ap. Cív. n. 2002.022712-4, rel. Des. Dionizio Jenczak).

E ainda:

“[...] 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).

Necessária, portanto, a configuração da culpa de Mário César Koeche ao proceder à intervenção cirúrgica em Assunta Catarina Milani Zeni.

Analisando os laudos periciais, mais especificamente as respostas aos quesitos de ns. 37 e 38, verifica-se que o médico tomou todas as cautelas necessárias e disponíveis para o bom andamento da cirurgia:

“37 – O quadro ora apresentado pela autora foi causado ou agravado em razão das cirurgias para correção de catarata a que foi submetida?

“R: OD sim, embora a condição deste olho esteja dentro das perspectivas de complicações simples e normais para a cirurgia. OE sim, deve-se realizar o mais rápido possível a cirurgia corretiva (fl. 263).

“R: Sim (fl. 276).

“38 – Em caso positivo, pode-se afirmar que houve imperícia, imprudência ou negligência por parte do cirurgião na realização dos procedimentos cirúrgicos? Por que?

“R: OD não, pois fogem ao controle do cirurgião, não dependendo de sua habilidade. OE se ele não dispunha de vitreófago para a vitrectomia, não. Se ele dispunha deste equipamento, pode ser que sim, mas isto depende da condição do olho (fl. 263).

“R: Não. Pois tais consequências são previstas mesmo nas mãos e locais de larga experiência” (fl. 276).

Como mencionado no item de n. 1, ao que tudo indica o Hospital não possuía o equipamento de nome vitreófago, tendo o médico realizado a cirurgia sem essa proteção.

Assim, em princípio, ele teria agido com culpa.

Ocorre que o documento de fls. 304 e 305, expedido pelo Doutor Ademar Devienne Júnior, médico oftalmologista que atuou como perito no caso, atesta que a autora, ora apelante, per-

deria a visão do olho esquerdo mesmo sem qualquer intervenção cirúrgica, posto que esta é a consequência normal da evolução da catarata, sendo que a operação poderia impedir a cegueira.

Percebe-se que o réu Mário César Koeche tinha a opção de não operar, mas neste caso a autora acabaria ficando cega, razão pela qual a sua decisão de realizar a intervenção não pode ser considerada imprudente, posto que o vitreófago era essencial apenas no caso de surgimento de alguma complicação na cirurgia.

Noutros termos, se a paciente inevitavelmente perderia a visão caso não fosse submetida à reparação da doença, a resolução de fazer a cirurgia, ainda que nas circunstâncias relatadas, com todas as deficiências que um hospital público pode apresentar, não é imprudente, tampouco manifestação de imperícia por parte do médico.

3. Quanto ao valor da indenização por danos morais

Insurge-se a apelante quanto ao valor fixado a título de reparação por danos morais de 200 salários mínimos.

Afirma que sofreu profundo abalo moral diante dos problemas de visão, além da possibilidade de perda completa do sentido no olho esquerdo, caso não realizada outra cirurgia para reparar definitivamente a doença.

Assevera que hoje depende de seus familiares para a execução das

tarefas mais simples; que foi submetida à intervenção cirúrgica decorrente de uma queda proporcionada pela dificuldade de enxergar com clareza; que experimentou inúmeros incômodos, tais como viagens para a realização de consultas particulares em outras cidades etc.

Entende como justo o montante de 500 salários mínimos.

Veja-se que os danos morais estão incutidos na esfera subjetiva da pessoa, cujo acontecimento tido como violador atinge o plano de seus valores mais íntimos, repercutindo em aspectos referentes tanto a reputação perante os demais membros da sociedade ou mesmo no tocante a mera dor interior.

Sobre o tema, leciona Yussef Said Cahali:

“Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física — dor-sensação, como a denomina Carpenter — nascida de uma lesão material; seja a dor moral — dor-sentimento, de causa material” (Dano e Indenização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 7).

In casu, a recorrente foi vítima de prejuízos dessa natureza, os quais merecem a devida reparação.

O fato de ser portadora de uma doença que pode levar à cegueira completa; de ter procurado, infrutiferamente, o auxílio do Estado por diversas vezes, posto que este teria-se

responsabilizado pelo tratamento da doença; de ter experimentado a dor decorrente da catarata e da inflamação vítrea; de ter sido compelida a se dirigir a outros municípios em busca da solução para o seu caso; dentre outros acontecimentos relatados nos autos, evidenciam o sofrimento da autora, caracterizando-se assim o prejuízo extrapatrimonial passível de ressarcimento.

No que tange ao valor a ser arbitrado a título de indenização por danos morais, Humberto Theodoro Júnior assinala que “resta, para a Justiça, a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários” (Alguns aspectos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. Revista dos Tribunais 662/7-17).

É, pois, de se ter sempre em mente que a indenização deve compensar a sensação de dor da vítima e representar “uma satisfação, igualmente moral, ou, que seja, psicológica, capaz de neutralizar ou anestesiar em alguma parte o sofrimento impingido” (RT 650/66), levando-se em conta a gravidade do dano, a personalidade da vítima, a personalidade do autor do ilícito e o patrimônio dos envolvidos (vítima e autor do evento danoso).

É óbvio que a quantia não pode ser tão grande que se converta em fonte de enriquecimento pelas lesões sofridas. Também não deve ser pequena a se tornar insignificante.

O Meritíssimo Juiz entendeu que 200 salários mínimos seriam bastantes a compensar a dor da apelante.

Diante do quadro fático delineado nos autos, consideradas as circunstâncias peculiares do caso, conclui-se que o *decisum* é de ser mantido, posto que a quantia nele consignada não é desmedida.

Observa-se que em caso análogo, de pedido de indenização por danos morais decorrentes de morte de pai de família, entendi que 300 salários mínimos seriam suficientes para amenizar a dor dos parentes (AC 2003.005498-7). Assim, tomando-se por base tais situações, em que há o falecimento de pessoa próxima e querida ao requerente, sendo que a situação da recorrente é de menor gravidade, entendo que 200 salários mínimos é um *quantum* razoável, não havendo motivos para a reforma da sentença.

4. Quanto ao valor da indenização por danos materiais

Assim consignou o MM. Juiz *a quo*, no que diz respeito aos danos materiais:

“[...] condenando o réu [...] ao pagamento de danos materiais referentes à despesa de R\$ 134,72 corrigidos desde o desembolso mais os danos materiais a serem calculados em liquidação de sentença pelas despesas de transporte, bem como de medicação e das cirurgias sofridas pela autora referentes ao problema detectado na visão desde o desembol-

so, abatido o valor já pago conforme alvará de fl. 452 [...]”.

Engana-se, pois, a recorrente ao afirmar que não teria sido indenizada pelos prejuízos materiais, posto que constaram do *decisum* as despesas efetivamente comprovadas e aquelas que se fizeram necessárias no curso do processo para o tratamento da doença, a serem apuradas em liquidação de sentença.

De se observar que, nesse caso, uma vez que o Município e o Hospital não dispõem da infra-estrutura necessária à solução definitiva do problema, devem-se responsabilizar por todos os gastos que se fizerem necessários com tratamentos e eventuais cirurgias em outras cidades, posto que o primeiro réu se responsabilizou pela execução da Campanha Nacional de Combate à Catarata e, assim sendo, comprometeu-se a fornecer o tratamento completo.

5. Quanto ao valor dos honorários advocatícios

Pretende a apelante a majoração da verba honorária de 10% para 15% sobre o valor da condenação.

Quanto ao tema, esta Corte de Justiça já pacificou o entendimento de que nos litígios em que a Fazenda Pública for vencida, salvo casos excepcionais, este percentual deve limitar-se a 10%:

“Honorários de advogado. Orientação pretoriana predominante. Remessa parcialmente provida.

“Pacificou-se o entendimento pretoriano no sentido de que não deve

entidade estatal, na hipótese de sucumbir, suportar honorários de advogado acima do percentual de 10%” (Ap. Cív. n. 1999.012709-5, Des. Sérgio Paladino).

“Honorários de advogado – Fazenda Pública – Fixação em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação – Entendimento jurisprudencial desta Corte.

“É pacífico neste Tribunal o entendimento de que, ausentes circunstâncias especiais, a Fazenda Pública não deve suportar honorários advocatícios acima do percentual de 10% sobre a condenação na hipótese de sucumbir” (Ap. Cív. n. 2002.006981-2, rel. Des. Nicanor da Silveira).

“[...] Na ausência de circunstâncias especiais, sedimentou-se a jurisprudência da Corte no sentido de que a fixação dos honorários advocatícios, quando se tratar de pessoa jurídica de direito público, deve situar-se no patamar de 10% sobre o valor da condenação” (Ap. Cív. n. 2002.014805-4, Des. Luiz César Medeiros).

Em que pese a extensão desta lide, os esforços do patrono não ultrapassaram o padrão exigível em casos como este, não havendo meio de se permitir o aumento dos honorários.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso, condenando o município de Lages e o Hospital Geral e Maternidade Tereza Ramos ao pagamento de indenização por danos materiais e morais nos termos fixados na sentença, acrescido de todas as

despesas que se fizerem necessárias ao tratamento da doença, além do pagamento dos honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor da condenação.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por maioria de votos, deram provimento parcial ao recurso e, em sede de reexame, confirmaram os demais termos da sentença. Vencido o Des. Newton Trisotto que votou em sentido diverso.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 3 de maio de 2005.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Luiz César Medeiros,
Relator.

Declaração de voto vencido do
Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto

1. A ação foi aforada contra o município de Lages, o Hospital Geral e Maternidade Tereza Ramos, e Mário César Koeche.

O Juiz Altamiro de Oliveira julgou improcedente a pretensão relativamente aos dois últimos réus e procedente quanto ao primeiro. Na sentença transcreveu o parecer da Pro-

motora de Justiça Juliana Padrão Serra de Araújo, do qual extraio o excerto que segue:

“Antes de mais nada, cumpre salientar que a responsabilidade do médico pelos tratamentos que realiza é subjetiva, não se obrigando a efetivamente curar o paciente, mas a utilizar todas as técnicas a seu alcance, empenhando todos os seus esforços, para a consecução do resultado esperado.

“Assim, no caso de uma intervenção cirúrgica malsucedida, o médico somente responderá por danos sofridos pelo paciente acaso tenha havido imperícia, negligência ou imprudência de sua parte, na realização do procedimento.

“De outro lado, se os danos advierem de circunstâncias que fogem ao seu controle – riscos normais que envolvem a cirurgia, por exemplo –, não terá a obrigação de indenizar.

“No caso vertente, as provas existentes nos autos, notadamente a perícia técnica realizada, dão conta de que, ao contrário do que afirma a autora, o réu Mário César Koeche não agiu com culpa para a erupção do evento danoso.

“Quanto ao olho direito da autora, a cirurgia foi relativamente bem-sucedida. Muito embora a autora hoje apresente ‘traves vítreas e catarata secundária, turvando a visão’, esse quadro está ‘dentro de perspectivas de complicações simples e normais para a cirurgia’, conforme respostas aos quesitos de n. 36 e 37 – fl. 263.

“O Sr. Perito Judicial afirmou que não houve imperícia, imprudência ou negligência do médico na realização do procedimento cirúrgico, pois os problemas apresentados pela autora ‘fogem ao controle do cirurgião, não dependendo de sua habilidade’ – resposta ao quesito de n. 38 – fl. 263.

“Já a cirurgia realizada no olho esquerdo da autora apresenta resultado ruim (quesito n. 27 – fl. 260), tendo a autora desenvolvido ‘vitrite, traves, vítreas, tração vítrea e afácia’ (quesito de n. 36 – fl. 263). Entretanto, o Sr. Perito Judicial, em resposta ao quesito de n. 38 (fl. 263), não pôde afirmar se o réu foi imperito na realização da cirurgia desse olho. Referiu apenas que, se o médico não dispunha de vitreófago no momento da cirurgia, não agiu com culpa. Se, porém, tinha esse equipamento, pode ser que tenha agido com culpa, dependendo da condição do olho.

“Em resposta ao mesmo quesito, o Assistente Técnico da autora referiu que o médico não agiu com imperícia, imprudência ou negligência, ‘pois essas conseqüências são previstas, mesmo nas mãos e locais de larga experiência’ (quesito de n. 38 – fl. 276).

“Além disso, o Sr. Perito Judicial afirmou que é correto o procedimento de suspender a cirurgia sem implantar a lente (‘afácia’ quesito de n. 19 – fl. 258), em razão do aumento da pressão vítrea durante a operação (quesito n. 9 – fl. 255).

“Ainda, tanto o Perito Judicial quanto o Assistente Técnico informa-

ram que a ‘vitrite’ apresentada pela autora nada mais é que inflamação do gel vítreo (quesito n. 8 – fls. 255 e 268), e que é comum o paciente apresentar reação inflamatória após a cirurgia de catarata (quesito n.10 – fls. 255 e 268).

“Por fim, o Sr. Perito Judicial, em resposta ao quesito de n. 4 – fl. 318, afirmou que a ‘perda vítrea’, ‘vitrite’ e ‘catarata secundária’ são complicações que podem derivar do procedimento cirúrgico para remoção de catarata.

“Assim, de tudo o que consta nos autos, entendo que não restou delineada a culpa do réu Mário César Koeche, em qualquer das suas modalidades, razão pela qual o mesmo não poderá ser responsabilizado civilmente pelos danos sofridos pela autora.

“O segundo demandado, Hospital e Maternidade Tereza Ramos, ao meu sentir, também não poderá ser compelido a indenizar a autora.

“Primeiramente, cumpre averiguar de que forma os hospitais e casas de saúde respondem perante seus pacientes, pelos danos por estes sofridos.

“Muito embora se encaixe conceitualmente na definição de ‘fornecedor’ de serviços, trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, o hospital, segundo a doutrina mais abalizada, não responde objetivamente, nos termos do art. 14 daquela lei, pelos resultados advindos dos tratamentos de saúde que presta – mas apenas se obriga a empenhar todos os

meios necessários e disponíveis para buscar a cura do paciente.

[...]

“Igualmente, compartilhamos do entendimento de que a responsabilidade do hospital pela prestação de serviços médicos é aquiliana, somente devendo indenizar o paciente acaso tenha havido culpa sua ou de seu corpo clínico, no tratamento ministrado. Caso contrário, se o paciente sofrer danos em função de complicações normais ao procedimento, sem que o médico ou o hospital tenham laborado em culpa para tanto, não cabe a responsabilidade do nosocômio.

“Aliás, o próprio art. 14 do Código de Defesa do Consumidor refere que a responsabilidade do fornecedor é objetiva em relação ao ‘defeito do serviço’. E, em seguida, o § 1º do mesmo artigo fornece elementos para classificar o serviço como ‘defeituoso’, dependendo do modo como foi fornecido, dos resultados e riscos que razoavelmente dele se esperam e de outras circunstâncias que forem relevantes ao caso concreto.

“Ora, levando-se em conta esses critérios, pode-se inclusive dizer que o serviço prestado à autora não foi defeituoso, eis que, conforme apurado nos autos, o tratamento foi prestado de maneira adequada e o resultado negativo adveio de circunstâncias alheias à vontade do médico, que estavam dentro dos riscos inerentes ao procedimento.

“Assim, creio que deve ser afastada a responsabilidade do Hospital e

Maternidade Tereza Ramos, no caso vertente” (fls. 413 a 428).

Em relação ao município de Lages, está também consignado no parecer:

“De outro lado, cumpre salientar que o Município não praticou qualquer ato ilícito. Segundo consta dos autos, o Município realizou as cirurgias de catarata pretendendo curar a autora, tendo sido malsucedida em seu intento por circunstâncias alheias à vontade do médico que realizou os procedimentos, em virtude da ocorrência de complicações.

“Entretanto, restou comprovado também que as complicações apresentadas pela autora eram possíveis de ocorrer em qualquer cirurgia de remoção de catarata, razão pela qual, ao submeter a autora aos procedimentos cirúrgicos, o Município assumiu o risco da ocorrência daqueles resultados, que eram previsíveis, embora não desejados.

[...]

“Nessa linha de raciocínio, portanto, o município de Lages deverá ser condenado a reparar os danos físicos, morais e patrimoniais sofridos pela autora, os quais passamos a analisar”.

Tão-somente a autora não se conformou com a sentença, que, no entanto, se submete a reexame necessário (CPC, art. 475, I).

Para a douta maioria, “o caso deve ser analisado sob a ótica da responsabilidade subjetiva, uma vez que os danos suportados pela autora, ora

apelante, são atribuídos à possível omissão do Poder Público” (fl. 645).

Consta do acórdão:

“Em relação a estes réus, tem-se que foram responsáveis pelos problemas enfrentados pela autora, posto que o Hospital, a toda evidência, não dispunha da infra-estrutura necessária para as intervenções cirúrgicas realizadas.

“Com efeito, segundo a perícia médica, mais especificamente as respostas aos quesitos 37 e 38, formulados pelo Ministério Público (fl. 263), e 4, formulado por Mário César Koeche (fl. 318), a cirurgia de catarata envolve riscos, tornando-se essencial a presença de um aparelho chamado vitreófago que, embora não indispensável à realização da operação, é fundamental quando houver qualquer complicação.

“Não foi esclarecido nos autos se havia o equipamento e se ele teria sido utilizado no caso da autora.

“Ademais, os réus admitiram não existir em Lages a aparelhagem necessária à cirurgia corretiva daquelas que restaram inexitosas, evidenciando-se, aí, a falta de serviço, uma vez que, ao assumir a execução da Campanha Nacional de Combate à Catarata, o Poder Público Municipal estava se comprometendo a dar todo o tratamento necessário e adequado àqueles que o procurassem.

“Conclui-se, portanto, pela responsabilidade solidária do município de Lages e do Hospital Geral e Maternidade Tereza Ramos.

[...]

“Necessária, portanto, a configuração da culpa de Mário César Koeche ao proceder à intervenção cirúrgica em Assunta Catarina Milani Zeni.

[...]

“Como mencionado no item de n. 1, ao que tudo indica o Hospital não possuía o equipamento de nome vitreófago, tendo o médico realizado a cirurgia sem esta proteção.

“Assim, a princípio ele teria agido com culpa.

“Ocorre que o documento de fls. 304 e 305, expedido pelo Dr. Adhemar Devienne Júnior, médico oftalmologista que atuou como perito no caso, atesta que a autora, ora apelante, perderia a visão do olho esquerdo mesmo sem qualquer intervenção cirúrgica, posto que esta é a consequência normal da evolução da catarata, sendo que a operação poderia impedir a cegueira.

“Percebe-se que o réu Mário César Koeche tinha a opção de não operar, mas neste caso a autora acabaria ficando cega, razão pela qual a sua decisão de realizar a intervenção não pode ser considerada imprudente, posto que o vitreófago era essencial apenas no caso de surgimento de alguma complicação na cirurgia.

“Noutros termos, se a paciente inevitavelmente perderia a visão caso não fosse submetida à reparação da doença, a resolução de fazer a cirurgia, ainda que nas circunstâncias re-

latadas, com todas as deficiências que um hospital público pode apresentar, não é imprudente, tampouco manifestação de imperícia por parte do médico”.

Pelas razões que passo a alinhar, divergi dos eminentes Desembargadores Luiz César Medeiros (relator) e Francisco Oliveira Filho.

1.1. De início, registro que me parece contraditória a solução adotada.

Salvo caso de *sangria desatada*, como dizem os lagueanos, revela negligência o médico que efetua cirurgia em hospital que carece de “infra-estrutura necessária para as intervenções cirúrgicas realizadas”.

1.2. Reconheceu a douta maioria que das provas coletadas se infere não haver relação da lesão no olho esquerdo da autora – surgida posteriormente à cirurgia – com o fato de o hospital não dispor “de um aparelho chamado vitreófago”. Disse o perito:

“9 – Se, durante uma cirurgia ocular para implante de lente em virtude de catarata, pode ocorrer aumento da pressão vítrea e se tal fato faz com que o profissional deva suspender o ato, sob pena de uma hemorragia expulsiva?

“R: Sim. Pode haver necessidade de se responder a cirurgia embora isto dependa da avaliação imediata na hora da cirurgia.

“10 – Todo paciente submetido a cirurgia de catarata sob a técnica de extração extracapsular apresenta reação inflamatória no pós-operatório?

“R: Não, embora seja relativamente normal e/ou comum.

“11 – A paciente corre o risco de perder totalmente a visão? Tal fato pode ser atribuído às intervenções realizadas ou aconteceria independente delas?

“R: Sim. Do olho esquerdo, sim.

12 – Outras considerações que entender necessárias.

R: Tecnicamente, não há problema pós-operatório no olho dir. As traves vítreas vêm da vitreíte e podem ocorrer, mesmo sem nenhuma complicação cirúrgica. O olho esquerdo, embora mais complicado, não está perdido. Quanto mais demorar para a vitrectomia deste último, pior o prognóstico.

[...]

“14 – Existe processo seqüelar no vítreo do OD e OE?

“R: Sim, traves vítreas nos dois olhos e vítreo preso na incisão no olho esq.

[...]

“18 – O que ocasionou a vitreíte?

“R: Pode ter sido a cirurgia em si, a lente implantada ou os medicamentos utilizados no transoperatório.

[...]

“37 – O quadro ora apresentado pela autora foi causado ou agravado em razão das cirurgias para correção de catarata a que foi submetida?

“R: OD: Sim, embora a condição deste olho esteja dentro das perspectivas de complicações simples e normais para a cirurgia. OE: Sim, deve-se realizar o mais rápido possível a cirurgia corretiva.

“38 – Em caso positivo, pode-se afirmar que houve imperícia, imprudência ou negligência por parte do cirurgião na realização dos procedimentos cirúrgicos? Por quê?

“R: OD: Não, pois fogem ao controle do cirurgião, não dependendo de sua habilidade. OE: se ele não dispunha ao vitreófago para a vitrectomia, não. Se ele dispunha deste equipamento, pode ser que sim, mas isto depende da condição do olho” (fls. 255 a 263).

Do laudo do assistente técnico da autora destaco o excerto que segue:

“9 – Se, durante uma cirurgia ocular para implante de lente em virtude de catarata, pode ocorrer aumento da pressão vítrea e se tal fato faz com que o profissional deva suspender o ato, sob pena de uma hemorragia expulsiva?

“R: Sim, o aumento da pressão vítrea não significa necessariamente uma evolução p/ hemorragia expulsiva, já que outros fatores podem desencadeá-la. Não há necessidade de suspender a cirurgia, nem de prevenir a incidência.

“10 – Todo paciente submetido a cirurgia de catarata sob a técnica de extração extracapsular apresenta reação inflamatória no pós-operatório?

“R: Sim. Em maior ou menor grau.

[...]

“18 – O que ocasionou a vitreíte?

“R: Impossível caracterizar a causa.

[...]

“37 – O quadro ora apresentado pela autora foi causado ou agravado em razão das cirurgias para correção de catarata a que foi submetida?

“R: Sim.

“38 – Em caso positivo, pode-se afirmar que houve imperícia, imprudência ou negligência por parte do cirurgião na realização dos procedimentos cirúrgicos? Por quê?

“R: Não. Pois tais consequências são previstas mesmo nas mãos e locais de larga experiência” (fls. 266 a 277).

2. Pelas razões expostas, votei no sentido da improcedência do pedido da autora.

Florianópolis, 3 de maio de 2005.

Newton Trisotto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.003775-8, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**Relator: Des. Luiz César Medeiros**

Processual civil – Mandado de segurança – Trânsito em julgado – Descumprimento da ordem – Aplicação de multa diária – Astreinte – Possibilidade – Execução das multas – Embargos – Ausência de título líquido e certo – Extinção da execução.

1. Em razão do poder coercitivo do Estado, o juiz está autorizado, inclusive no mandado de segurança, a cominar sanção a fim de compelir o devedor a satisfazer a sua obrigação.

2. A execução somente poderá estar fundada em título executivo judicial ou extrajudicial (CPC, art. 583). A decisão interlocutória, mesmo aquela que fixa a astreinte, não configura título judicial (CPC, art. 584).

3. A necessidade da produção de provas sobre o fato constitutivo do direito do credor desnatura a exequibilidade do título.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.003775-8, da comarca de Balneário Camboriú (Vara da Fazenda Pública, Exec. Fiscais, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), em que é apelante Fernanda Weber dos Santos e apelada a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

A Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan opôs

embargos à execução ajuizada por Fernanda Weber dos Santos, pretendendo a transferência da penhora do crédito em dinheiro para o imóvel descrito às fls. 49 a 53 dos autos da execução, visto que o seu valor é suficiente para garantir a satisfação do débito executado, bem como a suspensão dos efeitos da execução por entender que a multa aplicada deve ser desconsiderada em razão de existir comprovação da ligação de água no imóvel da exeqüente.

O Meritíssimo Juiz julgou procedentes os embargos, consignando no *decisum*:

“E sendo descabida a fixação de multa cominatória para cumprimento de ordem proferida em mandado de segurança, ficando assim desconstituído o pronunciamento judicial que

ampara a pretensão executória da embargada/exeqüente, nada resta senão o acolhimento destes embargos e a conseqüente extinção da execução, prejudicadas as demais teses ventiladas pelas partes porque o juiz não é obrigado a respondê-las uma a uma quando já tenha indicado fundamento à sua conclusão.

“Posto isso, *acolho estes embargos para extinguir a execução (autos n. 005.99.009274-1/002)* proposta por Fernanda Weber dos Santos em face de Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan.

“Arcará a embargada/exeqüente com as despesas processuais, observado, porém, o art. 12 da Lei n. 1.060/50 diante da justiça gratuita que lhe foi deferida. Honorários advocatícios incabíveis por aplicação do art. 22 do CPC, justo que a embargante/executada não indicou o fundamento do acolhimento dos embargos e da conseqüente extinção da execução” (fls. 34 e 35).

Inconformada, a embargada interpôs o presente recurso, asseverando a possibilidade de cominação de multa por descumprimento do mandado de segurança, e requerendo a reforma da sentença para manter a imposição da multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) à apelada pelo atraso na religação do fornecimento de água ao seu imóvel.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Doutora Gladys Afonso, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

II — Voto

1. Primeiramente, cumpre analisar a possibilidade de cominação de multa – *astreinte* – para compelir a devedora a cumprir a ordem proferida no mandado de segurança.

Depreende-se dos autos que a embargada impetrou mandado de segurança contra o Chefe da Casan, objetivando a religação do fornecimento de água ao seu imóvel.

Mesmo após concedida a ordem e transitada em julgado a sentença, a Casan não procedeu à religação do fornecimento de água, razão pela qual o Magistrado de primeiro grau fixou multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) até o cumprimento da ordem.

Proposta a ação executiva para efetuar a cobrança referente a cento e oitenta e sete dias de descumprimento, a executada opôs embargos que restaram acolhidos pelo Juiz *a quo*, por entender Sua Excelência ser descabida a fixação de multa cominatória para cumprimento de ordem proferida em mandado de segurança, em razão da não aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao procedimento especial do mandado de segurança.

Dispõe o Código de Processo Civil que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemen-

to” (art. 461) e que “o juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito” (§ 4º).

É admissível a imposição de *astreinte* como meio coercitivo de cumprimento de decisão judicial, inclusive, ressalte-se, em mandado de segurança.

Sobre o tema há ensinamentos na doutrina e jurisprudência, conforme os excertos a seguir transcritos:

“O § 4º do art. 461 abriu a possibilidade de imposição da multa *ex officio*, o que é novidade no Código de Processo Civil. Esse dispositivo chega ao Código num momento de abertura para uma grande plasticidade das funções do juiz no comando do processo e empenho pela efetividade de suas decisões. Da mesma data da lei que trouxe o novo art. 461 com todas essas novidades (Lei n. 8.952, de 13-12-94) é a que alterou normas do processo executivo (Lei n. 8.953) e entre elas as que autorizam o juiz da execução a impor, agravar ou reduzir multas (arts. 644-645 – v. *infra*, n. 204 e 205). Com esses dispositivos, a remissão que o § 1º faz ao art. 287 do Código de Processo Civil não significa que a imposição de multa continue condicionada à existência de *petitum* específico. Também, eventual omissão do juiz na sentença ou ao conceder a tutela executiva não deixará o julgado desprovido do estímulo das

astreintes porque na execução a omissão será suprida” (Dinamarco, Cândido Rangel, A reforma do código de processo civil, 5ª ed., Malheiros: São Paulo, 2001, p. 159 e 160).

“O meio mais freqüente para forçar a efetivação da tutela específica é a aplicação, de ofício, de multa diária (CPC, art. 461, § 4º). Ela tem finalidade exclusivamente coercitiva, pressionando psicológica e economicamente o devedor a cumprir as obrigações de fazer ou não-fazer, sejam elas fungíveis ou infungíveis. São, portanto, meios coercitivos indiretos que exercem pressão na vontade do devedor. Não têm e não podem ter qualquer caráter de indenização ou penalidade.

“Logicamente, essa multa pode ser aplicada à autoridade que figura no pólo passivo do mandado de segurança. Mas nada impede que ela também seja aplicada contra a pessoa jurídica que a autoridade representa, ainda que se trate da Fazenda Pública” (Bueno, Cássio Scarpinella; Alvim, Eduardo Arruda e Wambier, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 712).

“Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das *astreintes* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cum-

prir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz” (Nery Junior, Nelson e Nery, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado. 7ª ed., Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003, p. 782 e 783).

“Ao contrário do Código de 39, a lei vigente não estabelece limitação para o valor da multa cominada na sentença que tem o objetivo de induzir ao cumprimento da obrigação e não o de ressarcir. Nem se justifica tolerância com o devedor recalcitrante que, podendo fazê-lo, se abstém de cumprir a sentença” (REsp n. 141.559, Min. Eduardo Ribeiro).

“As *astreintes* podem ser fixadas pelo juiz de ofício, mesmo sendo contra pessoa jurídica de direito público (Fazenda Estadual), que ficará obrigada a suportá-las casos não cumpra a obrigação de fazer no prazo estipulado” (REsp n. 201.378, Min. Fernando Gonçalves).

Além disso, pela percuciência da sua manifestação, como substrato de minha razão de decidir, adoto a fundamentação e os argumentos consignados pela Procuradora de Justiça – Doutora Gladys Afonso:

“Não raras vezes, proferida a decisão, resiste a parte em dar cumprimento à ordem, criando barreiras para a sua efetivação. No mandado

de segurança, elevado à garantia constitucional para tutela de direito líquido e certo afetado por ato ilegal do Poder Público, a delonga do cumprimento da ordem pode gerar danos irreparáveis à parte.

“A eficácia da decisão, nessa espécie de ação, é imediata, e, considerando sua natureza mandamental, vale como ‘ordem legal para o imediato cumprimento do que nele se determina, e, ao mesmo tempo, marca o momento a partir do qual o impetrante, beneficiário da segurança, passa a auferir todas as vantagens decorrentes do *writ*’.

“Entretanto, concedido o mandamento, dispensa-se o processo de execução para a prestação efetiva da tutela jurisdicional entregue, reclamando unicamente a notificação da parte inadimplente para o seu cumprimento. Nessa hipótese, pode a autoridade voluntariamente satisfazer a ordem ou furtar-se à sua execução, surgindo a partir daí a necessidade de imposição de medidas coercitivas. Nas palavras do mestre Hely Lopes Meirelles: ‘O não atendimento do mandado judicial caracteriza o crime de desobediência à ordem legal (CP, art. 330), e por ele responde o impetrado renitente, sujeitando-se até mesmo à prisão em flagrante, dada a natureza permanente do delito’.

[...]

“A preocupação do legislador em conceder proteção integral às partes em juízo rendeu ao sistema legal pátrio a instituição de normas coerci-

tivas postas à disposição do Magistrado para fazer valer a decisão proferida.

“Dentre as inovações inseridas no texto processual encontra-se o instituto da tutela específica, constante do art. 461 e 461-A, conferindo poderes ao juiz, nas ações que tenham por objeto obrigações de fazer ou não fazer, para aplicar medidas de coerção ao devedor em caso de descumprimento da reprimenda, aí incluída a possibilidade de aplicação de multa diária.

“O objetivo do legislador, nesse ponto, estava claro: ‘conceder meios materiais ao juiz para que o preceito contido na sentença fosse cumprido, ou ao menos que o autor tivesse maiores possibilidades de obter exatamente o objeto de sua pretensão’.

[...]

“No caso dos autos, em que a ordem expedida consiste na religação do serviço de água na residência da embargada, e, portanto, numa obrigação de fazer, não há por que se repudiar a aplicação da norma coercitiva. Entendimento contrário resultaria no desvirtuamento da atividade jurisdicional, além de caracterizar a conivência ao desrespeito às ordens expedidas pelo Judiciário.

“Na lição de Marcelo Lima Guerra:

‘Seja por aplicação direta do art. 5º, inc. XXXV, da CF, seja por aplicação subsidiária do § 5º do art. 461 do CPC, o certo é que o juiz, diante da

insistência da autoridade coatora em não cumprir o que resta determinado na sentença concessiva de segurança, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis, pode adotar as medidas executivas que se revelam mais adequadas ao caso concreto, a fim de assegurar a realização prática do direito líquido e certo (tutela executiva)’ (fls. 80 a 84)”.

Percebe-se, assim, que é possível a cominação de multa pelo descumprimento de ordem proferida em mandado de segurança. Não seria, portanto, este o motivo autorizador da extinção do processo e sim a não-exequibilidade do título, conforme a análise a seguir.

2. É imperioso destacar que a decisão interlocutória, mesmo aquela que estabelece a *astreinte*, não configura título executivo, por não se enquadrar em nenhuma das exaurientes hipóteses do art. 584 do Código de Processo Civil.

Enfrentando a matéria, este Órgão Fracionário, com voto condutor do eminente Des. Newton Trisotto, decidiu:

“Multa cominatória (*astreinte*) – Execução fundada em decisão interlocutória – Extinção do processo.

‘Toda execução ‘tem por base título executivo judicial ou extrajudicial’ (CPC, art. 583). Não constitui título executivo judicial decisão interlocutória que estabelece multa cominatória (*astreinte*), pois só é ela exigível posteriormente ao trânsito em julgado da sentença que confirmar a

sanção' (REsp n. 115.064/MG, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)" (Ap. Cív. n. 2000.019513-8).

E, do corpo do acórdão, merece seja destacado o seguinte excerto:

"2. Toda execução 'tem por base título executivo judicial ou extrajudicial' (CPC, art. 583). Não constitui título executivo judicial decisão interlocutória que comina multa (*astreinte*) para a hipótese de descumprimento de ordem judicial. A multa só será exigível posteriormente ao trânsito em julgado da sentença que confirmar a sanção.

"Da doutrina e da jurisprudência colaciono as lições e os julgados que respaldam a assertiva:

'Entretanto, há de se ressaltar que, pela própria natureza da pena cominada, semelhante às *astreintes* do direito francês, esta não retrotrai. Isso porque sua função não é de ressarcimento pelos danos causados pelo descumprimento da obrigação de não fazer ou de fazer infungível. Mas objetiva, isto sim, constranger ou compelir o devedor a obedecer ao determinado pela sentença (art. 287).

"Desta forma, a cominação da pena só incide, é claro, após o trânsito em julgado da sentença. Ou seja, no dizer de Alcides de Mendonça Lima, 'enquanto não faz, nas obrigações de fazer; ou enquanto faz, nas obrigações de não fazer' – (desde que infungíveis) – 'o devedor poder ficar sujeito ao pagamento da pena por dia de atraso' (Severino Muniz, *Ações cominatórias* à luz do art. 287 do Código de Processo Civil, Saraiva, 1983, p. 57).

'A condição de exigibilidade da multa é o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, ou seja, da que tiver julgado procedente a ação.

'Segundo o texto legal, não será a multa exigível se não se tiver formado a coisa julgada (*res judicata*). A coisa julgada, todavia, pode ser formal ou material. A coisa julgada formal traduz a prestação jurisdicional entregue pelo Estado, a qual se torna imutável dentro do mesmo processo. Em virtude dela, surge o que a doutrina denomina de princípio da inalterabilidade da sentença. A coisa julgada material é a qualidade dos efeitos de julgamentos que decidem a controvérsia deduzida em juízo, razão por que se há de impedir a reapreciação do litígio, feita na sentença, em qualquer outro juízo ou tribunal. É nesse aspecto que deve ser interpretado o art. 468 do Código de Processo Civil, segundo o qual 'a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas'.

'Quando o dispositivo em foco faz referência ao trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, alude, sem dúvida, à coisa julgada material, vale dizer, àquela que qualifica decisão não mais alterada dentro ou fora do processo em que foi proferida. A decisão a que se refere o dispositivo há de ser aquela que tenha efetivamente decidido, em favor do autor, o mérito da controvérsia, acolhendo o pedido formulado na ação. Está fora, desse modo, a sentença favorável ao réu, porque nesse caso, como visto,

se reconhecerá a inexistência de qualquer obrigação a ser por ele cumprida. Também estará descartada a decisão que extinguir o processo sem julgamento do mérito, e isso em virtude de não ter ela idoneidade de produzir eficácia fora do processo.

‘Em conseqüência, para que a multa seja exigível, será indispensável que o juiz tenha proferido decisão de mérito favorável ao autor, e que esta decisão passe a constituir lei entre as partes, fato que ocorrerá quando não mais houver qualquer recurso pendente, ordinário, especial ou extraordinário, incluindo-se mesmo o agravo de decisão denegatória desses recursos e o agravo regimental no STF’ (José dos Santos Carvalho Filho, Ação civil pública: comentários por artigo: Lei n. 7.347, de 24-7-85, Lumen Juris, 1999, p. 340 e 341).

‘1 – Nas obrigações de fazer ou não fazer, vale-se o juiz, com autorização legal, da imposição de meio coercitivo indireto, as chamadas *astreintes*, para forçar o devedor a cumprir a obrigação, nos termos em que foi condenado no processo de cognição.

‘2 – Essa pena pecuniária deverá ser determinada no título judicial. Omissos a sentença e/ou o acórdão do processo de cognição em relação à unidade temporal dessa multa (dia, semana ou mês) e a data a partir de quando devida, caberá ao juiz da execução fixá-los (CPC, art. 644). Imprescindível, no entanto, a instauração do processo executivo pela citação para a sua exigência, mesmo que even-

tualmente tenha incidência anterior a essa citação, por força do decidido na decisão transitada em julgado do processo de conhecimento’ (REsp n. 115.064, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

‘Multa cominatória em ação de conhecimento de obrigação de fazer, admitem-se tutela antecipada e o preceito cominatório, fixando-se a multa que tem função de *astreinte*, mas só pode ser exigida após o trânsito em julgado da sentença, embora com incidência a partir da data de descumprimento da ordem, mesmo que liminar’ (TAPR, AI n. 150993700, Juiz Jurandyr Souza Júnior).

‘A *astreinte*, que consiste em multa aplicada pelo juiz ao violador de direitos alheios, tem por escopo afastar a demora no cumprimento da decisão judicial, pode ser de aplicação imediata e execução posterior ao trânsito em julgado da sentença e independe do pedido do autor’ (TJDF, AC n. 4.4264196, Des. João Mariosa).

“No caso *sub examine*, a execução está apoiada em decisão interlocutória. Destarte, é carecedor da ação o apelante”.

3. Demais disso, no caso *sub judice*, ainda que se admitisse a possibilidade de ser executada decisão interlocutória que arbitra as *astreintes*, impor-se-ia a extinção do processo, porquanto a existência da obrigação está condicionada a fatos dependentes de prova, ou seja, se foi ou não cumprida a ordem judicial, ou mesmo quando esta foi efetivamente cumprida.

Com efeito, os documentos de fls. 8 a 13 atestam que o fornecimento de água ao imóvel da apelante estava ativo no período de fevereiro a julho de 2002, inclusive apontando o consumo mínimo.

De outro lado, a certidão emitida pelo Oficial de Justiça em 17-7-2002 (fl. 36 – autos da execução) comprova inequivocamente a existência do fornecimento de água ao imóvel da apelante; porém, não informa com clareza a partir de que momento o serviço foi restabelecido.

Em que pese o Oficial tenha asseverado que “após conversa com pessoas que encontravam-se no escritório, estes alegaram que a ligação de água foi feita esta semana, com o imóvel fechado. Isto foi confirmado pelo Sr. Lincoln Pereira, vizinho do lado do imóvel, com quem conversei e este também alegou que a ligação foi feita esta semana, mas não sabe se foi domingo ou segunda-feira, o que foi por mim percebido, através do cano, que aparenta ser novo” percebe-se, ao confrontar este documento com aqueles acostados aos embargos, que a ligação do fornecimento ocorreu no mês de fevereiro de 2002.

Meras alegações de um vizinho e dos colegas de trabalho de um dos proprietários do imóvel e a constatação pelo oficial de justiça de que o cano aparentava ser novo não são suficientes para certificar que apenas naquela semana teria ocorrido a ligação do serviço de água.

Desse modo, em princípio, não poderá a Casan ser compelida ao pa-

gamento de multa por descumprimento de ordem judicial a que efetivamente obedeceu, o que retira a liquidez e certeza do título executivo.

4. Ante o exposto, por fundamento diverso, nego provimento ao recurso. Condeno a apelante ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), em atendimento ao disposto no art. 20, § 3º, *a, b e c*, do Código de Processo Civil, e das custas processuais. Todavia, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, fica sobrestado, pelo prazo de cinco anos, este pagamento, extinguindo-se, a partir de então, caso no decorrer deste lapso temporal não haja mudança em sua situação econômica (Lei n. 1.060/50, art. 12).

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, negaram provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer a Exma. Sra. Procuradora Dra. Gladys Afonso.

Florianópolis, 29 de março de 2005.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Luiz César Medeiros,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.003272-7, DE JOINVILLE**Relator: Des. Jaime Ramos**

Administrativo – Infração de trânsito – Sentença extra petita – Inocorrência – Notificação da infração simultânea à da imposição da multa – Impossibilidade – Exegese dos arts. 280, inciso VI, e 281, caput, do Código de Trânsito Brasileiro.

O fato de a autoridade judiciária ter declarado a nulidade das notificações de penalidade por infração de trânsito (multas de trânsito), não implica julgamento extra petita, sobretudo porque no pedido de nulidade do auto de infração está implícito o de nulidade da notificação da penalidade imposta, uma vez que esta não subsiste sem aquele.

“— Da análise dos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro que se referem ao processo administrativo, constata-se que, após a lavratura do auto de infração, haverá indispensável duas notificações, ou seja, a primeira quando da lavratura do auto de infração, se a autuação ocorrer em flagrante, ou por meio do correio, quando a autuação se dê à distância ou por equipamentos eletrônicos. A segunda notificação deverá ocorrer após julgado o auto de infração com a imposição da penalidade. Precedentes jurisprudenciais” (REsp n. 615.936/RS, rel. Min. Franciulli Netto).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.003272-7, da comarca de Joinville, em que é apelante Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville – Conurb, e apelada Elizete Capriglione Virmond:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Joinville, Elizete Capriglione Virmond ajuizou ação declaratória de inexistência de débitos contra a Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville – Conurb, sustentando que recebeu multa por infração de trânsito (Autos de Infração ns. 5479419A e 54794191A) quando trafegava pela Rua Pedro Lobo, n. 186; que a autoridade alega que às 14h40min a autora não deu preferência à passagem de

pedestre na faixa, e dois minutos depois, no mesmo local, ultrapassou outro veículo pelo acostamento; que o erro é manifesto porque na Rua Pedro Lobo não há acostamento e nenhum veículo pode retornar ao mesmo local em dois minutos; que não restou obedecido o disposto no art. 280, § 2º, do CTB; que, não tendo sido registrado o necessário relatório, a autoridade de trânsito não tem condições de avaliar a consistência do auto de infração; que as multas, sem margem à defesa, constituem grave violência contra a cidadania.

Citada, a Conurb contestou, alegando que os autos de infração não contêm nenhum vício de irregularidade, uma vez que observadas as normas do Código de Trânsito Brasileiro e das Leis Municipais ns. 3.496/97 e 3.921/99; que foram lavrados por autoridade competente, apresentam a causa da exigência da penalidade e a capitulação legal; que as infrações são distintas e passíveis de autuação no intervalo de tempo em que foram aplicadas; que a autora não trouxe nenhuma prova que justifique a anulação dos autos de infração.

Com vista dos autos, o Ministério Público de Primeiro Grau, entendendo não existir interesse público, deixou de se manifestar.

Sobreveio, então, a sentença pela qual a digna Magistrada, sob o argumento de que não foram observados os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, julgou procedente o pedido para declarar a nulidade das Notificações

de Penalidade por Infração de Trânsito (multas de trânsito).

Condenou, ainda, a Conurb ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios que fixou em R\$ 120,00, com base no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Inconformada, a Conurb apelou, argüindo, preliminarmente, que a sentença é *extra petita* e, por isso, deve ser anulada, pois proferida com base em fatos e fundamentos diversos dos invocados na inicial, haja vista que o pedido restringe-se à anulação do auto de infração e não à nulidade da notificação de penalidade por infração de trânsito, o que viola os arts. 128, 282, inciso III, 264, 321 e 460, todos do CPC, bem como o art. 5º, inciso LV, da CF/88.

No mérito, que os arts. 280 e 281 do CTB, prevêm duas etapas distintas: a da lavratura do auto de infração pelo agente da autoridade de trânsito e a da aplicação da penalidade pela autoridade de trânsito que ocorrerá após ser julgada e homologada a consistência do auto de infração; que o Código de Trânsito Brasileiro não impede que as notificações de autuação e da imposição de penalidade sejam expedidas na mesma oportunidade; que foram respeitados os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, uma vez que a notificação de penalidade por infração de trânsito somente se efetivará na hipótese de não ser apresentado recurso à JARI, mas a autora não recorreu (art. 286, § 1º, do CTB); que a mencionada Resolução

do Contran n. 149, de 19-9-2003, não pode ser aplicada ao caso dos autos, porque somente entrou em vigor em 15-7-2004, e não revogou os atos praticados antes da sua vigência.

Sem as contra-razões, embora intimada a apelada a apresentá-las, os autos ascenderam a esta superior instância, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça, entendendo não haver interesse público, deixou de se manifestar.

II — Voto

1. Não há falar em julgamento *extra petita* sob o argumento de que a sentença foi proferida com base em fatos e fundamentos diversos dos invocados na inicial, pois o pedido formulado na inicial se restringiu à anulação do auto de infração e não à nulidade da notificação de penalidade por infração de trânsito, o que violaria os arts. 128, 282, inciso III, 264, 321 e 460, todos do CPC, bem como o art. 5º, inciso LV, da CF/88.

O fato de a MMA. Juíza ter declarado “a nulidade das Notificações de Penalidade por Infração de Trânsito (multas de trânsito) constantes das fls. 5 e 6 dos autos, por inobservância dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa”, e não a nulidade “do referido auto”, conforme pedido formulado na inicial, não torna a sentença *extra petita*, uma vez que a autora, além de ter-se referido na exordial aos autos de infração ns. 5479419A e 54794191A, registrou que “as multas, como estão sendo im-

postas, sem margem à defesa, constituem-se em grave violência contra a cidadania, estando a merecer a atenção do Judiciário”, o que leva à conclusão de que, acolhido o pedido de nulidade dos autos de infração, tem-se como consequência lógica a nulidade das notificações feitas com base neles.

Conclui-se, portanto, que a douta Magistrada nada mais fez do que aplicar o direito pertinente ao caso concreto, o que torna insubsistente a alegação da apelante, sobretudo em face da máxima *dah mihi factum dabo tibi jus* ou *jura novit curia*, ou seja, o autor mostra o fato ao julgador e este lhe concede o direito. Ainda que devam fundamentar seu pedido com a causa de pedir fática e jurídica, as partes não precisam acertar no fundamento jurídico, desde que descrevam o fato qualificado a receber uma significação e uma consequência jurídicas. O direito quem dá é o juiz. Daí a etimologia da palavra “jurisdição”: *juris dictio*, que significa “dizer o direito”.

Rejeita-se, destarte, a alegação de ofensa a qualquer dos dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais citados pela apelante.

2. No que diz respeito ao mérito, melhor sorte não socorre à apelante, dado que os arts. 280, 281 e 282 do Código de Trânsito Brasileiro, efetivamente, determinam que a notificação da infração e a notificação da imposição da multa são distintas uma da outra, ocorrem em momentos diversos, sendo vedado, portanto, que se realizem concomitantemente.

Os dispositivos legais invocados, no que interessa ao deslinde da *quaestio*, estão assim redigidos:

“Art. 280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará:

[...]

“VI – assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração.

[...]

“§ 3º Não sendo possível a autuação em flagrante, o agente de trânsito relatará o fato à autoridade no próprio auto de infração, informando os dados a respeito do veículo, além dos constantes nos incisos I, II e III, para o procedimento previsto no artigo seguinte”.

“Art. 281. A autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida neste Código e dentro de sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível.

“Parágrafo único. O auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente:

“I – se considerado inconsistente ou irregular;

“II – se, no prazo máximo de trinta dias, não for expedida a notificação da autuação (redação dada pela Lei n. 9.602, de 21-1-1998)”.

“Art. 282. Aplicada a penalidade, será expedida notificação ao pro-

prietário do veículo ou ao infrator, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil, que assegure a ciência da imposição da penalidade.

[...]

“§ 4º Da notificação deverá constar a data do término do prazo para apresentação de recurso pelo responsável pela infração, que não será inferior a trinta dias contados da data da notificação da penalidade” (parágrafo acrescentado pela Lei n. 9.602, de 21-1-1998).

“§ 5º No caso de penalidade de multa, a data estabelecida no parágrafo anterior será a data para o recolhimento de seu valor (parágrafo acrescentado pela Lei n. 9.602, de 21-1-1998)”.

Ensina Arnaldo Rizzardo, ao comentar os dispositivos legais citados, demonstrando que duas devem ser as notificações:

“Tem-se em vista, aqui, a ocorrência de infração sem a presença ou sem descobrir a identidade do condutor, como acontece mais freqüentemente nos estacionamento indevidos, no excesso de velocidade, no desrespeito às ordens do agente.

[...]

“Segue-se o seguinte procedimento: faz-se a autuação, remetendo o agente duas vias do auto de infração à autoridade. Esta enviará uma via ao respectivo proprietário, diretamente ou por via postal, para que fique ciente do ocorrido e identifique a

pessoa que dirigia o veículo. No próprio auto de infração permite-se a identificação, apondo-se o nome e dados existentes de qualificação. Uma vez omitida a providência, recai a responsabilidade pela infração na pessoa do proprietário” (Comentários ao código de trânsito brasileiro. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 720).

Mais adiante:

[...]

“Uma vez recebido o auto de infração, e homologado ou considerado que é subsistente, terá a autoridade o prazo de trinta dias para remeter notificação (prazo reduzido de sessenta para trinta dias pela Lei n. 9.602)” (ob. cit., p. 728).

Tecendo comentários ao art. 282 do CTB, disse o mesmo doutrinador:

“As penalidades devem ser levadas ao conhecimento do infrator. Uma vez lavrado o auto de infração, e decorrido o prazo da defesa prévia, a autoridade fará a apreciação, julgando-o consistente ou não. Se convalidar o ato, terá que proceder o encaminhamento ou expedição da notificação, possível de efetivar-se pelas mais variadas formas existentes, como simples remessa postal, entrega pessoal, carta com aviso de recebimento, fax, telex, internet, meios estes já previstos ao termo da Resolução n. 829/97, art. 1º, parágrafo único. O importante é que o proprietário tenha ciência das infrações cometidas com o seu veículo, porque, além de

responder solidariamente por elas, deve abster-se de entregá-lo a condutor que seja infrator contumaz.

[...]

“É de se esclarecer que duas as notificações a serem levadas a efeito: uma, quando da autuação, tendo o prazo de trinta dias para encaminhar o ato, sob pena de decadência, por imposição do art. 281, parágrafo único, inc. II, em redação aportada pela Lei n. 9.602, possibilitando-se a defesa do infrator, em prazo não inferior a 15 dias, nos termos consubstanciados na Resolução n. 149/2003, art. 3º, § 2º; a outra, depois de aplicada a penalidade, não consignando a lei prazo para tanto. É como entende a jurisprudência: ‘Cabe à administração pública, após detectar infração de trânsito, enviar aos supostos infratores duas notificações. A primeira é a chamada notificação da autuação – inc. IV, do art. 280 e parágrafo único, inc. II, do art. 281; a segunda é a notificação da imposição da penalidade – *caput* e §§ 3º e 4º do art. 282, todos do CTB, possibilitando-lhes impugnar a eventual inconsistência ou irregularidade do respectivo auto. Deixando de cumprir tal procedimento advindo do próprio Código de Trânsito Brasileiro, a administração cerceia o direito constitucional de ampla defesa e do contraditório, caracterizando-se a declaração de nulidade dos respectivos autos” (ob. cit., p. 735 e 736).

Aliás, acerca da necessidade das duas notificações, o Superior Tribunal de Justiça tem orientado:

“Administrativo – Processo civil – Código Brasileiro de Trânsito – Infração – Notificação da infração concomitantemente à notificação da imposição da multa – Impossibilidade – Alegada afronta a dispositivo constitucional, bem como aos arts. 480 e 481 do CPC – Pretendida afronta ao art. 281 do Código de Trânsito Brasileiro – Não ocorrência – Recurso improvido.

[...]

“— Da análise dos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro que se referem ao processo administrativo, constata-se que, após a lavratura do auto de infração, haverá indispensável duas notificações, ou seja, a primeira quando da lavratura do auto de infração, se a autuação ocorrer em flagrante, ou por meio do correio, quando a autuação se dê à distância ou por equipamentos eletrônicos. A segunda notificação deverá ocorrer após julgado o auto de infração com a imposição da penalidade. Precedentes jurisprudenciais.

“Recurso especial improvido” (REsp n. 615.936/RS, rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 10-8-2004, DJU de 7-3-2005, p. 218).

Do corpo do acórdão colhe-se o seguinte:

“Em relação à negativa de vigência dos artigos 280 e 281 do Código de Trânsito Brasileiro, de igual modo não assiste razão à recorrente.

“Em verdade, não pode a Administração promover a notificação da

infração concomitantemente à notificação da imposição da multa.

“Nessa linha de raciocínio, convém trazer à colação as precisas palavras do douto Ministro Luiz Fux, em recente julgado proveniente da colenda Primeira Turma deste Sodalício, ao elucidar que ‘o sistema de imputação de sanção pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97) prevê duas notificações a saber: a primeira referente ao cometimento da infração e a segunda inerente à penalidade aplicada, desde que superada a fase da defesa quanto ao cometimento, em si, do ilícito administrativo. Similitude com o processo judicial, por isso que ao imputado concede-se a garantia de defesa antes da imposição da sanção, sem prejuízo da possibilidade de revisão desta. Nas infrações de trânsito, a análise da consistência do auto de infração à luz da defesa propiciada é premissa inafastável para a aplicação da penalidade e consectário da garantia da ampla defesa assegurada no inciso LV do artigo 5º da CF, como decorrência do *due process of law* do direito anglo-norte-americano, hoje constitucionalizado na nossa Carta Maior (REsp n. 426.084/RS, DJU 2-12-2002)’.

“Com efeito, da análise dos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro que se referem ao processo administrativo, constata-se que, após a lavratura do auto de infração, haverá indispensável duas notificações, ou seja, a primeira quando da lavratura do auto de infração, se a autuação ocorrer em flagrante, ou, por meio do

correio, quando a autuação se dê à distância ou por equipamentos eletrônicos. A segunda notificação deverá ocorrer após julgado o auto de infração com a imposição da penalidade. Esse é o teor dos dispositivos abaixo reproduzidos:

‘Art. 280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará:

(omissis)

‘VI — assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração.

‘§ 1º (vetado)

(omissis)

‘§ 3º Não sendo possível a autuação em flagrante, o agente de trânsito relatará o fato à autoridade no próprio auto de infração, informando os dados a respeito do veículo, além dos constantes nos incisos I, II e III, para o procedimento previsto no artigo seguinte.

‘Art. 281. A autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida neste Código e dentro de sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível.

‘Parágrafo único. O auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente:

‘I — se considerado inconsistente ou irregular;

‘II — se, no prazo máximo de trinta dias, não for expedida a notifi-

cação da autuação (Redação dada pela Lei n. 9.602, de 21-1-1998)’.
“É de se notar, ainda, que, após o julgamento e aplicação da penalidade, deve ocorrer, pois, nova notificação:

“Art. 282. Aplicada a penalidade, será expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil, que assegure a ciência da imposição da penalidade.

“Art. 282. Aplicada a penalidade, será expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil, que assegure a ciência da imposição da penalidade.

(omissis)

‘§ 4º Da notificação deverá constar a data do término do prazo para apresentação de recurso pelo responsável pela infração, que não será inferior a trinta dias contados da data da notificação da penalidade. (Parágrafo acrescentado pela Lei n. 9.602, de 21-1-1998)

‘§ 5º No caso de penalidade de multa, a data estabelecida no parágrafo anterior será a data para o recolhimento de seu valor’ (parágrafo acrescentado pela Lei n. 9.602, de 21-1-1998).

“Observa-se que a exigência advém do mandamento legal. Acerca do tema, sintetiza a ilustre Mina. Eliana Calmon que ‘as penalidades e medidas administrativas sancionatórias só podem ser aplicadas pela autoridade de trânsito após regular procedimento administrativo, mesmo quando se constituam em infração gravíssima. É o que está expresso nos arts. 265 e 281 do Código de Trânsito Brasileiro’

(REsp n. 337.162/DF, DJU 30-9-2002).

“Para rematar, permita-se trazer para os autos o precedente abaixo:

‘Administrativo. Multa por infração de trânsito. Exigência de se facultar ao suposto infrator defesa prévia à aplicação da penalidade. Entendimento prevalente na 1ª Turma.

‘1. A competência do STJ, delimitada pelo art. 105, III, da Constituição, restringe-se à uniformização da legislação infraconstitucional, razão pela qual é inviável o conhecimento de recurso especial, na parte em que aponta ofensa a dispositivo constitucional.

‘2. Não ofende os arts. 480 e 481 do CPC a mera aplicação, pelo órgão fracionário, de princípios da Constituição na interpretação da legislação infraconstitucional, já que tal procedimento não importa reconhecimento de inconstitucionalidade.

‘3. Firmou-se na 1ª Turma desta Corte o entendimento segundo o qual há necessidade de dupla notificação do infrator para legitimar a imposição de penalidade de trânsito: a primeira por ocasião da lavratura do auto de infração (CTB, art. 280, VI), e a segunda quando do julgamento da regularidade do auto de infração e da imposição da penalidade (CTB, art. 281, *caput*).

‘4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido’ (REsp n. 541.822/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 9-12-2003)”.

Assim, como se viu, a notificação relativa ao auto de infração e a que se refere à imposição da penalidade são distintas e devem ser realizadas em momentos próprios, sendo vedado à Administração Pública que as realize concomitantemente.

A notificação conjunta, tanto do auto de infração, para que o proprietário do veículo exerça o seu direito de defesa, como da imposição da penalidade, para que pague ou recorra, viola o princípio do devido processo legal insculpido no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988.

2.1. Inconsistente o argumento expendido pela apelante, no sentido de que foram respeitados os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, uma vez que a notificação de penalidade por infração de trânsito somente se efetivará na hipótese de não ser apresentado recurso à JARI, mas a autora não recorreu (art. 286, do CTB).

O art. 286 e §§ 1º e 2º têm a seguinte redação:

“Art. 286. O recurso contra a imposição de multa poderá ser interposto no prazo legal, sem o recolhimento do seu valor.

“§ 1º. No caso de não provimento do recurso, aplicar-se-á o estabelecido no parágrafo único do art. 284.

“§ 2º. Se o infrator recolher o valor da multa e apresentar recurso, se julgada improcedente a penalidade, ser-lhe-á devolvida a importância paga, atualizada em UFIR ou por ín-

dice legal de correção de débitos fiscais”.

Registra-se, desde logo, que para que tivessem sido respeitados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, deveria a Administração Pública ter levado a efeito duas notificações: a) notificação sobre a lavratura do auto de infração; b) e, após o julgamento da consistência do auto de infração, expedir outra notificação dando ciência ao infrator acerca da decisão e da penalidade imposta, o que não se verificou na hipótese dos autos.

Não fora isso, o art. 286 do CTB trata do recurso contra a imposição de multa, vale dizer, pressupõe que a autoridade de trânsito, depois de ter notificado o infrator acerca do auto de infração, tenha julgado consistente o referido auto de infração, e o infrator, notificado sobre essa decisão, ingressou com recurso próprio na JARI, o que, como se viu, não ocorreu, sobretudo porque etapas anteriores foram suprimidas.

2.2. Ainda que as normas inseridas na Resolução n. 149, de 19-9-2003, do Contran, que, segundo a apelante, entrou em vigor em 15-7-2004, não se apliquem à hipótese aqui discutida, pois a infração e a imposição da multa se referem ao ano de 2002, a exigência de que sejam procedidas duas notificações, vale dizer, uma referente à lavratura do auto de infração e outra referente à imposição da multa, que ocorrerá após o julgamento do auto de infração pela autoridade de

trânsito, decorre dos arts. 280, 281 e 282 da Lei n. 9.503/97, com suas alterações posteriores, daí por que irrelevante o argumento neste aspecto.

Embora nenhuma influência tenha sobre o julgado, é importante registrar que, ao contrário do que entende a apelante, a Resolução n. 149/2003, nos termos do seu art. 15, entrou em vigor no dia 16-10-2003 (data da sua publicação), haja vista que o que foi postergado para o dia 15-7-2004 não foi a data de início da sua vigência, mas o prazo concedido aos órgãos e entidades executivos de trânsito e rodoviários para adequarem seus procedimentos administrativos àqueles estabelecidos pela mencionada Resolução (conforme Resolução n. 156, de 22-4-2004, do Contran).

Pelas razões expostas, nega-se provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, a Câmara negou provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral da Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antenor Chinato Ribeiro.

Florianópolis, 19 de abril de 2005.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2005.010867-9, DE MAFRA

Relator: Des. Jaime Ramos

Mandado de segurança – Tributário – ISS – Sociedade uniprofissional de contabilidade – Art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68 – Alíquota calculada em relação a cada profissional habilitado – Sentença confirmada.

Nos termos do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68, as sociedades uniprofissionais de contabilidade têm direito a recolher o Imposto sobre Serviços com base em alíquota anual, em relação a cada profissional habilitado, não podendo a legislação municipal contrariar essa disposição.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.010867-9, da comarca de Mafra (2ª Vara), em que é impetrante Veiga Consultoria e Assessoria S/C Ltda. e impetrado o Secretário Municipal da Fazenda e do Planejamento do município de Mafra:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unanime, confirmar a sentença em reexame.

Sem custas.

I — Relatório

No Juízo da 2ª Vara da comarca de Mafra, Veiga Consultoria e As-

sessoria S/C Ltda. impetrou mandado de segurança com pedido de liminar contra ato do Secretário Municipal da Fazenda e Planejamento de Mafra, alegando, em síntese, que é prestadora de serviços de contabilidade e é constituída por dois sócios; que com base nos artigos 56 e 57 da Lei Municipal n. 2.359/99, a Municipalidade passou a cobrar da impetrante o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza na alíquota de 3% (três por cento) sobre o preço do serviço; que, pelo fato de a cobrança estar em desacordo com a Constituição Federal, a impetrante interpôs recurso administrativo julgado improcedente; que “consoante o disposto no artigo 156, III, da Constituição Federal, regulamentado pelos artigos 8º e 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406, de 31 de

dezembro de 1968, o imposto deve ser calculado por meio de alíquota fixa anual por profissional habilitado”; que o impetrado tenta sobrepor a legislação municipal sobre a lei federal que dispõe sobre a matéria. Pleiteou a concessão de liminar para que fosse suspensa a exigibilidade do ISSQN do período posterior à interposição do recurso administrativo e por fim requereu a concessão da segurança para que o recolhimento do ISSQN seja efetuado de acordo “com o artigo 156, VI, da Constituição Federal, regulamentado pelos artigos 8º e 9º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 406, de 31 de dezembro de 1968, qual seja, cotas fixas anuais por profissional habilitado”.

Notificada, a autoridade apon-tada como coatora apresentou as informações defendendo a legalidade do ato; alegou que o inciso IV do artigo 156 da Constituição Federal foi revogado pela Emenda Constitucional n. 03/98; que, “em se tratando do Decreto-Lei n. 406/98, observa-se que o mesmo dispõe de normas gerais a respeito do ISS, sendo aplicável a legislação municipal ao caso em questão, já que a situação da empresa se enquadra nos artigos acima citados”; que o pedido de suspensão de exigibilidade do imposto é uma faculdade da Administração, como estabelece o artigo 248 da Lei Municipal n. 2.359/99; que, em relação ao pagamento do ISS em atraso, a Administração não pode aceitar, posto que este deve continuar sendo calculado na forma do artigo 56 do Código Tributário Municipal. Requereu a denegação da segurança.

Pela decisão fundamentada de fls. 94 a 100, foi concedida a liminar “determinando ao impetrado que se abstenha de exigir o pagamento do ISSQN na forma dos artigos 56 e 57 da Lei Municipal n. 2.359/99, até decisão final”.

Após o parecer do Ministério Público, foi prolatada a sentença pela qual foi julgado procedente o pedido “concedendo definitivamente a segurança pleiteada para determinar ao impetrado que se abstenha de exigir o pagamento do ISSQN na forma dos artigos 56 e 57 da Lei Municipal n. 2.359, extinguindo o processo nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil”. Determinou o reexame necessário.

Apesar de intimadas, as partes deixaram transcorrer *in albis* o prazo para a interposição de recurso.

Para reexame, os autos ascenderam a esta superior instância, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e manutenção da sentença em reexame.

II — Voto

Trata-se de reexame necessário da sentença pela qual foi concedida a ordem no mandado de segurança impetrado por Veiga Consultoria e Assessoria S/C Ltda. contra o Secretário Municipal da Fazenda e do Planejamento do município de Mafra.

A sentença em reexame não merece reforma.

A impetrante é uma sociedade uniprofissional composta atualmente por apenas dois sócios que são profissionais que atuam no ramo de contabilidade e se responsabilizam pessoalmente pelos serviços técnicos prestados à sua clientela. Tais fatos restaram comprovados nos autos pelos documentos de fls. 21 a 44 juntados pela impetrante, os quais não foram impugnados pelo impetrado.

Também restou comprovado que o município de Mafra vem cobrando da impetrante o Imposto Sobre Serviço sob a alíquota de 3% (três por cento), tomando por base o preço do serviço prestado.

A Municipalidade aduz que as disposições do Decreto-Lei n. 406/68 não se aplicam ao caso da impetrante, uma vez que compete ao Município legislar sobre o Imposto Sobre Serviço, e o seu pagamento deve ser da forma como estabelecido pelos artigos 56 e 57 do Código Tributário Municipal (Lei n. 2.359/99), que dispõem:

“Art. 56. O imposto sobre o serviço prestado sob a forma de sociedade de profissional liberal será calculada, mensalmente, aplicando-se, ao preço do serviço prestado, a alíquota de 3% (três por cento).

“Art. 57. Sociedade de profissional liberal é a reunião de pessoas físicas do mesmo grupo ocupacional, habilitadas para o exercício das atividades profissionais acima especificadas”.

Todavia, tal assertiva não se afigura a mais consentânea.

Estabelece a Constituição Federal que “compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios legislar concorrentemente sobre [...] Direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico” (arts. 24, I, e 146). Conforme o § 1º do art. 24 da Carta Política “no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”. Portanto, havendo a “norma geral”, ou seja, o Decreto-Lei n. 406/68, ao Município cumpre legislar de acordo com as normas ditadas pela legislação federal.

Cumprido ressaltar que o Decreto-Lei n. 406/68 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, conforme decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal:

“ISS – Sociedade Uniprofissional – Parâmetros.

“A Constituição Federal de 1988 implicou a recepção do Decreto-Lei n. 406/68 no que, mediante os preceitos do artigo 9º, §§ 1º e 3º, rege o Imposto Sobre o Serviço devido pelas sociedades uniprofissionais — § 5º do artigo 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta da República de 1988. Precedente: Recurso Extraordinário n. 200.324/7 RJ, por mim relatado perante Plenário em 4 de novembro de 1999” (STF, RE n. 237.689/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 14-3-2000).

E dispõem os parágrafos 1º e 3º do artigo 9º do Decreto-Lei n. 406/68, alterado pela Lei Complementar n. 56/87:

“Art. 9º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

“§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

[...]

“§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do parágrafo 1º calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviço em nome da sociedade, embora assumindo a responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável”.

Os serviços de contabilidade se encontram previstos no item 25 da referida lista de serviços. Portanto, tal como estabelecido no citado § 3º do art. 9º do DL n. 406/68, tais serviços se encontram abrangidos pelo tratamento especial quanto à alíquota aplicável para lançamento do Imposto sobre Serviços, que deve ser a do § 1º, ou seja, uma alíquota anual em relação a cada profissional habilitado.

Portanto inaplicável, na espécie, o disposto pela Legislação Municipal, uma vez que ela contraria o determinado pela Legislação Federal, que prevê que o pagamento do Impos-

to sobre Serviços de sociedades uniprofissionais deverá ser calculado em alíquota fixa (§ 1º), em relação a cada profissional habilitado (§ 2º), que se responsabiliza pessoalmente pelos serviços técnicos prestados à sua clientela.

Sobre o tema, leciona Hugo de Brito Machado:

“O propósito do legislador, como se vê, foi tributar cada um dos profissionais tomados individualmente, fazendo-se abstração da pessoa jurídica para fins de determinação do imposto. Assim, o imposto devido por essas sociedades corresponderá ao valor do imposto fixo multiplicado pelo número de profissionais que as integrem, como sócios, empregados ou mesmo autônomos a elas consorciados para prestação de serviços, como é comum acontecer, especialmente na área de auditoria contábil.

“Ocorre que a legislação dos Municípios tem disciplinado a questão de outra forma, como se existisse um terceiro tipo de contribuinte do imposto, como veremos a seguir.

“A Lei Complementar n. 116/2003 não revogou os §§ 1º e 3º do art. 9º do Decreto-Lei n. 406/68, de sorte que as leis municipais não podem submeter os trabalhadores autônomos nem as sociedades de profissionais ao ISS calculado sobre o preço dos respectivos serviços. Permanecem tais contribuintes sujeitos à tributação fixa. Aliás, antes do final de 2003 já o Senado Federal aprovou nova lei complementar cuidando do assunto, com

a qual ficará afastada a pretensão dos Municípios de tributar os citados contribuintes com ISS calculado sobre o preço dos serviços” (Curso de direito tributário. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 393 e 394).

Aliás, nesse sentido é o entendimento predominante do Superior Tribunal de Justiça:

“Tributário – ISS – Auditoria e contabilidade.

“Estabelece o artigo 9º, parágrafo 3º, do Decreto-Lei n. 406/68, que a base de cálculo do ISSQN é o preço do serviço e, quando este serviço, a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa, forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do parágrafo 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal. Recurso improvido” (REsp n. 255.353/PR, rel. Min. Garcia Vieira, j. em 14-8-2000).

Esta Câmara não discrepa:

“Mandado de segurança – Tributário – ISS – Alíquota – Exegese do art. 9º, § 1º, do Decreto-Lei n. 406/68 c/c o art. 49, IV, da Lei Municipal n. 140/97 – Sociedade uniprofissional – Desprovisionamento do reexame necessário.

‘Nos termos do art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei n. 406/68, têm direito ao tratamento privilegiado do ISS as sociedades civis uniprofissionais, que têm por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade

social e sem caráter empresarial’ (AGA n. 458005/PR, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 4-8-2003)” (ACMS n. 2003.000944-2, de São Bento do Sul, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. em 15-12-2003).

Correta também a sentença que deixou de condenar a Municipalidade ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Pelas razões expostas, a manutenção da sentença *a quo* é a medida que se impõe.

Ficam ressalvadas, no entanto, as alterações que a Lei Complementar n. 116, de 31-7-2003, trouxe na disciplina sobre a base de cálculo do Imposto sobre Serviços, podendo atingir, eventualmente, as sociedades uniprofissionais.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, a Câmara confirmou a sentença em reexame.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Ricardo da Silva.

Florianópolis, 31 de maio de 2005.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2004.019089-1, DE TIMBÓ

Relator designado: Des. Cesar Abreu

Apelação cível. Mandado de segurança. Construção em área urbana com audiência prévia favorável do órgão municipal de desenvolvimento rural e meio ambiente. Obra embargada pela autoridade policial militar. Edificação em construção com observância da distância mínima de mais de 15 (quinze) metros do rio que corta o perímetro urbano. Ausência de divergências quanto às questões de fato.

Embargo de obra licenciada pelo Município, por autoridade policial, invocando o Decreto Estadual n. 1.017, de 13-11-91, que aprovou regulamento para atuação do policiamento florestal.

Autonomia dos municípios para dispor sobre a matéria versada, atendidas a legislação federal e estadual pertinente. Ingerência indevida da autoridade policial em matéria interna corporis do município.

Competência territorial, como tal, definida no parágrafo único do art. 22 do Código Florestal, haja vista a Lei n. 7.803, de 18-7-89, que transferiu aos municípios a aplicação do Código Florestal nas respectivas áreas urbanas, bem como a fiscalização do seu cumprimento, atuando a União apenas em caráter supletivo. Precedente judiciário (v. Proc. n. 0214448, 1994, RJ, 3ª T., rel. Juiz Celso Passos, DJU de 12-12-95, Seção 2).

Incidência do art. 11 da Lei n. 6.766, de 19-12-79 (parcelamento urbano), na redação das Leis ns. 9.785, de 29-1-99, e 10.932, de 15-8-2004, que, por subsunção, são aplicáveis aos desmembramentos em geral, bem como do art. 4º, inciso III, da mesma lei, segundo o qual, ao longo das águas correntes, é fixada em 15 (quinze) metros, no mínimo, a reserva de faixa não edificável, matéria esta, como tal, regulada, também, pela legislação do Estado, haja vista a Lei n. 6.063, de 24-5-82 (art. 8º, inciso III, redação da Lei n. 10.957/98 – DOE 16.050, de 24-11-98).

Ausência de óbices legais para a manutenção do licenciamento concedido pelo Município. Concessão do mandamus, reformada a sentença recorrida.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2004.019089-1, da comarca de Timbó, em que é apelante Veraldo Borchardt, sendo apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para conceder a segurança.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Veraldo Borchardt contra ato do Comandante do 6º Pelotão de Polícia de Proteção Ambiental da Polícia Militar, sediado em Blumenau, SC, ora apontado como autoridade coatora, que, por meio de Embargo/interdição n. 1.421 (Termo de fl.

13), datado de 6 de janeiro de 2004, embargou a construção do prédio em terreno situado à Rua Celso Ramos, lado ímpar, na cidade de Benedito Novo, por estar sendo construído sem autorização do órgão ambiental competente.

Em face das objeções aventadas, ao prestar informações, a autoridade coatora, depois de reportar-se à legislação estadual (Lei n. 8.039, de 23-7-90), que criou, na Polícia Militar, a Companhia de Polícia Florestal, esclarece que a esta, em face do art. 7º, é atribuída competência para elaborar plano de atuação relacionado com o policiamento florestal e de mananciais fluviais e lacustres.

E prosseguindo, à fl. 47, complementa: “A 13 de novembro de 1991 foi sancionada a Lei n. 1.017 (*sic*), que aprovou o Regulamento para atuação do Policiamento Florestal, da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina”,

destacando, para efeito de validar a atuação havida, o seu artigo 4º, segundo o qual, consoante o inciso III, cabe à Polícia Militar, além de executar ações e operações militares, pelo policiamento ostensivo ou de operações específicas: “III – paralisar e/ou embargar atividades irregulares; [...] XXXV – exercer autoridade policial de meio ambiente, nos limites estabelecidos pela legislação vigente e/ou por delegação de órgãos competentes”.

E conclui: “Resta clara a competência para a fiscalização ambiental, a lavratura do termo de embargo realizado, bem como a legalidade da ação do agente atuante, agindo no estrito atendimento das normas legais, ora vigentes”.

Em outra frente, ou seja, nas informações prestadas, em face do pleito ajuizado, ao enfocar o mérito do Embargo/interdição de 6-1-04, lavrado pela autoridade policial (fl. 13), alega que a “atividade foi embargada pelo fato da área, em questão, ser considerada Área de Preservação (APP), que é um local sob proteção legal [...]”.

Em suma, a teor da autoridade coatora, a construção embargada estaria sendo construída dentro da faixa vedada pelo art. 2º do Código Florestal, já que de preservação permanente *as florestas e demais formas de vegetação natural situadas* ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água, no caso, o Rio Benedito Novo, que atravessa e identifica a cidade.

Por sua vez, com documentos, ressalva o impetrante que a área so-

bre a qual promove a construção interdita situa-se na Rua Celso Ramos, n. 18, sobre terreno com a área de 500m², registrada no Ofício do Registro de Imóveis de Timbó, estando devidamente cadastrada na Prefeitura Municipal.

Alega, mais, que, para esse fim, foram vencidas todas as exigências da legislação municipal, aí incluída a Coderma – Comissão Especial Específica do Conselho Municipal de Desenvolvimento Rural e Meio Ambiente, que, fundamentando, nada opôs, concedido, por isso, o alvará de construção.

Trata-se de embargo; é o que se infere da obra em construção licenciada pela Prefeitura Municipal, mas que, a juízo da autoridade impetrada, carece de autorização do órgão ambiental competente, que, no caso, seria o Comando do 6º Pelotão de Polícia de Proteção Ambiental da Polícia Militar, sediado em Blumenau, SC.

II — Voto

Antes de entrar no mérito da questão versada, faz-se necessário tecer algumas considerações preliminares.

A autoridade coatora, ao se reportar à legislação que lhe daria competência para a atuação na espécie, invoca a Lei (Estadual) n. 1.017, de 13 de novembro de 1991, assim indicada e qualificada à fl. 47. Equívoco, ou não, relevante este, a *lei* em refe-

rência, que a autoridade coatora invoca é, em verdade, o Decreto n. 1.017, de 13 de novembro de 1991, que aprovou o *Regulamento para Atuação do Policiamento Florestal, da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina*.

Reporta-se o aludido Decreto n. 1.017/91, como fonte legal de sua edição, à Lei n. 8.039, de 23 de julho de 1990, que atribui à Polícia Militar a *guarda das reservas florestais e dos mananciais*, lei essa que criou, com fundamento no art. 182, § 2º, da Constituição do Estado, a Companhia de Polícia Florestal.

Limita-se esta Lei n. 8.039/1990 de dez artigos, e em seu art. 4º reza que “a ação da CPF será iniciada prioritariamente na região da Mata Atlântica e especialmente na área do Parque da Serra do Tabuleiro e mananciais da região, ouvidos os órgãos técnicos do meio ambiente pelo órgão de planejamento da Polícia Militar”. O art. 7º, por sua vez, estabelece que para o exercício de suas competências, no policiamento florestal e de mananciais fluviais lacustres, será elaborado plano de atuação a ser aprovado pelo Chefe do Poder Executivo, levando em conta as prioridades que indica, autorizados *convênios com órgãos públicos federais, estaduais e municipais, com atuação na preservação do meio ambiente*.

Então, a competência da autoridade coatora, para a prática dos atos da espécie, reside não em lei específica, que se inseriria no conjunto nacional e local, mas, no citado decreto regulamentador de sua instituição.

Então, é de afastar-se, liminarmente, o Decreto n. 1.017/1991 como fonte legitimadora da atuação da autoridade coatora, posto que, por sua natureza, não pode ele, por si só, impor comportamentos aos jurisdicionados, nem elidir a ação das autoridades municipais com atuação da espécie.

Portanto, desenfocado o Decreto n. 1.017/1991 (apontado como lei pela autoridade coatora), como fonte de regência do conflito, resta examinar a matéria a teor da legislação federal, com os complementos pertinentes, seja na órbita estadual, como na municipal, incidentes na matéria versada, inclusive de natureza tributária.

Assim, segundo a legislação tributária (Código Tributário Nacional, art. 32 da Lei n. 5.172, de 25-10-66), a competência dos municípios sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador *a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou acessão física, como definido pela lei civil, localizado na zona urbana do município*.

Por sua vez, o mesmo Código (art. 29), ocupando-se da União, dá-lhe competência para legislar sobre a propriedade rural [...] *localizada fora da zona urbana do município*.

Por outro lado, o Código Florestal (Lei n. 4.771, de 15-9-65), consideradas no tempo as respectivas alterações, dispõe no art. 22 (redação da Lei n. 7.803, de 1º-7-1989) que a fiscalização do cumprimento da legislação pertinente nas áreas urbanas é dos

municípios (parágrafo único do art. 22), atuando a União supletivamente. Eis o contexto legal:

“Art. 22. A União, diretamente, através do órgão executivo específico, ou em convênio com os Estados e Municípios, fiscalizará a aplicação das normas deste Código, podendo, para tanto, criar os serviços indispensáveis.

“Parágrafo único. Nas áreas urbanas, a que se refere o parágrafo único, do art. 2º, desta Lei, a fiscalização é da competência dos municípios, atuando a União supletivamente”.

Já o art. 2º, reportado no parágrafo único do art. 22 da citada Lei n. 4.771/65, por sua vez, indica o que se considera como de preservação permanente, para os efeitos nela previstos, quanto às *florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao longo dos rios, ou de qualquer curso d'água, desde o seu nível mais alto em faixa marginal, cuja largura mínima seja: até 10m de largura = 30 metros; de 10 até 50m de largura = 50 metros; de 50 até 200m de largura = 100 metros; de 200 até 600m = 200 metros; superior a 600m = 500 metros.*

Mas, a respeito, ressalva o parágrafo único do mesmo artigo que, no caso de áreas urbanas, assim definidas por lei municipal, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, haja vista o respectivo contexto:

“Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal e nas

regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo”.

A respeito, aliás, ocupando-se deste mesmo dispositivo do Código Florestal, Luís Carlos Silva de Matos (*Código Florestal Comentado*, Editora Atlas, 3ª ed., 2002, p. 52), dele ocupando-se, preleciona, após considerações várias, que *a regulamentação florestal dentro do perímetro urbano está ligada diretamente à vontade do município*.

E, reportando-se ao magistério de José Afonso da Silva (*Direito urbanístico brasileiro*, 1ª ed., Malheiros, 1995, p. 130), que cita, prossegue, em evidência o Plano Diretor do Município:

“11. Conteúdo e eficácia da lei do PD.

“25. O conteúdo da lei do plano corresponde, em princípio, ao conteúdo do próprio plano. Cuidará da fixação dos objetivos e diretrizes básicas. Estabelecerá as normas ordenadoras e disciplinadoras pertinentes ao planejamento territorial. Definirá as áreas urbanas, urbanizáveis e de expansão urbana. Disporá sobre a ordenação do solo, estabelecendo as regras fundamentais do uso do solo, incluindo o parcelamento, o zoneamento, o sistema de circulação, enfim aqueles três sistemas antes indicados: Sistema Viário, Sistema de Zoneamento e Sistema de Lazer e Recreação”.

Mas, ao continuar, o autor invoca o magistério de Toshio Mukai, tanto que transcreve, à página 54, lição posta em livro atual deste (*Direito e legislação urbanística no Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 121 e 122), com doutrina e jurisprudência apropriadas, haja vista o excerto:

“Pela primeira vez a União editou, através da Lei n. 6.766/79, normas urbanísticas gerais, fazendo uso de sua competência concorrente neste campo do exercício do poder de polícia, defluente da própria Constituição. Essa lei veio substituir com vantagens, portanto, o Decreto-lei n. 58/37, que apenas é aplicável, desde 1979, aos parcelamentos para fins rurais”.

O citado autor, após outras considerações, traz à colação julgado do TRF da 2ª Região, de onde é extraído excerto relacionado com à competência territorial (Proc. n. 0214448, 1994, RJ, 3ª T., relator Juiz Celso Passos, DJU de 12-12-95, Seção 2), nestes termos:

“Processual Civil e Constitucional. Cassação de licença municipal para construção – Indeferimento da inicial em relação ao Ibama – Declínio da competência em relação às demais entidades.

“— A sentença hostilizada que indeferiu a inicial quanto ao Ibama foi complementada e, após manifestação das entidades envolvidas no processo, o MM. Dr. Juiz recebeu as petições como apelações da sentença do indeferimento da inicial.

“— Inexiste interesse da União Federal para justificar a competência da justiça federal, tendo em vista a exclusão do Ibama da relação processual.

“— A competência territorial está definida no parágrafo único do art. 22 da Lei n. 7.803, de 18-7-89, que transferiu para os municípios a competência para aplicar o Código Florestal nas respectivas áreas urbanas e deferiu-lhes o encargo de fiscalizar seu cumprimento, atuando a União apenas como caráter supletivo.

“— Apelação a que se nega provimento”.

A teor do julgado, a competência, então, para dispor sobre a matéria versada nas áreas urbanas, é do próprio Município, com atuação supletiva da União, e nenhuma dos Estados.

Superado, assim, o tema vinculado à competência para a aplicação do Código Florestal nas áreas urbanas, que é do próprio Município, com eventual ingerência da União, e não do Estado, o conflito, como tal, estaria resolvido, deferindo-se o *mandamus*, em face da ilegitimidade do Estado para questionar a licença de construção deferida pela municipalidade. Todavia, vale prosseguir, já que outros diplomas legais, da competência federal, ingerem-se na espécie.

Vale, sim, prosseguir, dado que, dentre os fundamentos acostados pela autoridade coatora, está a matéria relacionada com o uso do solo, de que cuida o art. 2º do Código Florestal, de

preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao longo dos rios e lagos, nas situações especificadas.

Pois bem, no caso, as leis que tratam do uso do solo nas áreas urbanas assinalaram diferenças em confronto com o Código Florestal, mas sem quebra da ordem jurídica, já que se ocupam de situações diferentes, por ele absorvidas e até previstas. Assim, a lei sobre o parcelamento do solo urbano (Lei n. 6.766, de 19-12-79, alterada pelas Leis n. 9.785, de 29-1-99, e n. 10.932, de 15-8-2004), dispõe assim:

“Art. 4º Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

[...]

“III – ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa *não-edificável* de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica;

[...]

“Art. 11. Aplicam-se ao desmembramento, no que couber, as disposições urbanísticas vigentes para as regiões em que se situem ou, na ausência destas, as disposições urbanísticas para os loteamentos”.

E complementando, essa mesma Lei n. 6.766, de 19-12-79, reportada, atualizada pela Lei n. 9.785, de 29-1-99, dispondo sobre o parcelamento do solo urbano, em destaque o art. 3º,

que dispõe sobre lei municipal, assim se expressa:

“Art. 2º O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

“§ 1º Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

“§ 2º Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

[...]

“§ 4º 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.

[...]

“Art. 3º Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal”.

Pois bem, em confronto com os citados artigos das leis em referência,

resta claro que o art. 2º, referido no parágrafo único do art. 22 da Lei n. 4.771/65 – Código Florestal, e art. 4º, inciso III, da Lei n. 6.766, de 19-12-79 – Parcelamento do Solo, não se contradizendo, mas convivendo, ocupam-se de situações de fato diferentes: o Código Florestal é aplicável à área rural, sendo estranho, por isso, quando se trata de parcelamento de área do solo urbano, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal (art. 3º da Lei n. 6.766/79).

Portanto, pode a Prefeitura Municipal de Benedito Novo, sem audiência da autoridade coatora, que, como visto, é estranha ao episódio administrativo em evidência, praticar os atos da espécie, quais sejam, os de licenciar loteamento com a audiência dos órgãos próprios que se inserem no contexto, sem outras audiências, respeitada a Lei n. 6.766, de 19-12-79, que trata do parcelamento do solo urbano.

No caso, lembre-se, o postulante fez-se presente na edilidade, haja vista o que informa, sem reparos, a inicial e as demais peças processuais, dando conta de que:

“O impetrante é proprietário de área de terra urbana n. 18, situada ao lado ímpar da Rua Celso Ramos, município de Benedito Novo/SC, com área de 500,00m² [...]”.

“Pretendendo construir prédio de alvenaria para fins residencial e comercial com 3 pavimentos, com área de 617,02m², ingressou com pedido junto à Prefeitura Municipal [...]”.

Promovendo o encaminhamento, a Prefeitura Municipal submeteu o pedido à Comissão Especial Específica do Conselho Municipal de Desenvolvimento Rural e Meio Ambiente, cujo parecer, favorável, sinalizou o seguinte:

“A área a ser construída fica totalmente fora das calhas primária e secundária do Rio Benedito; portanto, em cota segura quanto ao risco de inundação. Trata-se de área consolidada, que apresenta edificações residenciais e comerciais no contorno. Estamos em comum acordo em dar parecer favorável ao projeto [...]”.

A título de encerramento, vale sinalizar que, em se tratando de perímetro urbano das cidades:

1) há restrições absolutas, tal como definidas no art. 2º do Código Florestal para construções à margem dos rios e lagos;

2) mas não prevalecem essas restrições, no perímetro urbano das cidades, quando se trata de construção de edificações às margens dos rios e lagos, se respeitada a faixa de 15 metros prevista na Lei n. 6.766, de 19-12-79, com a modificação da Lei n. 10.932, de 15-8-2004;

3) todavia, a área, objeto da construção, não pode ser superior a 10.000,00m².

Por outro lado, vale ressaltar, também, a teor do disposto no art. 22 e seu parágrafo único da Lei n. 4.771/65, a competência para fiscalizar o cumprimento da lei é dos Municípios,

não havendo por que possam autoridades estaduais, civis ou militares, nas circunstâncias, inserir-se no contexto, que não lhes é franqueado, como, aliás, define o acórdão acima invocado, que vale reproduzir, em síntese:

“—A competência territorial está definida pelo parágrafo único do art. 22 da Lei n. 7.803, de 18-7-89, que transferiu para os municípios a competência de aplicar o Código Florestal nas respectivas áreas urbanas e deferiu-lhes o encargo de fiscalizar seu cumprimento, atuando a União apenas em caráter supletivo”.

Vale lembrar e ressaltar, repetindo, ainda, um outro dado: não tem o Estado competência para cuidar da matéria, haja vista a lição de Luís Carlos Silva de Matos (Código Florestal Comentado, Editora Atlas, 3ª ed., 2002), segundo o qual (p. 52), a regulamentação florestal, dentro do perímetro urbano, está ligada diretamente à vontade do Município.

Assim, conhece-se da apelação para o efeito de, concedendo a segurança, levantar o embargo da obra, promovido pela autoridade policial impetrada, assegurando ao impetrante o direito de nela prosseguir, nos termos e nos limites da licença concedida pela Administração Municipal de Benedito Novo/SC.

III — Decisão

Diante do exposto, por maioria de votos, dá-se provimento ao recurso para conceder a segurança.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Rui Fortes. Funcionou como Procurador de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Nelson Fernando Mendes.

Florianópolis, 14 de junho de 2005.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente, com voto;
Cesar Abreu,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do
Exmo. Sr. Des. Rui Fortes:

Ementa aditiva:

Apelação cível – Mandado de segurança – Embargo de obra – Construção em área de preservação permanente – Ausência de prova pré-constituída – Falta de comprovação da não-agressão ao meio ambiente – Recurso desprovido.

A Constituição Federal – arts. 225 e seguintes – delimita o direito à propriedade em benefício da flora e da fauna, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Desacompanhado o *mandamus* de prova pré-constituída capaz de demonstrar a ausência de dano ambiental porventura causado por obra edificada em área de preservação permanente, deve ser mantido o embargo, como providência de resguardo do meio ambiente e, conseqüentemente, do interesse público.

A alegação de possível ilegalidade existente em outras construções no mesmo local não é capaz, por si só, de justificar a ilegalidade que originou a atuação do órgão fiscalizador.

Dissenti, *data venia*, da douda maioria, por entender, inicialmente, que não há ser questionada a competência da Polícia Ambiental para fiscalizar e emitir licença ambiental nos Municípios, já que, nos termos do art. 23 da CF/88, a competência para a fiscalização do meio ambiente é comum e, portanto, deve ser exercida por todos os entes federativos – União, Estados e Municípios.

Na espécie, o convênio firmado entre o órgão municipal de proteção ambiental e o órgão estadual não tem o condão de afastar o preceito constitucional que visa, em última análise, à proteção efetiva do bem “ambiente”.

Além disso, o objeto do aludido convênio não indica a realização de atividades de fiscalização, mas tão-somente se refere ao corte de árvores e supressão de vegetação secundária nos estágios inicial ou médio de regeneração e veda a devastação em área de preservação permanente. Prevê, ainda, avaliação e aprovação da Fatma, o que, como se verá, não ocorreu no caso em análise.

O próprio Magistrado, ao examinar a *quaestio* em definitivo, reconheceu ter laborado em equívoco no deferimento da liminar, conforme restou consignado na r. sentença (fls. 103 e 104), *in verbis*:

“Com efeito, a decisão de fls. 80 a 82, por mim proferida, decorreu de lamentável equívoco interpretativo.

“É que a despeito da discussão referente à legitimidade da concessão, pelo Município, de autorização para supressão de vegetação em área de preservação permanente, o que será objeto de exame mais adiante, realmente não há como negar-se que dita autorização, nos termos do convênio de fls. 33 a 37, refere-se apenas e tão-somente ‘ao corte ou supressão de vegetação secundária nos estágios inicial e médio de regeneração da Mata Atlântica, em imóveis urbanos com área de até 10.000 m²’ (sublinhei – cláusula terceira, item 3 do Convênio).

“Coberta de razão está a ilustre representante do Ministério Público quando pronuncia que ‘*não se pode concluir, pelo simples fato de a Mata Atlântica também ser objeto de proteção, tanto que sua supressão depende de autorização do órgão ambiental, que o convênio supracitado tenha concedido poderes ao município de Benedito Novo para autorizar a construção em área de preservação permanente, com supressão de vegetação ou até mesmo impedindo a regeneração desta, fora das situações expressamente previstas em lei, pois, se assim fosse, o Município poderia mais que o próprio Estado e a União*’.

“Assim, não obstante tratar-se a mata atlântica, como afirmei, de área de preservação permanente, independentemente de sua localização, buscou o legislador, através dos artigos 2º e 3º da Lei n. 4.771/65 e ainda por

meio de outros diplomas normativos, conferir proteção especialíssima a outras formas de vegetação e formações naturais (recursos hídricos, paisagem, estabilidade geológica, biodiversidade, fluxo gênico de fauna e flora, solo, etc.).

“Não foi por outra razão, por certo, que o convênio celebrado entre o município de Benedito Novo e a Fatma não fez qualquer referência à possibilidade de autorização delegada no tocante às *áreas de preservação permanente propriamente ditas*, assim entendidas aquelas não integrantes da mata atlântica.

“O propósito excludente foi de tal relevância, que em nenhum, repito, nenhuma das onze cláusulas da avença, utilizou-se a expressão *área de preservação permanente*.

“A decisão de fls. 80 a 82, portanto, centrou-se numa falsa premissa, resultado de incorreta interpretação, por este magistrado, dos conceitos relativos à *mata atlântica* e às demais *áreas de preservação permanente propriamente ditas*” (grifado no original).

No tocante à matéria de fundo, não se desconhece a singularidade da geografia do município de Benedito Novo, que, sem dúvida, guardada a beleza do lugar, impõe limitações ao desenvolvimento urbano. É que, a par das fotos acostadas à fl. 138, vê-se que a cidade nasceu às margens do Rio Benedito Novo, estando cercada por vegetação nativa, mais especificamente a Mata Atlântica.

Com efeito, o imóvel do apelante integra área de preservação permanente; é situado na Rua Celso Ramos, Centro, e, de acordo com a escritura (fl. 18v.), possui área de 500m² (quinhentos metros quadrados), extremado pela frente em 20m (vinte metros) com a Rua Celso Ramos, 28m (vinte e oito metros) à direita, 22m (vinte e dois metros) à esquerda, fazendo fundos com o Rio Benedito Novo.

Dessa feita, o apelante contesta a faixa não edificante, argumentando que, nos termos da Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/79), a área seria de 15m (quinze metros), contados do curso d'água. Contudo, para a proteção de preservação permanente, hipótese do caso vertente, aplica-se o Código Florestal (Lei n. 4.771/65), e, portanto, ainda que desconhecida a largura do referido rio, mas considerando a distância mínima prevista no art. 2º deste diploma, que é de 30 metros, vê-se que o imóvel está centrado em área de preservação permanente, *in verbis*:

“Art. 2º – Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

“a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima seja:

“1 – de 30m (trinta metros) para os cursos d'água de menos de 10m (dez metros) de largura;

“2 – de 50m (cinquenta metros) para os cursos d'água que tenham de

10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

“3 – de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

“4 – de 200 (duzentos) metros para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

“5 – de 500 (quinhentos) metros para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; [...]”.

Como mencionado alhures, o apelante também absteve-se de realizar o devido licenciamento ambiental, obrigatório sempre que houver perigo de degradação ambiental. Somente a comprovação, por meio de prova pré-constituída, como laudo técnico e/ou pericial, que demonstrasse a ausência de danos ao meio ambiente, permitiria a concessão definitiva do *writ*.

In casu, apenas foi juntado parecer do Conselho Municipal de Desenvolvimento Rural e Meio Ambiente – Coderma (fl. 16), que, em verdade, até posicionou-se favoravelmente à pretensão do apelante, declarando que “[...] trata-se de um terreno de topografia plana que não necessita de corte ou aterro, somente a escavação para a implantação da base da construção (sapatas e estacas). O material escavado (barro) terá que ser retirado do local, ou permanecer no terreno, mas acima da linha de dezoito metros de afastamento do meio-fio, para não prejudicar a vegetação ciliar existen-

te. A área a ser construída fica totalmente fora das calhas primárias e secundárias do Rio Benedito Novo; portanto, em cota segura quanto ao risco de inundação”.

O parecer, entretanto, não elucidou quanto aos riscos e/ou efetivos danos ao meio ambiente porventura decorrentes da obra a ser edificada pelo recorrente. No mais, existem apenas fotografias do terreno (fls. 77 a 79), juntadas extemporaneamente aos autos, que devem ser desconsideradas, justo a ação mandamental não comportar dilação probatória, exigindo que os documentos comprovadores do direito líquido e certo acompanhem a peça inaugural desde o protocolo na distribuição.

Logo, as provas colacionadas nestes autos são insuficientes à demonstração da não ocorrência de dano ambiental pela edificação. Carece o apelante, pois, de direito líquido e certo que lhe assegure a concessão definitiva da segurança.

A propósito, a jurisprudência catarinense é pacífica no sentido de que “a prova pré-constituída é pressuposto de constituição válida e regular do processo, sendo, na hipótese de sua ausência, o indeferimento da pretensão *in limine litis* medida de rigor” (ACMS n. 1999.001753-2, de Anita Garibaldi, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 19-8-02).

No mesmo sentido:

“A impetração do mandado de segurança não pode fundamentar-se em simples conjecturas ou em alega-

ções que dependam de dilação probatória incompatível com o procedimento do mandado de segurança, pois se exige a pré-constituição das provas em relação às situações fáticas ensejadoras de seu ajuizamento (Alexandre de Moraes. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002, p. 269)” (ACMS n. 2002.012190-3, de Turvo, rel. Des. Nicanor da Silveira, j. 9-12-04).

Esclareça-se, ainda, que o fato de outras edificações estarem nas mesmas condições daquela que pretende erguer o impetrante não enseja a este direito de também obter autorização para construir, posto que a preservação ambiental, incluindo o leito dos rios, prevalece sobre o direito individual, *in casu*, representado por uma obra isolada.

Cuida-se de obrigação de cunho negativo dos cidadãos, consistente no autocontrole e no reconhecimento da necessidade do “não-fazer”, obedecendo às restrições ao direito de ocupação e de construção, objetivando a preservação da mata ciliar e a perenidade dos rios.

Nessa senda, há precedente:

“[...] A degradação já existente não deve servir de mote a que o Poder Público, inclusive o Poder Judiciário, chancem novas agressões” (ACMS n. 2004.002238-7, de Joaçaba, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 1º-6-04).

Do corpo do acórdão, extrai-se:

“De se considerar também, por importante, que um erro não justifica

o outro – o ilícito não gera direito adquirido, e o descumprimento da lei por terceiros não pode ser invocado como causa de isenção para o infrator quando chamado à responsabilidade pelos atos perpetrados. Se o Município em outras épocas se descuidou em dar cumprimento às normas ambientais e permitiu a construção em locais proibidos, isso não pode servir de mote a que a depredação ambiental tenha continuidade. É princípio medular de qualquer ordenamento jurídico que ‘os abusos e as violações das leis devem ser coibidos e nunca imitados. Não se deve julgar de acordo com os exemplos e, sim, de acordo com as leis, *non exemplis sed legibus est judicandum*’ (Adroaldo Mesquita da Costa, RDA 78/304)”.

Ademais, afigura-se irrelevante o argumento de que no local não existe vegetação a ser preservada, pois nada obsta ao Poder Público recuperá-lo diante da grande importância da vegetação ribeirinha para o equilíbrio dos recursos hídricos, protegendo, inclusive, a própria população de cheias e inundações. O que não se pode permitir é que eventual recuperação do local seja impedida em definitivo pela edificação que pretende levar a adiante o recorrente.

Por oportuno, registre-se que o precedente citado pelo apelante – ACMS n. 2004.018404-2, julgado pela Primeira Câmara de Direito Público, em acórdão de relatoria do eminente Des. Vanderlei Romer – realmente guarda relativa semelhança com o caso presente, sendo inclusive do

mesmo município. Entretanto, naqueles autos foi apresentado laudo pericial, realizado pelo Núcleo Regional de Polícia Técnica e Científica e Perícia Oficial de Blumenau, órgão vinculado à Secretaria de Segurança Pública do Estado de Santa Catarina. Os feitos, entretanto, divergem quanto à sua instrução; naquele havia laudo confirmando a ausência de dano ambiental, atestando que “a cobertura vegetal do terreno era composta basicamente por gramíneas de áreas de pastagem” (ACMS n. 2004.018404-2, rel. Des. Vanderlei Romer); enquanto neste, além de inexistir laudo acerca da cobertura vegetal do terreno, foram juntadas extemporaneamente fotografias (fls. 77 a 79), que demonstram que os fundos do imóvel são recobertos por mata ciliar, não havendo como precisar se o restante do terreno também o era ao tempo do início da obra.

Cediço é que, quando se tratar de meio ambiente, a cautela deve ser sempre dirigida aos interesses da sociedade (coletividade). Assim, evidenciado o perigo de dano, deve ser imediatamente afastada a causa que está gerando o risco, independentemente de lesão aos interesses particulares, pois estes poderão, a qualquer tempo, ser reparados, diferentemente da lesão ambiental, que poderá levar dezenas de anos para voltar ao *status quo ante*.

Nesse sentido, decidiu este Tribunal de Justiça:

“Em tema de meio ambiente, a cautela deve pender a favor dos interesses da sociedade que estão em discussão. Demonstrado o perigo de dano, a medida que se impõe é o imediato afastamento da causa que está gerando o risco” (AI n. 2003.005719-6, de Palhoça, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 11-8-03).

Sem destoar:

“Entre o risco demonstrado de agressão ao meio ambiente e os eventuais prejuízos a serem suportados pelo particular, em obediência ao princípio da proporcionalidade, impõe-se seja protegido o bem maior – o interesse coletivo” (AI n. 2002.009857-0, de Joinville, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 17-2-02).

Assim, com fulcro na Constituição Federal, que, em seus arts. 225 e seguintes, estabeleceu restrições ao exercício da propriedade em benefício da flora e da fauna, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, é que proferi voto no sentido de manter incólume a sentença vergastada, ante a ausência de comprovação da não ocorrência de dano ambiental.

Rui Fortes.

JURISPRUDÊNCIA PENAL

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

REVISÃO CRIMINAL

REVISÃO CRIMINAL N. 2005.008877-9, DE XANXERÊ

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

Revisão criminal – Crimes contra o patrimônio – Furto qualificado — Pena-base – Aplicação acima do mínimo legal – Exacerbação – Não ocorrência – Pretendida minoração da pena – Faculdade inerente ao julgador a quo – Indeferimento.

Em sede de revisão, não cabe ao órgão revisando nova avaliação dos fatos, com os mesmos critérios do juiz sentenciante, dando-se nova interpretação, mesmo que mais benéfica ao réu, porque em revisão criminal a dúvida reveste-se em favor da sociedade.

“A redução da pena em revisão criminal está condicionada ao comprovado erro técnico ou à injustiça explícita do julgado, caracterizadores sempre, ainda que indiretamente, de violação do texto e/ou vontade da lei, e, não demonstrada antecedente nulidade ou ilegalidade, não se pode, não tem cabimento, deferir revisão criminal para rever os critérios de individuação da reprimenda.

Apenas decisão contra legem autoriza redução da pena em sede revisional” (JUTACrim – Rev. – j. 7-2-90 – rel. Marrey Neto – RJD 6/250).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 2005.008877-9, da comarca de Xanxerê, em que é requerente Sadiumar Mendes:

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido.

Custas legais.

Na comarca de Xanxerê, Sadiumar Mendes restou condenado ao cumprimento da pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal.

Pretende, agora, por meio da presente revisão criminal, a minoração da pena. Alega que é primário e de bons antecedentes, e que as circunstâncias judiciais não são todas desfavoráveis.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Odil José Cota, opinou pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

O inconformismo não procede.

Compulsando-se os autos, verifica-se, *in casu*, que a decisão do Magistrado *a quo* não merece reparos porquanto proferida com moderação e dentro dos critérios listados nos arts. 59 e 68 da lei substantiva penal.

Extrai-se da decisão (fls. 80 a 85 – autos apensos):

“[...] agiu com culpabilidade, pois tinha plena consciência da ilicitude de seus atos, ao subtrair para si coisa alheia móvel, agindo com dolo intenso. Apesar de tecnicamente primário, registra antecedentes contra si, posto que posteriormente aos fatos da denúncia foi condenado na comarca de Abelardo Luz à pena de 15 anos e oito meses de reclusão e multa, conforme certidão de fl. 72; e 5 anos, 11 meses e 3 dias, de reclusão e multa, na comarca de Tangará/SC (fl. 74). Sua conduta social não o recomenda. A personalidade, apesar da tenra idade, já apresenta-se comprometida com o mundo do crime. Os motivos foram a obtenção do lucro fácil em detrimento do patrimônio da vítima [...].

“Assim, diante das circunstâncias desfavoráveis, fixa-se a pena-base em quatro anos de reclusão e vinte dias-multa [...].

“Não existem agravantes, porém reconheço ao seu favor a atenuante da confissão espontânea [...]”.

Assim, o pedido de minoração da pena não tem procedência, já que o Magistrado fundamentou com coerência a sua majoração, não se podendo falar em manifesta injustiça, inobservância técnica ou outro motivo bastante para arrimar o presente pedido revisional, merecendo ser confirmado

o provimento entregue em primeiro grau.

Já se decidiu:

“Processual penal – Revisão – Dosimetria – Pena-base acima do mínimo legal – Possibilidade – Precedentes jurisprudenciais.

“Somente em casos excepcionais, de manifesta injustiça, ou de inobservância de técnica, é que o pedido revisional não deve ser atendido para o fim de modificação a favor do réu, da dosimetria fixada pelo juízo inferior” (RT 436/418).

Ainda:

“A redução da pena em revisão criminal está condicionada ao comprovado erro técnico ou à injustiça explícita do julgado, caracterizadores sempre, ainda que indiretamente, de violação do texto e/ou vontade da lei, e, não demonstrada antecedente nulidade ou ilegalidade, não se pode, não tem cabimento, deferir revisão criminal para rever os critérios de individualização da reprimenda. Apenas deci-

são *contra legem* autoriza redução da pena em sede revisional’ (TACrim – Rev. – j. 7-2-90 – Rel. Marrey Neto – RJD 6/250)” (in Carlos V. Mañas e Tatiana V. Bicudo, Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial, São Paulo, RT, 2000, vol. 1, p. 875).

Assim, pelo exposto, indefere-se o pedido.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella, e dele participaram, também com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva, Torres Marques, Carstens Köhler, Sérgio Paladino e Maurílio Moreira Leite. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 29 de junho de 2005.

Amaral e Silva,
Presidente, para o acórdão;
Solon d’Eça Neves,
Relator.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2005.000981-4, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal e processual — Porte ilegal de arma — Prova suficiente da materialidade e da autoria — Depoimento de policiais e

da vítima — Ausência de exame pericial — Irrelevância — Recurso ministerial provido.

O exame pericial para comprovar a potencialidade da arma de fogo só é necessário quando, durante a instrução, for posta em dúvida sua eficiência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2005.000981-4, da comarca de Itajaí, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Anderson Manoel dos Santos:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso para condenar o apelado a 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 14 da Lei n. 10.826/03.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Anderson Manoel dos Santos restou condenado à pena de 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 8 (oito) dias-multa, no mínimo legal, por infração ao art. 155, *caput*, c/c art. 14, II, todos do Código Penal, sendo absolvido da prática do delito tipificado no art. 14 da Lei n. 10.826/03.

Não se conformando, apela a Dra. Promotora ao argumento de haver prova suficiente da configuração do crime, por ser presumida a poten-

cialidade da arma e não haver o apelado requerido perícia para apurar o fato.

Em contra-razões, a defesa, também em resumo, é pela manutenção da sentença, sustentando a necessidade da perícia e que a dúvida favorece o réu.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento do apelo.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — Com razão o Ministério Público.

Data venia da r. sentença, verifica-se que a arma não foi produto do furto, mas foi apreendida na posse do agente quando preso em flagrante, logo após o crime.

A materialidade ficou evidenciada pelo recibo de entrega de arma de fogo (fl. 14) e auto de exibição e apreensão (fl. 12).

Quanto à autoria, o apelado negou a posse da arma, dizendo que a encontrou dentro de um dos caminhos dos quais subtraiu os

tacógrafos, deixando-a no mesmo lugar, sendo encontrada posteriormente pelos policiais no interior do caminhão (fl. 30).

Contudo, a versão apresentada pelo apelante encontra-se isolada do conjunto probatório, contradizendo os depoimentos dos militares e da vítima, os quais afirmaram que a arma fora encontrada no pátio do estabelecimento, após ser abandonada pelo agente.

O policial militar Ronilso Vieira Antunes, condutor do flagrante, confirmou em Juízo (fl. 38v.):

“Que viu o acusado vir até o muro, quando o depoente apontou sua arma contra ele, pedindo para não se mexer; que nesse momento o acusado encontrava-se com uma arma nas mãos, tendo-a soltado, a qual caiu no chão da empresa; [...] *que o acusado confessou que a arma lhe pertencia, a qual havia obtido de um caminhoneiro, na troca de um tacógrafo*” (grifo nosso).

No mesmo sentido, o policial militar Eduardo Heidemann Mafra, em Juízo, asseverou:

“Que quando se encontrava perto do muro, em cima do tanque, o acusado jogou a arma que portava no chão” (fl. 39v.).

A vítima, Otacílio Alves Cabral, que presenciou a captura do apelante em seu estabelecimento, reafirmou:

“Que viu o acusado ficar em cima de um tanque, ao lado do muro, tentando pular para fora; que nesse

momento viu o acusado dispensar um objeto; que o policial aproximou-se de tal objeto, que quando observou que se tratava de uma arma” (fl. 40v.).

Dessa forma, as declarações firmes e coerentes dos policiais que efetuaram a diligência, corroboradas pelo depoimento da vítima, são coerentes e convincentes, anulando a versão dada pelo réu.

Colhe-se da jurisprudência:

“Os depoimentos de policiais quando coerentes, firmes e consoantes com os demais elementos carreados aos autos são suficientes a embasar um decreto condenatório” (JC 80/588).

Observo que a falta de laudo pericial para comprovar a potencialidade ofensiva da arma não obsta a condenação, uma vez que a perícia só se torna necessária quando sua eficácia for posta em dúvida durante a instrução. Permanecendo, como no caso, as partes inertes, presume-se eficiente a arma.

Esse entendimento da Corte:

“Apreensão de uma pistola no interior da residência do réu. Ausência de registro e de autorização legal para portar a arma. Crime permanente. Delito caracterizado. Eficácia ofensiva da arma que não foi posta em dúvida durante a instrução. Ausência de exame pericial. Irrelevância. Condenação que se impõe pelo *caput* do art. 10, da referida lei” (Ap. Crim. n. 2000.024907-6, de Urussanga, rel. Des. Genésio Nollí).

“Processual e penal — Porte ilegal de arma e fogo — Art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97 — Confissão — Ausência de perícia — Prescindibilidade — Prova que cabe à defesa — Art. 156 do CPP — Dosimetria — Recurso desprovido — Precedentes jurisprudenciais.

“No porte ilegal de arma, sendo a capacidade lesiva presumida, é dispensável que o revólver, para ser objeto do crime, seja submetido à perícia” (Ap. Crim. n. 1999.022210-1, de Lages, de minha relatoria).

Comprovado o porte em circunstâncias tais que evidenciem a potencialidade da arma, pois não é crível que o apelado foi assaltar munido de arma sem potencialidade, só resta a condenação.

2 — Passo à dosagem da pena.

Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, quanto à *culpabilidade*, verifico que o agente, mentalmente são, tinha consciência do ilícito; não possui maus *antecedentes* em face da presunção de inocência, tendo em vista que os processos constantes na certidão de fls. 45 e 46 não transitaram em julgado; sua *conduta social* é reprovável, por ser conhecido no meio policial pela prática de furtos (fls. 38v. a 39v.), além de ser usuário de drogas; não há elementos para uma segura análise quanto à *personalidade*; *motivos* e *circunstâncias* comuns à espécie; as *consequências* do crime não foram graves; e o *comportamento da vítima* em nada influíu.

Com isso, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Na segunda fase, apresenta a atenuante da menoridade (art. 65, I, do CP), motivo pelo qual reduz a pena em 3 (três) meses.

Na terceira fase, ausentes as causas gerais e especiais de aumento e diminuição, concretizo a pena em 2 (dois) anos de reclusão, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Fixo o regime de cumprimento aberto, em face do disposto no art. 33, § 2º, c, do CP.

A substituição da pena e sua suspensão tornam-se insuficientes para a repressão em face da conduta social do agente, não perfazendo os requisitos dos arts. 44, III, e 77, II, do CP, respectivamente.

3 — Pelo exposto, dou provimento ao recurso para condenar o apelado à 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 14 da Lei n. 10.826/03.

III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Deram provimento ao recurso para condenar o apelado a 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto,

e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 14 da Lei n. 10.826/03.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Solon d'Eça Ne-

ves, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 15 de março de 2005.

*Amaral e Silva,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2005.001787-3, DE JOINVILLE

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal e processual – Tráfico ilícito de entorpecentes – Flagrante no interior do presídio em revista a visitante que transportava pequena quantidade de maconha que não chegou ao destinatário – Incidência ao artigo 12, § 2º, I, da Lei n. 6.368/76 c/c o artigo 14, II, do Código Penal – Modalidade tentada – Admissibilidade – Aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade – Inteligência do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal c/ c o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil – Precedentes jurisprudenciais – Preliminar – Exame de insanidade mental – Não realização – Nulidade – Inocorrência – Dosimetria – Primariedade e atenuante da confissão espontânea regularmente reconhecidas – Desclassificação para uso próprio – Impossibilidade – Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – Inviabilidade – Recurso parcialmente provido.

O julgador não pode alhear-se às peculiaridades dos aspectos humanos do conflito que tem de compor.

Em consonância com o princípio constitucional da proporcionalidade, na interpretação das normas penais, deverá o juiz levar em conta o Direito, e não o frio texto legal.

“Na escola da exegese, o juiz era considerado neutro, um autônomo, sem vontade própria; sua atuação era mecânica. Com a superação da escola da exegese, ficou suprimida a atuação mecânica do juiz. Atualmente, o juiz é o intérprete oficial da lei, com ampla liberdade, estando, tão-somente, limitado pelo roteiro tra-

çado pela lei. É ele considerado a alma do progresso, adaptando a norma ao caso concreto, à vida: é a viva vox juris”.

Se é certo que são terríveis os malefícios do tráfico das drogas ilícitas, também o é o de uma injustiça, principalmente no que tange à proporcionalidade da resposta penal.

Tratando-se de doméstica, mãe de duas crianças, pressionada por crise de dependência do marido e premida pelas circunstâncias, que se arrisca, tentando introduzir no presídio pequena quantidade de maconha, que não chegou ao destinatário por circunstâncias alheias a sua vontade, é de desclassificar-se o tráfico de entorpecentes para a modalidade tentada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2005.001787-3, da comarca de Joinville, em que é apelante Loreci Galvão, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso para desclassificar a imputação para o artigo 12, § 2º, I, c/c o art. 18, IV, ambos da Lei de Tóxicos, c/c o artigo 14, II, do Código Penal, reduzindo a pena para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, e 22 (vinte e dois) dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Loreci Galvão foi condenada com base no art. 12 c/c o art. 18, IV, ambos da Lei n. 6.368/76 à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime

integralmente fechado, e ao pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa, no valor mínimo previsto no art. 38 da Lei n. 6.368/76.

Inconformada, pleiteia, em síntese, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, alegando falta de análise do pedido de exame de insanidade mental. No mérito, pretende a desclassificação para o crime de uso, previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76, bem como o reconhecimento da primariedade e da confissão espontânea e a subsequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Sustenta o Dr. Promotor, em síntese, o afastamento da preliminar de nulidade por ausência de suspeita de desvio mental da acusada. No mérito, que a sentença deve ser mantida pelos próprios e jurídicos fundamentos, argumentando suficientemente provado que a droga apreendida em poder da apelante se destinava ao esposo, detido no Presídio Regional de Joinville, restando caracterizado o

tráfico. Na dosimetria, com relação à primariedade e à confissão espontânea, argumenta já se encontrar a pena no mínimo legal.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça observa, relativamente à preliminar de nulidade, “para que seja determinada a realização de exame de sanidade mental, necessária se faz a existência de indícios de que o examinado apresenta algum problema mental, não bastando o mero requerimento da defesa. Além disso, o exame de sanidade visava a esclarecer, inusitadamente, sobre a ocorrência de qualquer tipo de coação que porventura fosse vítima para agir como agiu” (fl. 92). No mérito, ante o robusto contexto probatório e confissão espontânea, opina pelo conhecimento e desprovemento.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 – Afasto a preliminar de nulidade com relação à necessidade de instauração de incidente de insanidade mental da acusada.

A apelante é maior, capaz, e no interrogatório demonstrou discernimento e consciência do ilícito, ao confessar perante o MM. Juiz *a quo*, não havendo falar em redução da capacidade de entendimento.

A mera alegação de falta de higidez mental não é suficiente para instauração do incidente insculpido no art. 149 do CPP, mormente diante de todo

o contexto probatório, que reflete a saúde mental da apelante e a plena consciência e lucidez com que realizou o delito, conforme se extrai da confissão perante a autoridade judicial de primeiro grau que, afastando qualquer dúvida sobre a integridade mental da acusada, eficazmente identificou a desnecessidade do referido exame.

Desse modo, não restando o menor resquício de dúvida sobre a integridade mental da acusada, o Magistrado, em contato direto com os pormenores da causa, corretamente não instaurou o incidente, não havendo falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa, ou nulidade do processo.

Já decidiu esta egrégia Corte:

“O Juiz somente deverá determinar a realização de exame de insanidade mental quando existirem reais dúvidas pela integridade mental do acusado, podendo negar perícias requeridas quando estas não forem necessárias ao esclarecimento da verdade (artigos 149 e 184 do CPP), ainda mais se o acusado, nas oportunidades em que foi ouvido, não demonstrou qualquer distúrbio capaz de justificar a providência. Até mesmo ‘a simples alegação de sofrer distúrbios psíquicos e o uso de remédio controlado não são suficientes para levantar dúvida sobre a higidez psíquica do acusado’ (RT 683/339)” (Ap. Crim. n. 1998.006430-9, de Blumenau, rel. Des. Álvaro Wandelli).

2 – Em caso análogo, decidimos:

“Tráfico ilícito de entorpecentes – Flagrante no interior do presídio em revista a visitante que transportava pequena quantidade de maconha que não chegou ao destinatário – Incidência ao artigo 12, § 2º, I, da Lei n. 6.368/76 c/c o artigo 14, II, do Código Penal – Modalidade tentada – Admissibilidade – Aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade – Inteligência do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal c/c o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil – Precedentes jurisprudenciais – Recurso parcialmente provido” (Ap. Crim. n. 2004.028425-1, de Joaçaba, que relei, j. em 16-11-2004).

Sendo os fatos praticamente os mesmos, servem idênticas razões, adaptadas ao caso em julgamento:

O presente recurso reproduz nítido quadro das perplexidades, angústias e inquietações decorrentes dos malefícios das drogas ilícitas e sua disseminação.

As partes envolvidas, notadamente a apelante, são pessoas pobres, rústicas, ignorantes, vivendo no submundo, onde o prefixo *sub* caracteriza seu cotidiano.

Doméstica, casada, dois filhos menores, instrução primária, vive a apelante péssima situação financeira, anotou o auto de qualificação e vida pregressa (fl. 15), nunca teve oportunidades sociais e reside com sua mãe, de acordo com o interrogatório judicial (fls. 35 e 36).

O cônjuge cumpre pena.

É dentro dessa realidade fática negativa, própria da exclusão social e da precária cultura da apelante, que a espécie será julgada.

Passo à análise da controvérsia.

É certo que a apelante tentou introduzir 30,6 gramas de *cannabis sativa linneu*, mais conhecida como maconha, no Presídio de Joinville.

Alega haver sido coagida pelas circunstâncias. A respeito da matéria, invoco Julio Fabbrini Mirabete:

“Não há culpabilidade, segundo o Código, quando o autor do fato é submetido à coação irresistível para praticar o ilícito. A coação existe quando há o emprego de força física ou de grave ameaça para sujeitar o sujeito à prática do ilícito, de modo que não há culpabilidade pela não-exigibilidade de conduta diversa.

[...]

“Em qualquer hipótese, porém, exige o art. 22, para excluir a culpabilidade, que a coação seja irresistível, insuportável, inelutável, atual, uma força a que o coacto não pode subtrair-se ou enfrentar. É indispensável, pois, que, no caso concreto, se examinem as condições de resistibilidade do coacto, levando-se em conta a gravidade do mal prometido, relevante e considerável, bem como suas condições pessoais. Um mero receio de perigo, mais ou menos remoto, não exclui a culpabilidade. A coação a que o sujeito podia resistir, não excluindo a culpabilidade, é mera atenuante (art.

65, III, c, primeira parte, do CP)” (Código Penal Interpretado, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 203).

A coação, portanto, para configurar-se como excludente da culpabilidade, necessita ser irresistível, de tal modo a não se poder exigir do coacto outra conduta, que não a de ceder ao coator. De qualquer modo, para ser reconhecida, precisa estar comprovada nos termos do art. 22 do Código Penal, combinado com o art. 156 do Código de Processo.

No caso, *data venia* da defesa técnica, não vislumbro configurada satisfatoriamente tal excludente da culpabilidade.

Em que pesem as declarações da acusada Loreci Galvão, alegando a dependência química do esposo, que, por falta do consumo da droga apresentava quadro de nervosismo, situação que a constrangeu a praticar o delito, o fato é que a coação irresistível decorrente da alegada crise de abstinência não restou configurada.

As declarações, em Juízo, esclarecem e convencem da triste e constrangedora motivação (fls. 35 e 36):

“Que numa quinta-feira que antecedeu a sua prisão a interroganda esteve no presídio visitando seu marido Genésio e ele estava muito nervoso, isso porque ele é viciado em drogas e estava sentindo falta; que vendo aquela situação e ele tendo-lhe pedido para levar drogas, a interroganda foi até o trilho do trem no bairro Nova

Brasília e comprou quinze reais de maconha; que comprou um sonho e o partiu, colocando a droga em seu interior; que na nova data da visita se dirigiu para o presídio e foi pega levando o sonho com a droga em seu interior para o seu marido; que reconhece que praticou uma burrada e foi a primeira vez que fez isso; que usa drogas, mas não é viciada, sendo que passa mais de semana sem que faça uso; que tem a acrescentar que se arrepende muito e está muito arrependida, sendo que sofre muito por seus filhos que estão com sua sogra”.

A apelante, como já ressaltado, mulher pobre, mãe de duas crianças, doméstica, simples, vivendo no submundo da carência, num momento de irreflexão e necessidade, pressionada pelo esposo alterado, em possível crise de abstinência, premida pelas circunstâncias, arriscou-se, tentando introduzir no presídio exatamente 30,6 gramas de maconha.

Não levava “droga pesada”, não a destinava a numerosos detentos. A quantidade era pequena, talvez, pudesse, assim, amenizar as crises de abstinência do esposo, advindas da dependência química.

Tais circunstâncias não podem ser eliminadas do processo, já que exsurtem nítidas da prova.

Na difícil tarefa de fazer justiça, o julgador não pode alhear-se dos aspectos humanos do conflito que tem de compor, principalmente na área penal.

Se é certo que são terríveis os malefícios do tráfico de drogas ilícito

tas, também o é o de uma injustiça, por severa e desproporcional.

Nós, juízes, não somos repetidores de textos legais, muito menos juízes de leis, somos Juízes de Direito.

Há, em nosso cotidiano, o importante poder criativo da jurisprudência, direito vivo, nascido da humana interpretação sociológica, teleológica, finalística.

Tal interpretação, sem negar vigência à lei, há de humanizá-la, para que não sejamos “escravos da lei”, mas seja a lei escrava dos interesses humanos e esses, para estarem conforme o Direito, têm de estar de acordo com a paz social, o bem comum, a equidade. Em Direito Penal, a racionalidade e a proporcionalidade.

Será que atende ao bem comum, à equidade, manter reclusa em regime integralmente fechado, pagando pena de 4 (quatro) anos de reclusão, frágil mulher, ignorante e pobre, que, premida pela necessidade, preocupada com as crises de abstinência do marido, tentou introduzir pequena quantidade de maconha no presídio onde se achava recolhido o cônjuge?

Em que se abalará a paz social, a segurança pública ou o combate ao narcotráfico, caso a resposta, pela infração, seja mais branda?

A apelante, presa em flagrante há quase seis meses, continua reclusa, afastada dos filhos menores.

O estigma da prisão, o afastamento das crianças já consumaram o

objetivo de prevenção e resposta penal.

Há, aqui, a necessidade do papel criador do juiz para que não se cogite do antigo aforismo *summum jus, summa injuria*, respeitando-se os princípios da prevenção e da repressão, tão necessários ao desestímulo da delinquência.

O caso é peculiar, daí não nos preocupar o precedente.

As circunstâncias pessoais da apelante, mãe pobre e rústica, já foram explicitadas, importando reforçar a pequena quantidade e a espécie da droga. O destinatário, cujo estado psíquico alterado teria influenciado no ânimo da apelante, também deve ser sopesado.

Desponta, portanto, como necessária invocação do “Princípio Constitucional da Proporcionalidade”, muito bem exposto por Jorge Henrique Schaefer Martins:

“Resta absolutamente clara a concomitante presença de princípios constitucionais determinantes da liberdade com outros que a limitam, preconizados pelo princípio do direito-dever de punir do Estado.

[...]

“Para melhor compreensão a respeito de seu reconhecimento e utilização, Helenilson Pontes assevera que, ‘terminologicamente, o termo proporcionalidade contém uma noção de proporção, adequação, medida justa, prudente e apropriada à necessidade’, contendo, em resumo, ‘um apelo à

prudência na determinação da adequada relação entre as coisas’.

“Informa que Aristóteles já buscava apontar uma noção de ‘meio-termo’ e de ‘justa medida’, em concepções ligadas ao justo, que equivale ao proporcional, pois ‘o justo nesta acepção é portanto o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade’.

“Refere a Carta Magna, como detentora da raiz legal da proporcionalidade, contendo norma que previa que ‘a multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcionada à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcionada ao horror deste’, como diz ter a idéia aristotélica de ‘justa medida, de moderação, de prudente arbítrio’, reaparecido no período iluminista.

“Acrescenta haver Montesquieu propagado a necessidade de moderação, enquanto Cesare Beccaria, buscando a proporcionalidade das penas para com os delitos, marcou de forma inquestionável sua imprescindibilidade” (Prisão Provisória – Medida de Execução no Direito Criminal Brasileiro, Curitiba: Juruá, 2004, p. 61 a 63).

Mais adiante, prossegue o festejado penalista:

“Revela-se, em resumo, como ‘um juízo jurídico, assente na correcta interpretação das normas e na adesão aos fins que lhes subjazem; e que atende, na sua aplicação, à diversidade de objectivos, de situações e de interesses em presença’.

“Eventual dúvida sobre a consagração do princípio da proporcionalidade na Constituição brasileira é solvida por Paulo Bonavides que o tem positivado no ordenamento constitucional brasileiro, entendendo que, ‘Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição’, indicados como os direitos e garantias cuja sustentação é decorrente da natureza do regime e inerentes ao Estado democrático de Direito” (*op.cit.*, p. 61 a 63).

O reexame de condenação de mulher ignorante, pobre, portanto, sofrida, à elevada pena de 4 (quatro) anos de reclusão em regime integralmente fechado, exige, como dito, invocação do princípio constitucional da proporcionalidade. Há de se ter em conta a necessária racionalidade para eficácia da decisão no que tange à prevenção e à repressão do delito. A resposta há de ser adequada.

Em tais especialíssimas circunstâncias, sob o lume do caráter preventivo e ressocializador da pena, é de se desclassificar o delito para a forma tentada, mitigando a severidade da condenação.

Há, na providência, principalmente, critérios de política criminal, penitenciária e de interpretação sociológica, inscrita no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Política criminal, pela possibilidade de ser a mitigação da pena, resposta justa e adequada à situação pessoal da infratora, sem que seja encorajadora de outras infrações.

Política penitenciária, em face da superlotação dos presídios, cujas vagas precisam ser reservadas às hipóteses de maior gravidade.

A respeito da função criadora do juiz e da interpretação sociológica, Juvêncio Gomes Garcia bem identifica o importante papel da jurisprudência como fonte do Direito:

“Afirma Christiano José de Andrade que o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil tem raízes em Aristóteles e S. Tomás de Aquino. O valor básico, fundante e regulativo da lei é o bem comum e todo o direito é finalista, direcionado para fins ou objetivos sociais.

“O elemento teleológico é realçado em Ihering; conforme este autor, a finalidade do direito é garantir as condições vitais da sociedade, que têm similitude com o bem comum temporal.

“Na escola da exegese, o juiz era considerado neutro, um autônomo, sem vontade própria; sua atuação era mecânica. Com a superação da escola da exegese, ficou suprimida a atuação mecânica do juiz. Atualmente, o juiz é o intérprete oficial da lei, com ampla liberdade, estando, tão-somente, limitado pelo roteiro traçado pela lei. É ele considerado a alma do progresso, adaptando a norma ao caso concreto, à vida: é a *viva vox juris*.

“Diz Alípio Silveira, citando Orosimbo Nonato, que a onipotência da forma legal perde seus fanáticos. Reclama-se para o juiz moderno quase que a função de ‘legislador de cada caso’, e isso se reclama exatamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém.

[...]

“O trabalho do juiz é argumentação global. Ele é, atualmente, um complemento importante e indispensável do legislador, como o que lhe são abertas ensanchas à criação do direito, na aplicação da norma jurídica ao caso concreto. Sem dúvida, o juiz conquistou o poder de interpretar a lei em nome dos princípios superiores do direito: o bem comum e os fins sociais a que ela se dirige.

[...]

“No que tange ao artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, tendo como diretrizes os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, não pode deixar de ser aplicado pelo intérprete. Como todas as leis necessitam de interpretação, quer claras, quer obscuras, resulta que a aplicação do artigo 5º é necessária em todos os casos. É o artigo 5º, na verdade, uma norma metajurídica ou uma metanorma, superior mesmo a uma norma constitucional; é uma diretriz de cúpula, uma *lex legum*.

“Portanto, toda interpretação jurídica tem de passar pelo crivo do artigo 5º da Lei de Introdução ao Có-

digo Civil, inclusive em face da repulsa que hoje sofre o brocardo *in claris cessat interpretatio*.

“Em face do artigo 5º, a atividade do juiz tem um caráter criador; é onde se universaliza o pensamento do julgador, levando-o à sua função criadora. Direcionada a lei às exigências do mundo que a circunda, sem dela se afastar. E é neste passo que ali sempre diz mais que o legislador. É a *voluntas legis* controlada, na sua interpretação e aplicação, pela prudência do julgador. Surge, pois, assim, a interpretação e a devida adequação da lei ao caso *sub judice*, na busca do justo, uma vez que a adaptação da lei ao caso liga-se especialmente à idéia de justiça.

“O juiz, ao aplicar ou adotar a norma ao caso concreto, atenderá ao que pedem a idéia de justiça e a utilidade comum, que são justamente os elementos primaciais do bem comum. Assim, a adaptação da norma ao caso concreto deve atender às exigências do bem comum.”

Embora entenda ser, em princípio, inviável a tentativa em delitos permanentes, como no narcotráfico, em certas circunstâncias, sem negar vigência à Lei, mas humanizando-a, penso ser possível enquadrar, comportamentos como o da apelante na tentativa, haja vista que a introdução da droga no presídio não se consumou por circunstâncias alheias à vontade da agente.

Em caso, em tudo e por tudo idêntico, o colendo Tribunal de Justi-

ça do Estado de São Paulo assim se posicionou:

“Tóxico – Tráfico – Tentativa – Admissibilidade – Diminuta quantidade encontrada com visitante em presídio, durante revista pessoal – Pretendido auxílio a detento no uso da substância – Incidência, na modalidade tentada, do artigo 12, § 2º, inciso I, c/c o artigo 18, inciso IV, ambos da Lei Federal n. 6.368, de 1976 – Redução da pena – Recurso provido para esse fim.

“No dia referido na inicial, a apelante compareceu à Casa de Detenção, com o propósito de visitar o sobrinho Saulo, ali recolhido. Por ser este viciado no uso de ‘maconha’ pretendeu passar-lhe uma diminuta quantidade do tóxico (três gramas e um decigrama). Quis, debalde, auxiliá-lo no uso da substância.

“Ao entrar no presídio, acabou sendo submetida à rigorosa revista pessoal, sendo encontrada, então, no interior da vagina, o papelote contendo a erva.

“Esse fato ficou amplamente comprovado pela confissão feita no auto de prisão em flagrante e pelos insuspeitos depoimentos testemunhais colhidos nas duas fases.

“Mas é evidente que a conduta da ré, um fato isolado e infeliz de sua vida, não pode ser confundido com a atuação permanente do perigoso traficante que, por cupidez, persiste na corrupção do meio social com a disseminação das drogas.

“Na verdade, o delito por ela perpetrado pode e deve ser classificado no artigo 12, § 2º, inciso I, da Lei n. 6.368, de 1976, na modalidade tentada, com combinação com o artigo 18, inciso IV, da mesma Lei.

“Atende-se bem que esta Colenda Câmara, através de acórdãos relatados pelo culto Desembargador Ângelo Gallucci e lastreados em autorizados doutrinadores, tem admitido a modalidade tentada em casos análogos (cf. RT, vols. 645/287 e 703/276).

“Realmente, permanece na esfera da tentativa quando o agente, apesar do empenho em auxiliar terceiro a fazer uso do entorpecente, não consegue o desiderato almejado. Como asseverou o Des. Gallucci, ‘somente se pode dizer que há auxílio quando a substância proibida chegar às mãos do destinatário final. Se não chegar, os fatos não passam da esfera do delito tentado.

‘Foi isso, justamente isso, o ocorrido na espécie: a ré pretendeu passar às mãos do sobrinho preso uma pequena quantidade do tóxico. Não conseguiu, pelas razões já expostas. É lógico que, em face da pequena quantidade, a substância se destinava exclusivamente ao uso do sobrinho, afastada a possibilidade de revenda no interior do presídio’.

“Além do mais, a própria Lei Antitóxicos mostra que, em casos tais, a modalidade tentada é perfeitamente admissível. Haja vista que o inciso IV do artigo 18 dispõe que as penas serão aumentadas de um terço a dois

terços se os atos de preparação, execução ou consumação ocorrerem nas imediações ou no interior de estabelecimentos nele arrolados. O dispositivo é claro no sentido de que o acréscimo será feito ainda que o crime não atinja a *meta optata*” (Des. Silva Porto JTJ – Lex – 189/328).

Outros precedentes:

“Entorpecente – Auxílio ao uso da droga – Substância, porém, que não chega às mãos do destinatário – Condenação pelo art. 12, § 2º, I, da Lei n. 6.368/76 na modalidade tentada – Voto vencido.

“A análise estrita do art. 12, § 2º, I, da Lei n. 6.368/76 pune pelo delito quem auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica.

“Obviamente somente se pode dizer que há auxílio quando a substância proibida chegar às mãos do destinatário final. Se não chegar, os fatos não passam da esfera do delito tentado’ (Ap. 149.306-3/5 – 2ª C. – J. 22-11-93 – rel. Des. Deviene Ferraz)” (RT 703/276).

Ainda:

“Crime contra a saúde pública – Auxílio ao uso de entorpecente – Tentativa – Réu preso nas dependências de distrito policial quando portava pequena quantidade de maconha em marmitta que iria entregar à amásia, a quem iria visitar – Substância proibida que não chegou às mãos do destinatário final, não havendo portanto, ‘auxílio’ – Modalidade, ademais,

com prevalência sobre o simples transporte, que poderia, em tese, tipificar o tráfico previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76, que envolve norma geral derogável pelo especial contido em seu § 2º, I, que admite a modalidade tentada (art. 14, II, do CP) – Voto vencido.

“Preso o réu nas dependências de distrito policial quando portava pequena quantidade de maconha em marmitta que iria entregar à amásia, a quem iria visitar, conclui-se que tentou auxiliá-la a usar o tóxico, e esta modalidade tem prevalência sobre o simples transporte, que poderia, em tese, estar tipificado no art. 12, *caput* (tráfico), pois o neste contido envolve norma geral que se derroga pelo especial contido no § 2º, I, que admite a modalidade tentada. Obviamente, somente se pode dizer que há auxílio quando a substância proibida chegar às mãos do destinatário final. Se não chegar, os fatos não passam da esfera do delito tentado.

“Observe-se, mais, que condenar-se pelo delito mais grave (art. 12 – tráfico) pelo transporte de substância entorpecente quem, não sendo traficante, tenta auxiliar presidiária companheira a seu uso é tão incoerente quanto condenar pelo transporte (art. 12) simples usuário que é surpreendido carregando substância tóxica que pretende usar” (Ap. n. 77.650-3 – 2ª C. – J. 19-6-89 – rel. Des. Ângelo Gallucci, RT 645/287).

Do acórdão relatado pelo Des. Ângelo Gallucci:

“Controvertida é a possibilidade de aceitação da tentativa em relação à lei que pune posse de substância entorpecente. No entanto, não está ela descartada.

“Vicente Greco Filho, em sua clássica obra *Tóxicos – Prevenção e Repressão*, ed. 1982, p. 87, preleciona: ‘Como vimos, consuma-se o delito com a prática de uma das ações previstas no tipo. Alguns atos de execução, eventualmente caracterizadores da tentativa, são, por si mesmos, condutas igualmente puníveis, daí ser difícil a existência da forma tentada. O *conatus*, porém, em princípio, não está, nem lógica, nem juridicamente, excluído, dependendo da análise do caso concreto’.

“É igualmente o ensinamento de Alberto Silva Franco, que, à p. 1.349 da 2ª ed. de seu *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, sustenta que ‘auxiliar dá sentido de participação material. A hipótese não é excluída por Edvaldo Alves da Silva’.

“A análise estrita do art. 12, § 2º, I, da Lei n. 6.368/76 pune pelo delito quem auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determina dependência física ou psíquica.

“Obviamente, somente se pode dizer que há auxílio quando a substância proibida chegar às mãos do destinatário final. Se não chegar, os fatos não passam da esfera do delito tentado”.

Por tais fundamentos, desclassifico o tráfico para a forma tentada, reduzindo a reprimenda na fração

máxima, 2/3 (dois terços), haja vista o *iter criminis*, mantidas as demais cominações da r. sentença.

3 – A circunstância judicial da primariedade e a atenuante da confissão espontânea foram regularmente analisadas, consideradas e reconhecidas na r. sentença.

O MM. Juiz assim se pronunciou (fl. 66):

“Analisando individualmente as circunstâncias judiciais, tenho todas como favoráveis à acusada, excetuando o fato da gravidade da conduta por envolver estabelecimento prisional, mas que não merece relevância no caso vertente em vista de que o agravamento já está contido no tipo majorado, a ser apreciado subsequente, razão pela qual fixo a pena-base em três anos de reclusão e cinquenta dias-multa, esta no mínimo legal. Não operam agravantes. Presente a atenuante da confissão espontânea, mas sem operação prática em vista da fixação da base ter-se dado no mínimo legal”.

Logo, diante do excerto da sentença *supra*, tem-se que o MM. Juiz *a quo*, na primeira fase da dosimetria, não se olvidou de analisar os antecedentes, dentre eles a condição de primariedade da ré, pois considerou todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP favoráveis.

E, na segunda fase, reconheceu corretamente a atenuante da confissão espontânea, entretanto, deixando de aplicá-la em razão da impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal.

Havendo tentativa, justa a redução máxima, 2/3, haja vista que a droga foi logo encontrada pela policial encarregada da revista, pelo que reduzo a pena, concretizando-a em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses e 22 (vinte e dois) dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

4 – Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O severo tratamento dado pela Constituição Federal e pela Lei dos Crimes Hediondos ao tráfico de entorpecentes demonstra que a substituição em tais delitos, regra geral, apresenta-se incompatível com os fins das chamadas penas alternativas.

Já decidimos:

“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 excepcionabilíssimos, poderia incentivar a verdadeira onda de crimes dessa natureza, que a resposta penal visa a reprimir” (Ap. Crim. n. 99.010513-0, da Capital, que relatei).

Do corpo do acórdão:

“*Data venia* das respeitáveis opiniões em contrário, em regra, os benefícios da Lei n. 9.714/98 não devem ser estendidos à narcotraficância.

“Seguindo a moderna tendência de opção pelas alternativas à priva-

ção 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 a privativa 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 circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente’.

“Simples exegese literal ensinaria 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 à introdução das alternativas, convençem da necessidade de cautela quando se cogita do tráfico de drogas.

“Victor Eduardo Rios Gonçalves argumenta em interessante artigo in-

titulado ‘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 à 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” (*apud* Martins, Jorge Henrique Schaefer. *Penas Alternativas*, Curitiba: 1999, p. 18 e 19).

Também:

“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” (RA n. 1999.017904-4, da Capital, rel. Des. Genésio Nollí).

5 — Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso para desclassificar a imputação para o artigo 12,

§ 2º, I, c/c o art. 18, IV, ambos da Lei n. 6.368/76, c/c art. 14, II, do Código Penal, e reduzir a pena para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, e 22 (vinte e dois) dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Deram parcial provimento ao recurso para desclassificar a imputação para o artigo 12, § 2º, I, c/c o art. 18, IV, ambos da Lei de Tóxicos, c/c o artigo 14, II, do Código Penal, reduzin-

do a pena para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, e 22 (vinte e dois) dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Souza Varella. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 1º de março de 2005.

*Amaral e Silva,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2004.032627-4, DE DESCANSO

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal e processual — Tribunal do júri — Homicídio qualificado — Meio cruel — Decisão que encontra apoio na prova dos autos — Recurso da defesa desprovido.

Só se cogita de decisão manifestamente contrária à prova dos autos quando o júri opta por versão sem qualquer apoio no processo.

Atentado violento ao pudor — Absolvição — Decisão que afronta a prova dos autos — Recurso ministerial provido para determinar novo julgamento.

É de se submeter o réu a novo julgamento se a versão aceita pelo júri conflita com a prova constante dos autos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2004.032627-4, da comarca de Descanso, em que são apelantes e apelados Danilo Santos de Farias e a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso da defesa e dar provimento ao recurso ministerial para anular o julgamento a fim de que a outro seja o réu submetido, quanto ao crime de atentado violento ao pudor.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri da comarca de Descanso, Danilo Santos de Farias restou absolvido do delito do art. 214 c/c art. 226, III, do Código Penal e condenado à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por infração ao art. 121, § 2º, III, do mesmo diploma legal.

Inconformados, defesa e acusação apelam.

O acusado pretende, em síntese, novo julgamento quanto ao crime de homicídio qualificado, alegando que a decisão do Júri contrariou a prova dos autos. Sustenta que a morte da vítima deu-se pela pancada de um tronco de árvore que caiu sobre ela, posto que o laudo de exame cadavérico aponta a presença de somente uma lesão crânio-encefálica e não de vários golpes, como decidido pelo Júri. Afirma, também, que o laudo pericial atesta a presença de cabelo da vítima no galho que a atingiu, não havendo prova de nenhum outro instrumento que poderia ter sido utilizado no crime.

O representante ministerial, por sua vez, também em resumo, sustenta que a decisão do Conselho de Sentença, no que tange à absolvição pelo crime conexo de atentado violento ao pudor, afrontou o caderno probatório. Argumenta que os laudos periciais atestaram a ocorrência de ato libidi-

noso diverso da conjunção carnal praticado mediante violência pelo acusado contra a vítima.

Em contra-razões, o acusado pugna pela manutenção do veredicto quanto à absolvição do crime do art. 214 do Código Penal, alegando que o laudo pericial restou inconclusivo, posto que afirmou “provável” coito anal. Diz, também, que o Ministério Público, na sua manifestação, afirmou que o delito ocorreu de forma “consentida ou não”, gerando suficiente dúvida para absolver o réu. Acrescenta, por fim, que não houve constatação de espermatozoides ou de lubrificantes de preservativos, e que a escoriação presente no braço direito da vítima não pode ser considerada como mordida do acusado.

O Dr. Promotor, também em contra-razões, requer a manutenção do veredicto a respeito do homicídio qualificado, consignando que o ferimento que causou a morte da vítima não poderia ter sido causado pela queda do galho da árvore. Observa que, conforme atestado pelo perito, o galho pesava aproximadamente 400kg, tendo caído de uma altura de 23,6 metros, equivalendo, assim, a um impacto de quase meia tonelada, o que teria ocasionado, no mínimo, esmagamento e esfacelamento do crânio, lesões na coluna vertebral e outras lesões mais graves do que as verificadas.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento, apenas, do apelo ministerial.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — *Data venia* da esforçada defesa, não há anular a decisão do Conselho de Sentença que condenou o acusado pela prática de homicídio qualificado, já que não exsurgiu dissociada completamente da prova dos autos.

Conforme sustentado pelo culto Promotor de Justiça Dr. Paulo Antônio Locatelli, a tese defensiva de que teria caído um galho na cabeça da vítima, provocando as lesões que causaram sua morte, não pode prosperar. Isso porque a testemunha Pedro Nunes declarou que o galho de árvore já estava caído antes dos fatos narrados na denúncia (fls. 650 e 651), sendo que o levantamento meteorológico de fls. 576 a 593 informou que, na semana anterior aos fatos, ocorreram grandes vendavais na região e que, no dia dos fatos, o tempo era bom, sem chuvas ou ventos fortes, corroborando o depoimento de Firmino Vicari (fl. 357).

Ademais, restou certificado à fl. 139 que o tronco da árvore que teria atingido a vítima pesava aproximadamente 400kg e caiu de uma altura de 23,6 metros, a uma velocidade de 77km/h, o que teria, no mínimo, ocasionado lesões mais graves do que as constatadas na vítima, como danos na coluna vertebral, esmagamento e esfacelamento da cabeça.

É cediço que, se no processo existirem elementos de prova em mais de um sentido, podem os jurados optar por uma das versões, sem que o julgamento possa ser considerado manifestamente contrário à prova dos autos.

Como visto, inexistindo prova contrária à versão acolhida pelo Tribunal do Júri, não há anular o julgamento.

Julio Fabbrini Mirabete, comentando o art. 593, III, *d*, do CPP, esclarece:

“A final, o art. 593, III, *d*, prevê a apelação para a decisão do Tribunal do Júri quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. Trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito da causa, em que o *error in judicando* é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, pois se dissocia integralmente da prova dos autos, determinando-se novo julgamento. Não se viola, assim, a regra constitucional da soberania dos veredictos. Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão” (Código de Processo Penal Interpretado, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 1.252).

Desta Corte:

“O fato de o Conselho de Sentença adotar uma das teses contidas nos autos não é motivo hábil a ensejar a realização de novo julgamento sob o argumento de decisão contrária à prova dos autos” (Ap. Crim. n. 2004.004725-8, de São José do Cedro, rel. Des. Solon d’Eça Neves).

“Recurso defensivo objetivando a nulidade do julgamento por ser parte da decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Tese acolhida pelos jurados que encontra amparo no contexto probatório. Decisão mantida.

“Não é manifestamente contrária à prova, a ponto de anular o julgamento, a decisão do Júri que acolhe, dentro de sua soberania constitucional, uma das versões constantes dos autos” (Ap. Crim. n. 2004.007391-7, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Maurílio Moreira Leite).

2 — No entanto, a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos quando absolveu o réu do crime de atentado violento ao pudor.

Conforme narrado pelo representante ministerial, a materialidade do delito encontra apoio no auto de exame de atentado violento ao pudor (fl. 25) e no ofício de fl. 82, que constatou vestígios de ato libidinoso, podendo ser “provável coito anal”.

Não há acolher a tese de que o laudo é inconclusivo, posto que pron-

tamente afirmou “o ato libidinoso no presente exame foi verificado” (fl. 82).

Ainda, o laudo de exame cadavérico de fls. 23 e 24 atesta a ocorrência de “manchas sangüíneas com escoriações nas faces internas das coxas”, “escoriações no terço médio posterior da coxa direita”, “encontro de restos de folhas e terra nas nádegas”, além de vários outros hematomas nas mãos, braços, região lombar e pernas.

Tudo indica, em princípio, que houve o atentado violento ao pudor, sendo que a vítima teria resistido, diante da presença de vários hematomas no réu e na vítima, demonstrados às fls. 84 a 94, motivo pelo qual não há acolher a tese de que o ato libidinoso teria sido consentido.

Observe que a ausência de esperma ou lubrificantes não afastam o delito, posto que não é necessária a ejaculação ou a utilização de preservativos com aquela substância.

3 — Pelo exposto, nego provimento ao recurso da defesa e dou provimento ao recurso ministerial para anular o julgamento a fim de que a outro seja o réu submetido, quanto ao crime conexo de atentado violento ao pudor.

III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Negaram provimento ao recurso da defesa e deram provimento ao recurso ministerial para anular o jul-

gamento a fim de que a outro seja o réu submetido, quanto ao crime de atentado violento ao pudor.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procura-

doria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 8 de março de 2005.

*Amaral e Silva,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2005.010899-2, DE CRICIÚMA

Relator: Juiz Carstens Köhler

Latrocínio – Tentativa – Materialidade e autoria demonstradas – Perseguição dos assaltantes pelas vítimas que culmina na prisão em flagrante de co-réu – Delação de comparsa na fase extrajudicial – Ratificação em juízo – Possibilidade de utilização como meio de prova quando a chamada não é feita por motivo de vingança ou objetivando a exclusão de responsabilidade – Apoio na prova oral – Alibi sustentado pelo acusado que não restou comprovado – Ônus da prova que lhe pertencia – Art. 156 do CPP – Absolvição inviável.

Apelo da acusação – Agente condenado por roubo com emprego de arma e concurso de agentes em combinação com o § 1º do art. 157 do CP – Pretendida imputação do art. 157, § 3º, segunda parte, c/c o art. 14, II, ambos do caderno de crimes – Disparo de arma de fogo no afã de cessar a reação da vítima e possibilitar a consumação da subtração – Argumento defensivo de que inexistia a vontade livre e consciente de matar – Irrelevância – Assunção do inculpado ao dolo eventual – Adequação típica que se impõe.

“Para que fique caracterizada a tentativa de latrocínio, não é necessário que a vítima venha a óbito ou sofra lesões corporais de natureza grave. Basta que o agente tenha tido a intenção de matá-la, ou assuma o risco de fazê-lo, com o intuito de garantir o sucesso do roubo”.

Recurso ministerial provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2005.010899-2, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que são apelantes e apelados o Ministério Público, por seu Promotor, e Marivaldo Fernandes de Castro:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao Recurso Ministerial, restando prejudicada a insurgência da defesa.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O representante do Ministério Público oficiante na 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma ofereceu denúncia contra Marcelo Sotero Vieira e Marivaldo Fernandes de Castro, dando-os como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, segunda parte, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, pelos seguintes fatos descritos na proemial acusatória:

“Consta do presente inquérito policial que, no dia 7 de abril de 2004, por volta das 11h50min, os denunciados Marcelo Sotero Vieira e Marivaldo Fernandes de Castro, previamente combinados, *animus furandi*, dirigiram-se até o ‘Mercado Ideal’, localizado no Bairro Brasília, neste Município de Criciúma/SC, com a finalidade de praticarem um assalto.

“Lá chegando, permanecendo os meliantes com seus capacetes de motocicletas, visando evitar fossem

reconhecidos, estando o denunciado Marcelo na posse ostensiva de uma arma de fogo (um revólver – não apreendido), anunciaram que se tratava de um assalto e ordenaram que todos ficassem quietos, momento em que renderam as pessoas que lá se encontravam, alcançando subtraírem para si, mediante emprego de grave ameaça, o dinheiro existente nos caixas, numa quantia aproximada de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), bem como um aparelho celular de propriedade de Jair Rodrigues Gomes (dono do mercado).

“Após perpetrarem a subtração, os denunciados embarcaram numa motocicleta, tendo Marcelo tomado seu volante e, por causa disso, passado a arma de fogo que utilizou no assalto para seu comparsa Marivaldo, o qual tomou assento na moto como caroneiro.

“Ato contínuo, o proprietário do mercado, Jair Rodrigues Gomes, embarcou em seu automóvel Fiat/Marea, e seu irmão Ailton Rodrigues Gomes, que também lá se encontrava, entrou em seu automóvel Fiat/Uno, e partiram imediatamente ao encalço dos meliantes.

“Em dado momento, durante a perseguição, o denunciado Marivaldo sacou da arma de fogo e efetuou dois disparos contra o veículo Fiat/Uno, conduzido por Ailton Rodrigues Gomes, logrando acertar um dos tiros no referido automóvel, o qual transfixou seu pára-brisa, em frente ao volante, bem como seu painel, alojando-se na parte interna da ignição do carro, conforme consta do ‘Laudo Pericial’ de fls. 41 a 45-APF.

“Assim, na tentativa de garantir a posse da *res furtiva* que levava consigo, bem como visando assegurar a impunidade do crime, o denunciado Marivaldo disparou dois tiros de sua arma, conseguindo atingir o pára-brisa do veículo, bem em frente ao volante, onde se encontrava a vítima Ailton, o qual somente não foi alvejado e morto por circunstâncias alheias às vontades dos meliantes, em que pesem terem sido utilizados todos os meios necessários para tanto.

“Após os disparos, o veículo Fiat/Uno acabou por colidir com a traseira da moto, fazendo com que esta tombasse (*vide* ‘Laudo Pericial’ de fls. 36 a 39-APF), oportunidade em que Ailton e Jair, o qual chegou logo em seguida, alcançaram deter o denunciado Marcelo até a vinda da polícia.

“O denunciado Marivaldo, por sua vez, conseguiu fugir, levando consigo o dinheiro subtraído, correndo para dentro de um matagal, não sendo mais localizado.

“No local da queda da motocicleta, a vítima *Jair* conseguiu encontrar seu aparelho celular (*vide* Auto de fl. 15-APF).

“Posteriormente, foi encontrado no matagal, por onde o meliante Marivaldo fugiu, a quantia de R\$ 4,00 (quatro reais) em espécie (quatro cédulas de R\$ 1,00), consoante ‘Auto’ de fl. 14-APF” (fls. 2 a 4).

A autoridade policial representou visando à decretação da prisão preventiva de Marivaldo (fls. 52 e 53), o que foi ratificado pela Promotoria de

Justiça (fl. 54 verso) e deferido pelo Magistrado (fls. 55 a 57).

Por estar esse acusado em lugar incerto e não sabido, com segregação provisória decretada, o Togado de origem cindiu o processo em relação a Marivaldo (fl. 59).

Cumprida a ordem de prisão (fl. 61 e verso), e regularmente processado o feito, o Magistrado julgou parcialmente procedente a denúncia (fls. 101 a 106), condenando Marivaldo Fernandes de Castro à pena de 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, bem como ao pagamento de multa na dosagem e valor mínimos, pela prática do crime previsto no art. 157, §§ 1º e 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Irresignado, apelou o representante do Ministério Público (fls. 108 a 116), asseverando, em síntese, que: a) tanto a materialidade como a autoria da imputação descrita na denúncia restaram provadas; b) os réus estavam unidos com o mesmo propósito criminoso, e ao perceberem a possibilidade de serem apanhados, perdendo assim a posse do produto da subtração, um deles realizou disparos contra o veículo pilotado por uma das vítimas, somente não causando a morte dela por motivo alheio à sua vontade, configurando de maneira indubitável a tentativa de latrocínio; e c) ambos os acusados assumiram o resultado morte, porquanto, na co-autoria, quem se associa a comparsa armado, para a prática de assalto, adere ao risco inerente dessa conduta.

Ao final, pugnou pela condenação de Marivaldo Fernandes de Castro como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, segunda parte, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, igualmente recorreu o increpado (fls. 120 a 124), ponderando, em resumo, que: a) sua participação na empreitada delituosa é flagrantemente duvidosa, devendo desse modo ser absolvido em homenagem ao *non liquet*; b) não prospera a imputação de latrocínio tentado, pois consta que um dos assaltantes apenas realizou os disparos em típica e legítima atitude de quem pretendia se defender, evitando a iminente colisão do veículo de uma das vítimas com a motocicleta, considerando que os réus estavam sendo perseguidos; e c) da mesma maneira não vinga a acusação descrita, pois evidenciado que os criminosos não possuíam a intenção de matar para roubar ou, mesmo após a subtração, ceifar a vida das vítimas.

Concluiu com o pleito de absolvição.

Com as contra-razões (fls. 127 a 129 e 130 a 142), os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição e foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que, em parecer lavrado pelo doutor Vilmar José Loef, opinou pelo provimento do recurso ministerial e desprovimento da insurgência defensiva (fls. 150 a 156).

II — Voto

Com razão o *Parquet*.

A materialidade do delito restou demonstrada por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 7 a 10), da ficha de ocorrência (fl. 12), do auto de retirada de veículo da circulação (fl. 13), dos termos de apreensão (fls. 18 a 20) e de entrega (fl. 21) e também pelos laudos periciais de fls. 41 a 44 e 45 a 50.

A autoria, embora negada pelo acusado, exsurge solidamente dos autos, ao contrário do que deseja crer a defesa.

Do apurado na etapa investigativa, colhe-se que no dia 7 de abril de 2004, dois homens ingressaram no Mercado Ideal, localizado no bairro Brasília, no município de Criciúma, de propriedade da vítima Jair Rodrigues Gomes, o qual se encontrava no caixa do estabelecimento, sendo rendido por ambos – além de outras pessoas que estavam no local – estando um deles, Marcelo Sotero Vieira, armado de revólver. No ato foram subtraídos R\$ 400,00 (quatrocentos reais) em espécie, uma nota de U\$ 10,00 (dez dólares) que se encontrava na carteira do ofendido, além do seu aparelho de telefonia celular.

Os assaltantes na ocasião estavam de capacetes, porém, logo após saírem do local, a vítima Jair e o também ofendido e seu irmão, Ailton Rodrigues Gomes, prontamente identificaram que os criminosos fugiram em uma motocicleta CG, modelo antigo, de cor vermelha, razão pela qual empreenderam perseguição aos meliantes, cada um em seu próprio veículo.

Logrando êxito na caçada, Ailton Rodrigues Gomes localizou a moto, a qual, segundo a segura prova oral produzida, era conduzida por Marcelo Sotero Vieira, que, logo após sair do estabelecimento comercial, tomou a direção do veículo, repassando a arma para o caroneiro. Este, ao perceber que estavam sendo seguidos, desfechou dois tiros contra o veículo de Ailton, um deles alvejando o pára-brisa do Fiat/Uno de placa ACB 2339, na linha de direção do motorista.

Em seguida os veículos colidiram, o que ocasionou a queda dos ocupantes da motocicleta, tendo o caroneiro fugido do local. Mesma sorte não teve o piloto da moto, que foi imobilizado por Ailton Rodrigues Gomes e por seu irmão Jair, sendo entregue imediatamente empós à Polícia. Nessa oportunidade, esse assaltante foi identificado como sendo Marcelo Sotero Vieira, que, além de confessar o roubo, delatou que o seu comparsa tratava-se de Marivaldo Fernandes de Castro, o que foi ouvido pelas vítimas e pelos agentes da segurança pública presentes no local.

Na oportunidade foi encontrado caído no chão o telefone celular de Jair Rodrigues Gomes, e, no matagal próximo utilizado pelo fugitivo, R\$ 4,00 (quatro reais) em espécie, em notas de R\$ 1,00 (um real).

Essa a substanciosa prova colhida na etapa extrajudicial – Auto de Prisão em Flagrante com os depoimentos do condutor Cristiano Tachinski Guedin (fl. 7), testemunha Sd PM Jucelino Pizoni (fl. 8) e confissão

de Marcelo Sotero Vieira (fls. 9 e 10); depoimentos de Jair Rodrigues Gomes (fls. 22 e 23), de Ailton Rodrigues Gomes (fls. 24 e 25) e de Sebastião Saturno Santiago, vulgo “Tião” (fls. 26 e 27).

Os disparos contra o veículo de Ailton foram devidamente comprovados pelo Laudo Pericial de fls. 45 a 50, notadamente pelas fotografias que fazem parte de referido documento (fls. 48 e 49), que bem demonstram que um dos projéteis perfurou o pára-brisa em sua parte inferior extrema, mas na exata posição do condutor, atravessando o painel de instrumentos e adentrando, por sorte, na caixa de direção.

Interrogado nos Autos n. 020.04.005998-7, Marcelo Sotero Vieira ratificou a confissão realizada na etapa policial, assim como a participação indubitável de Marivaldo Fernandes de Castro (fls. 86 e 87).

O ora recorrido, ao prestar seus esclarecimentos sobre a imputação que lhe foi formulada (fls. 70 e 71), alegou que apenas emprestou sua motocicleta no dia dos fatos para Marcelo, e que se encontrava em sua residência. Informou ainda que ninguém presenciou o mencionado empréstimo.

O increpado, além de não comprovar o álibi aventado, consoante determina o art. 156 do CPP, não trouxe nenhuma explicação para a delação realizada por Marcelo Vieira e por quais motivos ele teria razão para assim agir, restando claro que qualquer narrativa com esse propósito seria em

vão, mormente quando analisadas as provas até então delineadas e quando o próprio réu alega expressamente “que não é inimigo de Marcelo”, tampouco havendo um mínimo indício de que este último seja desafeto de Marivaldo.

Destarte, a delação levada a efeito – também denominada chamada de co-réu – tem plena validade, porquanto Marcelo não a realizou com o objetivo de vindita ou buscando eximir-se da responsabilidade pela conduta perpetrada.

A respeito da possibilidade de utilização dessa modalidade de prova, colhe-se deste Areópago:

“A chamada de co-réu que igualmente confessa a co-autoria do crime, quando não motivada por ódio ou vingança e amparada pelos demais elementos do processo, é meio idôneo de prova, capaz de embasar o decreto condenatório” (Apelação Criminal n. 2004.008544-3, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 4-5-04).

Além disso, inquirido durante a instrução, Jair Rodrigues Gomes ratificou o seu relato anterior, salientando: “[...] Que o acusado preso falou para a polícia o nome da pessoa que com ele estava no assalto, tendo o depoente ouvido o nome, falando o nome do segundo denunciado, tendo sabido que a polícia esteve na casa deste. Que o primeira (*sic*) acusado falou o nome do segundo espontaneamente, sem que houvessem agressões” (fl. 83).

Da mesma maneira, Ailton Rodrigues Gomes (fl. 84) e o policial Cris-

tiano Tachinski Guedin (fl. 85) ratificaram suas declarações preliminares.

Como se vê, os elementos de convicção têm força suficiente a demonstrar também a autoria do assalto por parte de Marivaldo Fernandes de Castro, não havendo outro caminho a perseguir senão o de sua condenação.

A propósito, colhe-se da jurisprudência:

“Se a participação dos acusados na perpetração do crime de roubo emergiu não só do estado de flagrância em que foram presos, mas também das palavras seguras e harmônicas das vítimas que os reconheceram sem titubear, estabelecido se mostra o liame necessário à confirmação da autoria e da materialidade, sendo dispensável, nesse caso, a apreensão da arma utilizada ou do dinheiro subtraído” (Apelação Criminal n. 2004.024375-8, rela. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 26-10-04).

Outrossim, merece reforma a sentença objurgada tão-somente quanto à adequação típica dos fatos ocorridos, porquanto, ao contrário do entendimento adotado pelo Julgador *a quo*, o caso comporta, de acordo com o posicionamento majoritário deste Sodalício, verdadeira tentativa de latrocínio e não roubo duplamente circunstanciado, em combinação com o § 1º do art. 157 do Código Penal.

Como facilmente se denota, restou evidente que no decorrer da empreitada delitiva houve uma inesperada reação das vítimas – mesmo empós os assaltantes terem empreen-

dido fuga, e já estando fora do mercado – e, ainda que não se pretendesse ceifar a vida do ofendido a quem dirigiram os disparos, foram tomadas atitudes a fim de cessar tal reação e possibilitar a consumação do delito, pouco importando o que viesse a ocorrer com ele.

Dessa forma, caracterizado está no mínimo o dolo eventual com relação ao resultado morte da vítima, que não ocorreu por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, visto que, mesmo não desejando deliberadamente tal desfecho, tranquilamente assumiram o risco de obtê-lo, caso fosse necessário para a concretização da subtração patrimonial.

Nesse sentido, da jurisprudência pátria, retira-se o seguinte precedente:

“Para que fique caracterizada a tentativa de latrocínio, não é necessário que a vítima venha a óbito ou sofra lesões corporais de natureza grave. Basta que o agente tenha tido a intenção de matá-la, ou assuma o risco de fazê-lo, com o intuito de garantir o sucesso do roubo” (TJDF, Apelação Criminal n. 2000.03.1.005126-8, rel. Des. Natanael Caetano, j. 27-2-02, DJU 8-5-02, p. 61).

Por oportuno, desta Corte Estadual:

“Crimes contra o patrimônio – Tentativa de latrocínio – Materialidade e autoria configuradas – Desclassificação para tentativa de estelionato – Vítimas que são atraídas para o local do crime mediante artil, mas são

abordadas à mão armada pelo acusado e seu comparsa, que, inclusive, ferem uma das vítimas – Uso de violência ou grave ameaça configurado – Participação em crime de menor gravidade (art. 29, § 2º, do CP) – Inaplicabilidade ao autor material do delito de maior gravidade – Desclassificação inviável.

“Crimes contra o patrimônio – Tentativa de latrocínio – *Pretendida desclassificação para tentativa de roubo simples – Vítima atingida por tiro de arma de fogo que resta ferida levemente – Fato indiferente à caracterização do animus necandi – Agente que atira na vítima a fim de fazer cessar a reação que o impedia de concretizar a subtração patrimonial – Dolo eventual configurado – Recurso desprovido*” (Apelação Criminal n. 2003.000623-0, rel. Des. Torres Marques, j. 18-3-03) (grifou-se).

Se tanto não bastasse, a mesma conclusão se obteve na Apelação Criminal n. 2004.031937-2, pelos mesmos fatos, interposta pelo representante do Ministério Público e sendo recorrido Marcelo Sotero Vieira, na sessão de julgamento do dia 17 de maio de 2005, em que foi relator o eminente Desembargador Amaral e Silva, aresto assim ementado:

“Penal – Latrocínio – Tentativa configurada – Recurso provido – Precedentes jurisprudenciais.

“Há tentativa de latrocínio quando, em seguida ao apossamento, para garantir a posse da *res*, o agente dispara tiros contra a vítima, não se con-

sumando o evento morte por circunstâncias alheias à vontade do ladrão”.

Derradeiramente, chega a ser risível a argumentação de que os disparos realizados se deram em legítima defesa, dada a iminente colisão do veículo da vítima com a motocicleta ocupada pelos réus.

A assertiva é rechaçada pela própria palavra do ofendido Ailton Rodrigues Gomes, deixando logicamente claro que a agressão não partiu dele:

“o declarante saiu em perseguição novamente, chegando a uma distância de aproximadamente três (3) metros na traseira da motocicleta, ocasião em que o caroneiro, que estava com a arma na mão, ficou de pé no estribo da mesma e efetuou dois disparos em direção ao declarante, os quais vieram atingir o veículo nas proximidades da caixa de direção e por pouco não o atingiram; que foi então que ocasionado (*sic*), talvez pelo instinto de defesa, e talvez também pelo fato da moto ter (*sic*) reduzido a velocidade quando seu ocupante tentou atingir o declarante com os disparos, seu veículo veio a colidir na traseira da motocicleta, ocasionando a queda de seus ocupantes [...]” (fls. 24 e 25).

Portanto, a condenação de Marivaldo Fernandes de Castro por tentativa de latrocínio é medida imperativa, restando prejudicado o inconformismo da defesa.

Presentes os pressupostos da culpabilidade, pois o apelado reunia condições psíquicas para poder

estruturar sua consciência e vontade de acordo com o direito (imputabilidade); estava em condições de poder compreender a ilicitude da sua conduta (possibilidade de conhecimento da ilicitude); assim como era possível exigir-se, nas circunstâncias, conduta diferente da perpetrada (exigibilidade de conduta diversa), passasse a aplicar a pena.

Analisando as circunstâncias judiciais, denota-se que a *culpabilidade*, aqui revelada como o grau de reprovação da conduta praticada, apesar de intenso, não refoge aos aspectos normais do próprio tipo penal, o mesmo ocorrendo com as *circunstâncias* da infração cometida; não possui antecedentes, embora sua *conduta social* não possa ser considerada boa, por haver dois registros policiais por crimes contra o patrimônio (fls. 39 e 40); não há elementos nos autos suficientes para aferição de sua *personalidade*, além do cometimento do próprio crime, o que evidentemente não possibilita a majoração da reprimenda; o *motivo* do delito foi o lucro fácil, próprio, portanto, do ilícito; as *consequências* foram expressivas, levando em conta que Jair Rodrigues Gomes não recuperou a quantia de R\$ 400,00 e U\$ 10,00 e que foram significativos os danos ocorridos no veículo Fiat/Uno do ofendido Ailton Rodrigues Gomes (fls. 45 a 49) – quebra do farol e grade dianteiros, perfuração e trincamento do pára-brisa e painel de instrumentos, prejuízos esses que logicamente resultaram do nexo de causalidade oriundo da conduta incriminada dos réus e que não podem ser declinados

à vítima em razão da sua atitude de reação e perseguição. Já o *comportamento* dos ofendidos em nada contribuiu para a consumação do crime.

Ponderados os vetores do art. 59 do caderno repressivo, fixa-se a pena-base em 21 (vinte e um) anos de reclusão, mais o pagamento de 36 (trinta e seis) dias-multa, considerando a proporcionalidade mantida com a reprimenda privativa de liberdade, em posicionamento já explicitado na Apelação Criminal n. 2004.001169-5.

Inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes.

Já na terceira etapa, em razão da tentativa, a pena é minorada em 1/3 (um terço), uma vez que o *iter criminis* foi percorrido quase que em sua inteireza, porquanto só não adveio a morte da vítima Ailton em razão de a bala, após ultrapassar o vidro do veículo, ter permanecido alojada na caixa de direção, já que, pela posição da marca no pára-brisa e no painel de instrumentos do automóvel, o disparo acertaria de forma certa seu peito.

Destarte, a reprimenda é fixada em 14 (quatorze) anos de reclusão, e 24 (vinte e quatro) dias-multa, cada qual no valor mínimo legal.

Porém, considerando que na Apelação Criminal n. 2004.031937-2, relativa ao co-réu Marcelo Sotero Vieira, foi imposta a diminuição da pena em decorrência da tentativa, pela metade, imperativa a adoção desse mesmo patamar, em que pese tratar-se de recurso do Ministério Público, pois salta aos olhos a impossibilidade

de tratamentos desiguais quando as circunstâncias do crime tentado foram idênticas para ambos os réus.

Assim, ainda que o excerto do art. 580 do Cãnone Processual Penal não se encaixe perfeitamente ao caso dos autos, considerando que a dosagem da reprimenda pela tentativa de latrocínio sobreveio em apelo da acusação, o fato é que a doutrina aceita a *reformatio in melius* no inconformismo ministerial, até mesmo quando se almeja o próprio incremento da pena que foi dosada na decisão recorrida.

Traz-se lição da doutrina:

“[...] E, sem embargo da restrição feita por Frederico Marques (cf. *Elementos*, cit., vol. 4, n. 1.103), vamos mais longe. Entendemos que, interposta apelação, apenas pelo Ministério Público, não pode o Tribunal ficar adstrito à regra do *tantum devolutum quantum appellatum*.

“Se o Ministério Público apela para agravar a pena, nada obsta possa o órgão *ad quem* agravá-la, mantê-la, diminuí-la ou, então, absolver o réu. Se este foi condenado pelo órgão de 1º grau por uma infração e absolvido quanto a outra, num *simultaneus processus*, havendo apenas recurso do Ministério Público objetivando convolar a absolvição em condenação, nada impede possa o Tribunal, entendendo que a condenação foi iníqua, proferir decisão absolutória, malgrado a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*. *Idem* no caso de co-réus. Se um foi condenado e o ou-

tro absolvido, havendo recurso parcial do Ministério Público, pode o Tribunal negar provimento ao apelo e, ao mesmo tempo, estender a eficácia da decisão ao co-réu, tudo nos termos do art. 580 do CPP” (Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal, vol. 4, 24ª ed., 2002, Saraiva, p. 421).

Ademais, é visível a possibilidade da redução da pena posteriormente, em sede de revisão criminal, caso demonstre o requerente que sua situação por fatos idênticos imputados na denúncia e atinentes aos aspectos que revestiram a tentativa do delito era a mesma que a do co-réu.

Adita ainda o professor Tourinho Filho:

“Entendem os doutrinadores pátrios – e, ao que parece, sem discrepância – poder o Tribunal, ante apelo exclusivo do Ministério Público, visando à exasperação da pena, agravá-la, abrandá-la, mantê-la ou, até mesmo, absolver o réu, em face até do papel que o Ministério Público representa nas instituições políticas.

“Não se deve deslembrar que o Tribunal pode, *ex officio*, conceder *habeas corpus* [...]”

“Ademais, se o princípio consubstanciado na parêmia *tantum devolutum quantum appellatum* impedisse a *reformatio in melius*, obviamente, havendo exclusivo recurso da defesa, o mesmo princípio funcionaria como um freio a angustiar a possibilidade de a instância superior decidir contrariamente aos interesses do réu. Assim sendo, a expressa proibição da

reformatio in pejus no corpo do art. 617 do CPP seria uma excrescência [...] Como na lei não há palavras inúteis, a expressa referência àquela proibição ultrajaria o princípio proibitivo de inserção de palavras inúteis no texto legal [...].

“Desse modo, se Tício foi condenado a 1 ano por determinada infração, e condenado a 3 meses quanto a outra, num *simultaneus processus*, havendo apenas apelo do Ministério Público para agravar a pena quanto à segunda, nada impede possa o Tribunal: a) manter a sentença; b) agravar ou abrandar a pena quanto à segunda infração; c) manter a pena quanto à segunda infração e abrandar a da primeira; d) manter a condenação, quanto à segunda, e absolver quanto à primeira; e) absolver de ambas.

“[...] Por outro lado, se bem atentarmos para o nosso CPP, veremos que diversos dispositivos, como observou o saudoso Prof. Romeu Pires de Campos Barros, consagram a prevalência dos interesses do acusado, a começar pelas normas impondo a defesa como injunção legal (arts. 261 a 266), a absolvição por insuficiência de prova (art. 386, VI), a vedação da *reformatio in pejus* (art. 617), a existência de recursos privativos da defesa (arts. 609, parágrafo único, e 607) e, finalmente, a regra contida no art. 615, § 1º, todos do CPP (cf. O princípio do *favor rei*, Jurispenal, 18/9).

“Aqui, sim, trata-se de um verdadeiro *favor rei*.

“E repetimos: se o Tribunal pode conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, por que razão estaria impossibilitado de, ante uma apelação exclusiva da acusação, abrandar mais ainda a situação do réu?

“Estamos atravessando uma fase em que tem sido uma constante a crítica severa quanto ao enlerdamento dos processos, tendo os próprios magistrados, em diversos pronunciamentos, reconhecido o emperramento da Justiça, atribuindo-o, contudo, à avalanche de processos e ao obsoletismo do Direito formal. Embora seja isso uma verdade, indaga-se: que mal haveria em o Tribunal, ante o exclusivo apelo da acusação, pleiteando um agravamento da situação do réu, abrandá-la ou, até mesmo, proferir decisão absolutória? Que mal haveria em conceder no juízo de apelo, se pode fazê-lo no juízo revisional? Não estaria havendo uma contribuição para a agilização da Justiça?

“[...] Já registramos a lição do saudoso mestre Romeu Pires de Campos Barros e, com a devida vênia, permitimo-nos acrescentar: o que se dessome do nosso sistema processual penal, inclusive dos textos constitucionais, é a consagração, em termos que não admitem controvérsia, do princípio do *favor rei*. Além daquelas normas já indicadas, vejamos, ainda, as contidas no art. 580 do CPP e, por derradeiro, analise-se a Súmula 160, em que se proscreve, em recurso da acusação, o conhecimento de nulidade, contra o réu, a menos que alegada.

“Por essas razões, pouco importa provenha, ou não, o recurso de apelo do Ministério Público ou do particular. É sempre lícito ao juízo *ad quem* agravar a situação do réu ou mitigá-la, suavizá-la. O que não se permite, o que é defeso, repita-se, é a *reformatio in pejus*, e não a *reformatio in melius*” (*op. cit.*, p. 422 a 424).

E, mesmo entendendo alguns que é vedada a extensão dos efeitos dos recursos a acusado que responde pelo mesmo delito, mas em outro processo – como no caso dos autos, pois houve cisão em relação aos dois Réus, exsurgindo duas ações penais distintas, com registro próprio – pois estaria imune à autoridade da coisa julgada, não podendo ser prejudicado ou beneficiado por esta (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, Recursos no processo penal, 3ª ed., RT, 2001, p. 56 e 57), a razão parece estar com a corrente oposta: “No caso de concurso de agentes, em que a acusação que se colocou na denúncia foi absolutamente a mesma para ambos os réus, a absolvição em recurso interposto por somente *um deles, fundada na atipicidade do fato, aproveitará ao outro, ainda que desmembrado o processo*, posto se tratar de motivo de caráter geral e não pessoal” (RT 692/258)” (*in* Fernando Capez, Curso de processo penal, 12ª ed., Saraiva, 2005, p. 427) (grifou-se).

Outrossim, por todo o expenso, para que não se tenha julgamento discrepante para o ora recorrido, diante da situação idêntica do co-

acusado, reduz-se a pena pela tentativa na fração de um meio (1/2), permanecendo definitivamente em 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, no valor unitário já referido.

Tratando-se de crime hediondo, de acordo com o inciso II do art. 1º da Lei n. 8.072/90, a pena será resgatada integralmente em regime fechado (art. 2º, § 1º, do mesmo Diploma Legal).

III — Decisão

Diante do exposto, por unanimidade, dá-se provimento ao recurso do Ministério Público para condenar Marivaldo Fernandes de Castro a 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão,

a ser cumprida integralmente em regime fechado, mais o pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao art. 157, § 3º, segunda parte, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, restando prejudicada a irresignação da defesa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella, e lavrou parecer, pela doutra Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 31 de maio de 2005.

Gaspar Rubik,
Presidente, com voto;
Carstens Köhler,
Relator.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2005.003575-4, DE TIMBÓ

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Crime de trânsito. Verificação da prescrição da pretensão punitiva, modalidade retroativa, tendo em conta a pena aplicada,

com trânsito em julgado para a acusação. Necessidade, contudo, de análise do mérito recursal, visando à absolvição, tendo em conta o disposto no art. 160 do Código de Trânsito Brasileiro, que impõe ao condutor o ônus de se submeter a novos exames para que possa voltar a dirigir, ainda que reconhecida a extinção da punibilidade.

Art. 306 da Lei n. 9.503/97. Ausência de prova de que o réu, ao conduzir sua motocicleta alcoolizado, de forma irregular, tenha, potencialmente, colocado em risco a incolumidade de outrem. Necessidade de demonstração desse aspecto. Ocorrência de infração administrativa, tão-somente. Apelo defensivo provido para absolver o acusado.

Para a configuração do crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito, necessário se faz provar, além da embriaguez do condutor do veículo, que, nessa condição, tenha ele causado risco potencial à incolumidade de outrem, não se podendo, para a condenação, presumir o perigo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2005.003575-4, da comarca de Timbó, em que é apelante Ivair Zanin, e apelada a Justiça, por sua Promotora:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para absolver o réu, com fundamento no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Custas legais.

Na comarca de Timbó, 1ª Vara Cível e Criminal, Ivair Zanin foi denunciado pela prática do delito definido no art. 306 da Lei n. 9.503/97, nos seguintes termos: “Consta do incluso proce-

dimento investigatório que, no dia 2 de dezembro de 2001, por volta das 20 horas, o denunciado foi abordado por patrulheiros da Polícia Militar no final da Rua Aristiliano Ramos, nesta cidade, conduzindo a motocicleta CG 125, placa LZS 3270, de sua propriedade, sob a influência de álcool, fazendo manobras perigosas na via pública, o que resultou na apreensão de sua carteira de motorista e de seu veículo, conforme dão conta os documentos de fls. 6 a 9.

“Quando da abordagem pela Polícia Militar, o denunciado exalava forte odor etílico e apresentava dificuldade no equilíbrio, tendo sido conduzido até a Delegacia de Polícia desta cidade e, posteriormente, até a divisa deste município com o de Rodeio,

onde os policiais militares Esmael e Grossklags compareceram com um aparelho de bafômetro, para que o denunciado fizesse o teste, o que não foi possível ante a negativa deste” (fls. 2 a 3).

No momento procedimental pertinente, resultou condenado, nos termos da exordial acusatória, ao cumprimento de oito meses de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de dezoito dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente à data do fato. Além disso, foi-lhe imposta a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, pelo prazo de seis meses. A pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços à comunidade.

Inconformado, recorreu, objetivando ver-se absolvido da imputação pela dúvida. Alternativamente, requer “seja substituída a pena de suspensão da habilitação por multa ou prestação de serviços à comunidade, tendo em vista que a mesma é essencial e indispensável para o trabalho do apelante” (fl. 133).

Em contra-razões, requereu a representante do Ministério Público a manutenção do que foi decidido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Raul Schaefer Filho, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do apelo.

É o relatório.

De início, cumpre observar que, tendo em vista a quantidade da pena imposta ao réu, com trânsito em jul-

gado para a acusação, ocorreu, na espécie, a prescrição da pretensão punitiva, modalidade retroativa, uma vez que entre as datas do recebimento da denúncia e da publicação da sentença transcorreram mais de dois anos. No dizer de Julio Fabbrini Mirabete, “julgada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, inclusive intercorrente ou retroativa, não se pode mais discutir, em qualquer instância, sobre o mérito do processo. Isto porque tem ela amplos efeitos, eliminando toda a carta jurídica da sentença e extinguindo qualquer consequência desfavorável ao acusado, de modo que o condenado adquira o *status* de inocente, para todos os efeitos legais. Prepondera, aliás, o interesse social, de ordem pública, sobre a pretensão de inocência expressa procurada pelo acusado” (Manual de Direito Penal, Editora Atlas, 1996, 1º vol., p. 415). No mesmo sentido é a jurisprudência: “Sobrevindo a prescrição pela pena em concreto, decreta-se a extinção da punibilidade, prejudicada a apreciação do mérito” (Revisita do Superior Tribunal de Justiça, vol. 25, p. 293).

Em princípio, seria aplicável aos crimes de trânsito o disposto na doutrina e jurisprudência acerca da prescrição da pretensão punitiva, modalidade retroativa. Mas assim não o é em face do disposto no art. 160 do Código de Trânsito, *in verbis*: “O condutor condenado por delito de trânsito deverá ser submetido a novos exames para que possa voltar a dirigir, de acordo com as normas estabelecidas pelo Contran, *independente do reconheci-*

mento da prescrição, em face da pena concretizada na sentença” (grifamos).

Até então, o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, modalidade retroativa, permitia tão-somente providências de natureza civil (CPP, art. 67, II), cuja sentença penal não tinha valor executório judicial (CPC, art. 584, II), haja vista não ter sido analisado o mérito defensivo recursal, salvo se o reconhecimento da prescrição tivesse ocorrido após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Nos crimes de trânsito, a situação deve ser encarada sob outro ângulo, tendo em conta o disposto no art. 160, já citado, que impõe, como consequência direta da condenação, o ônus de o réu se submeter “a novos exames para que possa voltar a dirigir”, embora reconhecida a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Assim, resultando ao réu ônus de natureza pessoal, advindo diretamente da sentença condenatória a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, modalidade retroativa, somente poderá ser reconhecida após exame do mérito recursal e se mantida a condenação, pois a absolvição o livrará da imposição emergente do alinhado no dispositivo mencionado.

E é essa a hipótese dos autos.

No que diz respeito à prova relativa à embriaguez do réu, esta Câmara vem reiteradamente decidindo ser desnecessária a realização do teste do “bafômetro”. No caso de recusa do réu em realizá-lo, bastam, para a

configuração de sua embriaguez, outros elementos de prova coligidos, como, no caso, a palavra dos policiais que procederam à abordagem: Jonas de Souza (fls. 14 e 92), Marlon Roberto Grether (fls. 15 e 91), Esmael Alves (fls. 41 e 86) e Edson Grossklags (fls. 42 e 87). Todos confirmaram, em uníssono, que o réu apresentava sinais visíveis de embriaguez, com dificuldade de expressão e equilíbrio, e exalava forte odor de álcool.

Segundo a doutrina de Arnaldo Rizzardo, “o art. 306 tem como caracterizado o delito desde que verificada a mera influência de álcool ou substância de efeitos análogos. Daí se estampar a figura sempre que verificada a influência, não se reclamando a total embriaguez. Calcula-se a quantidade de sangue também através de aparelho de ar alveolar, isto é, bafômetro. No entanto, para a previsão do tipo ora em exame, suficiente a constatação do estado alcoólico, perceptível até por exame clínico” (Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, p. 767).

O atestado anexado à fl. 18, no sentido de que o réu, “ao interrogatório, não apresenta sinais de embriaguez profunda, com coordenação motora preservada”, não tem o condão de desconstituir a prova anteriormente descrita, mesmo porque referido exame teria sido realizado mais de três horas após o fato. Além disso, não se trata o documento de prova pericial, pois realizado a pedido da defesa, devendo ser ponderado em relação às demais provas produzidas.

Na hipótese, portanto, restou plenamente demonstrado que o réu estava, naquele momento, sob o efeito de álcool.

No entanto, à caracterização do crime, ao contrário da infração administrativa, não basta, tão-somente, a comprovação da embriaguez. É indispensável que a conduta, dirigir embriagado, tenha exposto a dano potencial a incolumidade de outrem. Nesse sentido a lição de Luiz Flávio Gomes: “Não é necessário que a conduta praticada coloque em perigo a vida ou a integridade física de uma vítima determinada (tal como acontece, por exemplo, com o art. 132 do Código Penal). Basta a comprovação de que um conjunto de bens ou de pessoas (ainda que não identificadas) concretamente sofreram o risco de lesão” (Boletim IBCCrim 61/14). Esse também é o entendimento de Ariosvaldo de Campos Pires: “Note-se que, se o agente dirigir sob influência do álcool ou substância que determine dependência física ou psíquica, da qual não resulte perigo concreto, configurar-se-á infração administrativa (gravíssima), prevista no art. 165 do Código de Trânsito. É necessário, portanto, que o álcool ou a substância de efeito análogo proporcione atuação perigosa, como transitar em ziguezague, avançar sinal luminoso, imprimir velocidade excessiva ao veículo etc.” (Crimes de Trânsito na Lei n. 9.503/97, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1998, p. 215).

Na espécie, em momento algum restou comprovado em que con-

sistiu o “dano potencial à incolumidade de outrem”, exigido pelo art. 306 do Código de Trânsito. Sequer foi mencionada, pelos policiais que o abordaram, a presença de outros veículos ou de pessoas no local. Além disso, na própria sentença, enfatizou a autoridade judicial: “Acentuadas discussões sobre o assunto têm viabilizado o surgimento de correntes interpretativas antagônicas. Há quem sustente que o delito somente se configura com a indissociável presença do perigo potencial, real, sob pena de atipicidade [...]. E, de outro lado, os que defendem – sendo esta a corrente predominante – que o dispositivo refere-se a crime formal, de perigo abstrato, posto que o risco à incolumidade física de outrem (coletividade) é presumido [...]. Estou com a maioria. É que também entendo que o simples fato de um motorista guiar embriagado já expõe a risco iminente a coletividade, porquanto é cientificamente comprovado que tais substâncias comprometem a visão, audição, reflexos etc.” (fl. 118).

Cumprido lembrar que, recentemente, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Penal. Recurso especial. Embriaguez ao volante. Crime de perigo concreto. Potencialidade lesiva. Não demonstração. Súmula 7/STJ. I – O delito de embriaguez ao volante previsto no art. 306 da Lei n. 9.503/97, por ser de perigo concreto, necessita, para a sua configuração, da demonstração da potencialidade lesiva. *In casu*, em momento algum restou claro em que consistiu o perigo, razão pela qual se impõe a absolvição do

réu recorrente (precedente)” (REsp n. 608078/RS-2003/0181007-0, rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, DJU 16-8-04, p. 278).

Dessa maneira, o presente recurso é conhecido e provido para absolver o réu, com fundamento no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Torres Marques, e lavrou o parecer, pela doutra Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 5 de abril de 2005.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2004.028933-0, DE PALHOÇA

Relator: Des. Torres Marques

Apelação criminal – Crime contra a saúde pública.

Arguição de incompetência absoluta – Delito de lavagem de dinheiro decorrente de tráfico de drogas – Competência que é estabelecida diante do caso concreto e em função do crime antecedente – Competência da Justiça Estadual definida.

Arguição de incompetência relativa (territorial) – Falta de manifestação em tempo oportuno – Preclusão e conseqüente prorrogação da competência.

Alegação de bis in idem quanto ao delito de lavagem de dinheiro – Inexistência.

Nulidade da sentença diante da inobservância do procedimento da Lei n. 10.409/02 – Delitos conexos – Aplicação do rito comum previsto para crimes punidos com reclusão – Procedimento mais amplo – Ausência de prejuízo.

Alegação de cerceamento de defesa – Ausência de contraditório aos laudos apresentados na fase policial – Acesso aos autos sem qualquer manifestação – Preclusão.

Arguição de nulidade da sentença por cerceamento de defesa – Alegada inépcia da denúncia ante a não referência ao crime de quadrilha e lavagem de dinheiro – Condutas devidamente descritas na peça acusatória.

Alegação de cerceamento de defesa diante da ausência de intimação sobre os laudos periciais desarrazoada.

Preliminares rejeitadas.

Falsidade ideológica – Réu que, utilizando-se de documento de seu irmão falecido, insere declaração falsa em documento público para se eximir de condenação anterior – Confissão espontânea corroborada pelo exame pericial e pelos demais elementos de convicção – Materialidade e autoria comprovadas – Condenação mantida.

Tráfico ilícito de entorpecentes – Réu que adquiriu 22 quilos de cocaína para venda – Co-réu que conduziu veículo até o Estado de Mato Grosso e entregou-o como pagamento da compra de drogas, contribuindo para a difusão do tráfico – Confissão extrajudicial retratada em juízo, mas corroborada pelos depoimentos dos policiais que atenderam ao caso e pela apreensão de expressiva quantidade de droga – Validade – Vínculo existente entre os agentes suficientemente demonstrado – Autoria e materialidade comprovadas – Condenação mantida.

Associação para o tráfico – Hipótese não configurada – Ausência dos requisitos de estabilidade e permanência – Concurso de agentes demonstrado – Aplicação da qualificadora da associação eventual acertada.

Lavagem de dinheiro – Dissimulação da origem de bem proveniente, direta ou indiretamente, de crime de tráfico ilícito de entorpecentes – Aquisição de caminhão sem fonte de renda que justifique a origem do dinheiro e registro do bem em nome de terceiro (co-autor) – Circunstâncias insuficientes para se concluir que os valores utilizados para adquirir o veículo são provenientes do tráfico – Ausência de provas acerca do ilícito – Absolvição que se impõe.

Pretendida decretação do perdimento do caminhão utilizado para transportar o entorpecente – Impossibilidade – Bem alienado fiduciariamente – Vedação constitucional de a imposição de pena ir além da pessoa do condenado.

Dosimetria da pena – Pedido da acusação de aumento da pena-base – Réu Rosinaldo: grande quantidade de tóxico apre-

dida já considerada para a estipulação daquela acima do mínimo legal — Réu Willian: não incidência da majoração na pena-base por se tratar de delito autônomo.

Recurso do réu Rosinaldo provido em parte para absolvê-lo do delito de lavagem de dinheiro.

Recursos do réu Willian e do Ministério Público desprovidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2004.028933-0, da comarca de Palhoça (1ª Vara), em que são apelantes e apelados a Justiça, por seu Promotor, Willian Silva de Godói e Rosinaldo de Souza Araujo:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, afastar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso ministerial, dar parcial provimento ao recurso defensivo do réu Rosinaldo e negar provimento ao recurso de Willian. O Exmo. Sr. Des. Carstens Köhler votou como revisor com a anuência da defesa.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Perante o Juízo da comarca de Palhoça (1ª Vara), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Marcelo Pereira, Rosinaldo de Souza Araújo e Willian Silva de Godói, dando-os como incurso, o primeiro nas sanções dos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/76; o segundo como incurso

nas sanções dos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/76, art. 10, § 3º, IV, da Lei n. 9.437/97, arts. 299 e 304 do Código Penal, art. 1º, I e VII, da Lei n. 9.613/98, e o terceiro nas sanções do art. 12 c/c art. 12, § 2º, II e art. 14 da Lei n. 6.368/76 e art. 1º, I e VII c/c § 1º, II, da Lei n. 9.613/98, porque segundo narra a exordial acusatória:

“Do tráfico de entorpecentes

“Há um certo tempo, o denunciado Rosinaldo vinha sendo investigado pela Polícia Federal por envolvimento com a compra, transporte e venda de substância entorpecente, sendo conhecido nos meios policiais pela alcunha de ‘Chicão’.

“Durante a investigação foi colhido que o denunciado Rosinaldo era proprietário de fato do caminhão Mercedes-Benz 1418, placa MDC 8220, que estava registrado inicialmente em nome de seu irmão e depois foi registrado em nome do denunciado William, caminhão este que era conduzido pelo denunciado Marcelo, que era conhecedor da carga que transportava.

“Coletou-se, ainda, que no mês de maio, o denunciado Rosinaldo es-

taria por receber uma carga de cocaína, motivo pelo qual, na data de 8 de maio de 2003, o denunciado Marcelo teria saído de Tubarão/SC em direção a cidade de Campo Grande/MS, no intuito de buscar a droga.

“Assim, no dia 19 de maio de 2003, por volta das 20h30min o denunciado Marcelo conduzia o caminhão supracitado pela BR 101 quando, no trevo deste município de Palhoça, foi abordado por Agentes da Polícia Federal que o aguardavam. Os Agentes efetuaram uma busca no interior do veículo e lograram êxito em apreender, embaixo do banco do motorista, 22 tijolos de cocaína, com peso aproximado de 22 quilos (consoante laudo pericial de fl. 98 do APF).

“Percebe-se, então, que o denunciado Marcelo transportava a cocaína, substância causadora de dependência física ou psíquica, sem possuir autorização legal, vez que proibida pela Portaria n. 344 da Secretaria de Vigilância Sanitária, entorpecente que tinha sido adquirido e era de propriedade do denunciado Rosinaldo.

“Cumpre registrar que o denunciado Rosinaldo pagou o material tóxico através de R\$ 25.000,00 em dinheiro e com a entrega de um veículo Fiat Uno. O dinheiro foi obtido através de um financiamento celebrado pelo denunciado William (ficha cadastral de fl. 95, onde se deu o caminhão como garantia), cujo montante foi depositado diretamente na conta corrente de Elionai Cominesi, companheira do denunciado Rosinaldo, que era quem fazia uso desta conta

corrente. Por sua vez, o veículo Fiat Uno foi conduzido até a cidade de Campo Grande/MS e entregue para a compra pelo denunciado William.

“Deve ser destacado, ainda, que no dia 20 de maio de 2003, bem cedo, os Policiais foram até a residência de Rosinaldo onde o prenderam e apreenderam uma bucha de 14,87 gramas de cocaína, também destinada ao consumo de terceiros.

“Denota-se, assim, que de forma consciente o denunciado William contribuiu para difundir o tráfico ilícito de substância entorpecente.

“Deste modo, os três denunciados, com comunhão de vontades, incidiram nas sanções do artigo 12 da Lei n. 6.368/76, sendo que William também se enquadra nas sanções do artigo 12, § 2º, III, da mesma Lei.

“Da associação estável

“Os denunciados Rosinaldo, Marcelo e William associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente, os crimes previstos no artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

“Pela investigação coletou-se que o tráfico de drogas descrito acima não teria sido fato isolado na vida dos denunciados, os quais teriam se associado de forma estável para a prática do comércio ilícito de entorpecentes, conquanto o denunciado Rosinaldo era o chefe da *societas sceleris* e quem negociava a droga, o denunciado Marcelo era o motorista que buscava o entorpecente e o denunciado William auxiliava na aquisição do ma-

terial tóxico e também na ocultação dos valores obtidos pela prática ilícita.

“Deste modo, os três denunciados incidiram nas sanções do artigo 14 da Lei n. 6.368/76.

“Do porte ilegal de arma

“No dia 20 de maio de 2003, bem cedo, os Policiais se dirigiram até a residência do denunciado Rosinaldo, na cidade de Capivari de Baixo, onde o prenderam em flagrante pela apreensão do tóxico e deram cumprimento ao mandado de busca e apreensão expedido pelo Juízo Criminal de Tubarão (fl. 83 do APF), sendo que, durante a revista, os policiais encontraram uma pistola Imbel, oxidada, n. 15.852, calibre 380.

“Percebe-se, então, que o denunciado Rosinaldo possuía, tinha em depósito e mantinha sob sua guarda arma de fogo de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, vez que não detinha registro ou porte.

“Cumpre registrar que o denunciado possui condenação anterior por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

“Deste modo, o denunciado Rosinaldo infringiu o disposto no artigo 10, § 3º, IV, da Lei n. 9.437/97.

“Da falsidade ideológica

“No dia 20 de maio de 2003, bem cedo, os Policiais se dirigiram até a residência do denunciado Rosinaldo, na cidade de Capivari de Baixo, onde

o prenderam em flagrante pela apreensão do tóxico e deram cumprimento ao mandado de busca e apreensão expedido pelo Juízo Criminal de Tubarão (fl. 83 do APF), sendo que, durante a revista, os Policiais apreenderam uma Carteira de Identidade, um Cadastro de Pessoa Física (CPF), a Carteira Nacional de Habilitação e uma Certidão de Nascimento em nome de José Rozeni de Araújo, irmão falecido do denunciado Rosinaldo.

“Verifica-se, então, que no mês de outubro de 2000, o denunciado compareceu à Delegacia Regional de Polícia de Laguna identificando-se, falsamente, sendo José Rozeni de Araújo, entregando as fotografias e a certidão de nascimento, com o nome de José Rozeni de Araújo (documento de fl. 28 do APF), quando obteve a Carteira de Identidade n. 4.856.337-4 em nome deste.

“Em 10 de outubro de 2000, com a apresentação da Carteira de Identidade falsificada ideologicamente o denunciado inscreveu-se no Cadastro de Pessoas Físicas — CPF com o n. 009147559-78 em nome de José Rozeni de Araújo e, em 23 de fevereiro de 2001, também com uso da Carteira de Identidade falsificada ideologicamente o denunciado obteve a Carteira Nacional de Habilitação, no Estado do Paraná.

“Visualiza-se que o denunciado Rosinaldo usou, como própria, certidão de nascimento alheia e fez inserir declaração falsa ou diversa da que deveria quando obteve a Carteira de Identidade, que também usou para o

fim de se inscrever no Cadastro de Pessoas Físicas e para obter a Carteira Nacional de Habilitação (documento de fl. 27 do APF), tudo com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante e, notadamente para esconder o seu passado e fugir da ação da Justiça, pois contra ele existiam dois mandados de prisão.

“Assim agindo o denunciado Rosinaldo infringiu o disposto nos artigos 299 e 304 do Código Penal.

“Da lavagem de dinheiro

“O denunciado Rosinaldo ocultou, e junto com o denunciado William dissimularam a propriedade de bem proveniente indiretamente de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes cometido por organização criminosa.

“Efetivamente, o Caminhão Mercedes-Benz 1418, placa MDC 8220, foi adquirido pelo acusado Rosinaldo de seu irmão Joaquim Rosildo de Araújo, com pagamento à vista, em dinheiro, no valor de R\$ 52.000,00, fruto do lucro obtido com o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes perpetrado pela organização criminosa comandada por Rosinaldo.

“Para ocultar e dissimular a propriedade do veículo obtido pelos meios ilícitos, em 29 de abril de 2003 os denunciados Rosinaldo e William fizeram que o registro do caminhão constasse como sendo de propriedade deste último, sem que o mesmo tivesse condições monetárias para tanto.

“Deste modo, os denunciados infringiram o disposto no artigo 1º, I e

VII, e § 1º, II (denunciado William), da Lei n. 9.613/98” (fls. 2 a 5).

Concluída a instrução criminal, a MMA. Magistrada *a quo* julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando (fls. 755 a 757):

a) *Rosinaldo de Souza Araújo*, como incurso nas sanções do art. 12, *caput*, c/c o art. 18, III, primeira parte, ambos da Lei n. 6.368/76, à pena de 6 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e 100 dias-multa; como incurso nas sanções do art. 299, *caput*, do Código Penal à pena de 1 ano de reclusão, em regime semi-aberto, e 10 dias-multa, e como incurso nas sanções do art. 1º, I, da Lei n. 9.613/98, à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime semi-aberto, e 10 dias-multa, todos na forma do art. 69 do Código Penal;

b) *Marcelo Pereira*, como incurso nas sanções do art. 12, *caput*, c/c o art. 18, III, ambos da Lei n. 6.368/76, à pena de 6 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e 100 dias-multa;

c) *Willian Silva de Godói*, como incurso nas sanções do art. 12, § 2º, III, c/c art. 18, III, ambos da Lei n. 6.368/76, à pena de 3 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e 66 dias-multa.

Decretou, ainda, a perda dos valores apreendidos nos autos em favor da União (Funad), com fundamento no art. 34, §§ 4º e 13, da Lei n. 6.368/76.

Às fls. 771 a 773 a douta Magistrada sentenciante, verificando, de

ofício, a existência de erro material no dispositivo da sentença no que diz respeito à pena de Marcelo e Willian, corrigiu-o tornando definitiva as penas a estes impostas em 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 100 dias-multa para Marcelo e 4 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e 66 dias-multa para Willian.

Irresignado, o representante do Ministério Público recorreu, postulando: a) a condenação dos réus pelo crime de associação para o tráfico, previsto no art. 14, *caput*, da Lei n. 6.368/76, afastando a causa de aumento do art. 18, III, da referida Lei; b) a condenação do réu Willian como incurso no art. 1º, § 1º, II, da Lei n. 9.613/98; c) o perdimento do caminhão Mercedes-Benz em favor da União; d) a correção do erro material verificado na sentença em relação à pena do réu Willian, por ter sido condenado a 4 anos e, na parte dispositiva, ter constatado como pena definitiva 3 anos; e) a majoração da pena-base do crime de tráfico, considerando a grande quantidade de entorpecente apreendido.

A defesa dos acusados Rosinaldo Araújo e Willian de Godói também interpôs recurso, requerendo a apresentação de razões neste grau de jurisdição, oportunidade em que alegou, preliminarmente:

a) a nulidade do processo em razão da inobservância do rito da Lei n. 10.409/02;

b) a incompetência da comarca de Palhoça para processar o feito, por-

quanto a Justiça Federal, Vara Especializada da Capital, seria a competente para processar crime de lavagem de dinheiro, do que se concluiria que a quebra do sigilo bancário e telefônico da Sra. Elionai Cominesi teria sido determinada por juiz incompetente;

c) haver *bis in idem* quanto ao crime de lavagem de dinheiro, haja vista que os mesmos fatos aqui investigados deram causa a outro feito que tramitou na Justiça Federal, Vara Especializada da Capital;

d) a inépcia da denúncia, por não ter descrito pormenorizadamente os atos praticados pelos acusados que configurariam os delitos de quadrilha e de lavagem de dinheiro;

e) cerceamento de defesa, por falta de contraditório em relação aos laudos periciais apresentados na fase policial.

No mérito requereram: a) a absolvição de Rosinaldo em relação à falsidade ideológica, em razão da ausência de exame pericial e da falsificação ter sido grosseira; b) a absolvição dos réus pelo tráfico ilícito de entorpecentes, em relação a Willian, por não ter cometido nenhuma das condutas descritas no art. 12 da Lei de Tóxicos, e quanto a Rosinaldo, por não ser o proprietário da droga; c) a absolvição dos acusados em relação à lavagem de dinheiro por falta de provas, ou, alternativamente, o reconhecimento da participação de menor importância de Willian em relação a este.

Apresentadas contra-razões pelo representante do *Parquet* de ori-

gem, os réus William Silva de Godói e Rosinaldo de Souza Araújo deixaram transcorrer *in albis* o prazo para tanto (fl. 847).

Ascenderam os autos a esta Instância, onde foi oferecido parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, opinando pelo conhecimento de todos os recursos e provimento parcial tão-somente do apelo ministerial, a fim de que: a) sejam os réus condenados pelo crime do art. 14 da Lei n. 6.368/76; b) seja o réu William condenado pelo crime do art. 1º, I e VII, c/c o § 1º, II, da Lei n. 9.613/98 e Rosinaldo como incurso no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98; c) sejam majoradas as penas-bases aplicadas aos réus em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes; e d) seja declarada a perda do caminhão Mercedes-Benz em favor da União.

A Segunda Câmara Criminal, em sessão realizada no dia 8-3-2005, por unanimidade, afastou as preliminares e, no mérito, negou provimento ao recurso ministerial e deu parcial provimento ao recurso defensivo (fl. 924).

Sobreveio aos autos petição subscrita pelo Dr. Júlio César Vargas, procurador dos apelantes Rosinaldo e Willian, informando ter sido por estes constituído para a defesa de seus direitos no segundo grau, solicitando vista do processo (fl. 926); bem como certidão subscrita pela Chefe de Divisão Processual deste Tribunal, atestando que a referida petição, por equívoco daquela divisão, foi encaminhada ao gabinete deste Relator apenas em 14-

3-2005, ou seja, após o julgamento do processo (fl. 929).

Tendo em vista esses fatos, a Segunda Câmara Criminal, em sessão realizada no dia 15-3-2005 decidiu, por unanimidade, anular o julgamento realizado em 8-3-2005 em relação aos réus Rosinaldo e Willian, diante da falta de intimação do defensor por eles constituído para a defesa de seus interesses no segundo grau, Dr. Júlio César Vargas, determinando a republicação do processo para julgamento.

Cumprе ressaltar que o julgamento do apelo interposto pelo acusado Marcelo, bem como daquele interposto pelo Ministério Público em relação a ele permanecem hígidos, tendo sido negado provimento aos recursos de ambos.

II — Voto

Trata-se de apelação criminal em ação penal pública incondicionada proposta pelo representante do Ministério Público contra Marcelo Pereira, Willian Silva de Godói e Rosinaldo de Souza Araújo, sendo que nesta oportunidade será examinado o recurso interposto por Rosinaldo e Willian, bem como o interposto pela acusação em relação a eles.

1. Preliminares

Em preliminar, os condenados alegaram a nulidade da sentença devido à incompetência da comarca de Palhoça para processar o feito — porquanto a Justiça Federal, Vara Espe-

cializada da Capital, seria a competente para processar crime de lavagem de dinheiro —, do que se concluiria que a quebra do sigilo bancário e telefônico da Sra. Elionai Cominesi foi determinada por juiz incompetente; haver *bis in idem* quanto ao crime de lavagem de dinheiro, haja vista que os mesmos fatos aqui investigados deram causa a outro feito que tramitou na Justiça Federal, Vara Especializada da Capital; a nulidade do processo em razão da inobservância do rito da Lei n. 10.409/02; a inépcia da denúncia, por não ter descrito pormenorizadamente os atos praticados pelos acusados que configurariam os delitos de quadrilha e de lavagem de dinheiro; o cerceamento de defesa por falta de contraditório em relação aos laudos periciais apresentados na fase policial.

1.1. Incompetência do Juízo da comarca de Palhoça

A arguição de incompetência foi apresentada sob dois aspectos: incompetência material por ser a Justiça Federal a competente para o exame dos delitos de lavagem de capitais e a incompetência territorial.

Quanto à primeira, a defesa argumenta que o foro competente para o processo e julgamento do crime de lavagem de dinheiro é da Justiça Federal, sendo que o dos demais deve seguir, em razão da conexão, o mesmo caminho.

A Lei n. 9.613/98, em seu art. 2º, inciso III, letras *a* e *b*, em consonância com a Constituição Federal de

1988, só prevê a competência da Justiça Federal para os crimes “praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas” ou “quando o crime antecedente for de competência da Justiça Federal”.

Não havendo, no caso concreto, nenhuma lesão ao sistema financeiro, conclui-se que a competência para o crime de lavagem de dinheiro, nesta hipótese, é definida em função do crime antecedente.

Sendo o crime anterior tráfico de entorpecentes, como no caso, cuja competência pertence à Justiça Estadual, caberá a esta o julgamento do processo relacionado ao crime acessório (lavagem de divisas), conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“O delito de lavagem de dinheiro não é, por si só, afeto à Justiça Federal, se não sobressai a existência de crime antecedente de competência da justiça federal e se não se vislumbra, em princípio, qualquer lesão ao sistema financeiro nacional, à ordem econômica-financeira, a bens, serviços ou interesses da União, de suas Autarquias ou Empresas Públicas” (HC n. 23952/ES – rel. Ministro Gilson Dipp).

A Resolução n. 20/2003, publicada no Diário de Justiça (Seção 2, em 29 de maio de 2003), que trata da especialização das varas federais criminais para processar e julgar os cri-

mes contra o sistema financeiro nacional, lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, tem aplicação restrita ao âmbito administrativo interno da Justiça Federal, não interferindo na definição da competência processual nem modificando a presente competência, como quer fazer crer a defesa.

No que tange à competência *ratione loci*, como é por demais sabido, é relativa, de modo que, não argüida na primeira oportunidade em que a parte tiver para falar nos autos, prorroga-se.

Na hipótese, a manifestação do réu contra a suposta incompetência aconteceu após a apresentação da defesa prévia, quando a questão já estava preclusa, acarretando a prorrogação da competência.

Nesse sentido, retira-se da jurisprudência:

“Se o réu não opuser exceção declinatória do foro, dá-se a prorrogação de competência, segundo a lição de José Frederico Marques (Elementos, vol. 1/259). Para tanto, o momento processual propício é o da defesa prévia sob pena de preclusão” (RJTJSP 41/336).

Nestes termos, improcede a preliminar argüida pela defesa.

1.2. Bis in idem quanto ao crime de lavagem de dinheiro

A respeito, cumpre registrar que o processo investigativo instaurado na Justiça Federal sobre os fatos ora examinados foi remetido para a Justiça Estadual, conforme descreve o do-

cumento de fl. 894, pondo por terra, também, o argumento de duplicidade dos processos sobre o mesmo fato, pelo que a prefacial fica rejeitada.

1.3. Inobservância do procedimento previsto na Lei n. 10.409/02

Argumenta a defesa que o processo é nulo por não ter respeitado o rito previsto na Lei n. 10.409/02, o que importaria em evidente cerceamento da defesa aos acusados.

Retira-se dos autos que os réus foram denunciados pelo cometimento dos delitos de tráfico de drogas, associação estável para o tráfico, porte ilegal de arma, falsidade ideológica e lavagem de dinheiro, ilícitos estes conexos, motivo pelo qual foram processados e julgados no mesmo processo, sendo aplicado a este o procedimento comum previsto para os crimes punidos com reclusão.

O rito comum possibilita o exercício da defesa, do contraditório e a produção de prova de forma mais ampla, não fazendo sentido a alegação do recorrente de que estaria caracterizada nulidade diante da inobservância do procedimento da Lei n. 10.409/02, que é mais abreviado.

Ausente, por óbvio, qualquer prejuízo aos acusados, não há falar em nulidade.

1.4. Inépcia da denúncia

Quanto à inépcia da inicial acusatória, por nela não constar pormenorizadamente os delitos de quadrilha e lavagem de dinheiro, cabe esclarecer que nenhum dos acusados

foi denunciado pelo delito de quadrilha, mas por associação estável para o tráfico, do que se conclui que é em relação a este e ao de lavagem de dinheiro que os recorrentes alegam a inépcia da peça acusatória.

A respeito, cumpre registrar que a denúncia descreve de forma clara os fatos imputados e a conduta delitiva praticada pelos acusados, preenchendo os requisitos do art. 41 do CPP e permitindo o exercício da defesa em sua plenitude.

Sobre a matéria:

“Não é inepta a denúncia que descreve fatos que, em tese, apresentam a feição de crime e oferece condições plenas para o exercício de defesa.

“Se a denúncia, apesar de sucinta, preenche todos os requisitos do art. 41 do CPP, assegurando ao denunciado o amplo direito à defesa, não pode ser reputada nula. Ademais, o réu não se defende da capitulação dada na denúncia, mas dos fatos nela descritos, tanto é assim, que o Juiz sentenciante pode considerar na capitulação do delito dispositivos penais diversos dos enunciados, ainda que tenha que aplicar pena mais grave” (STJ – HC n. 3.442-2/SC – rel. Min. Vicente Leal – j. 13-6-95 – DJU 14-8-95, RT 725/517).

Relativamente ao delito autônomo de associação para o tráfico, é cediço, ainda, que ocorre *emendatio libelli* (art. 383 do CPP) — e não *mutatio libelli* (384 do CPP) — quando o réu é denunciado por infração ao art.

14 da Lei Antitóxicos, e ao final é reconhecida apenas a causa de aumento da co-autoria ou associação eventual, descrita no inciso III do art. 18 da referida Lei.

Estando, como no caso, a conduta expressamente descrita na denúncia, que se refere à circunstância elementar do crime ter sido cometido com associação de agentes, estável ou eventual, importante ressaltar que o réu se defende dos fatos que lhe são imputados e não da classificação dada na exordial acusatória.

Julio Fabbrini Mirabete explica:

“O Código não adotou de modo absoluto o princípio da *mutatio libelli*, permitindo que a sentença possa considerar na capitulação do delito dispositivos penais diversos dos propostos especificamente pela denúncia. Dispõe o art. 383: ‘O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave’. Na verdade não há na hipótese verdadeira alteração do libelo (*mutatio libelli*), mas, simplesmente uma corrigenda da peça acusatória (*emendatio libelli*).

“[...] Estando descritos os fatos e circunstâncias, podem ser reconhecidas, embora não articuladas na denúncia ou queixa, qualificadoras e causas de aumento de pena, evidentemente com aplicação de pena mais grave. Mais do que isso, pode o juiz na sentença condenar por outro crime descrito, sem que tenha sido capitulado na inicial, ou seja, sem que hou-

vesse específica imputação” (Processo Penal, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 453).

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“*Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Concurso de agentes. *Emendatio libelli*. Paciente denunciado pelos arts. 12 e 14 da Lei de Tóxicos (n. 6.368/76) e condenado pelos seus arts. 12 e 18. Flagrante preparado. Nulidades.

“Ocorre *emendatio libelli* (CPP, art. 383) e não *mutatio libelli* (CPP, art. 384) quando o réu é denunciado pelo crime de formação de quadrilha e condenado apenas com a agravante do concurso eventual de delinqüentes. O art. 14 da Lei de Tóxicos prevê o crime autônomo de quadrilha ou bando, cujo tipo exige associação estável e permanente (*societas delinquendi*) e corresponde ao art. 288 do CP; o art. 18, III, da mesma Lei prevê a agravante no caso de concurso eventual de pessoas (*societas criminis*) e corresponde ao art. 62 do CP. Ambas as hipóteses contêm explicitamente a circunstância elementar do crime praticado com associação de delinqüentes, estável ou eventual. Descrevendo a denúncia pluralidade de agentes, improcede a alegação de surpresa para a defesa, porque o réu deve se defender dos fatos narrados da denúncia e não da capitulação legal que a denúncia deu ao delito. [...] 3. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido” (STF – HC n. 72.674/SP – rel. Min. Maurício Corrêa – j. 26-3-96 – DJU 3-5-96).

Inexistindo o vício, fica impossibilitado o acolhimento da preliminar argüida.

1.5. *Cerceamento de defesa por ausência de intimação sobre os laudos periciais*

A defesa dos acusados Rosinaldo e Willian argüiu, em preliminar, que não teve acesso ao laudo pericial da substância entorpecente elaborado pela autoridade policial, caracterizando cerceamento de defesa.

Ora, o laudo pericial definitivo foi remetido a juízo juntamente com o ato de prisão em flagrante.

O momento próprio para o réu se manifestar sobre a prova pericial é o que a lei lhe reserva para apresentar defesa prévia, viabilizando-se, excepcionalmente, prazo para tanto, a critério do juiz, na fase do art. 499 do CPP.

Foi oportunizado à defesa o acesso aos autos e, portanto, ao exame pericial que a ele estava acostado por diversas vezes, sendo que tanto no momento da defesa prévia, quanto na fase do art. 499 do CPP, deixou de fazer qualquer alusão a possível nulidade, sendo despropositada tal alegação nesta oportunidade, em vista da inexistência de qualquer prejuízo. Logo, o pedido deduzido nas alegações finais é extemporâneo e a preliminar de cerceamento de defesa descabida.

2. Mérito

2.1. Falsidade ideológica

O acusado Rosinaldo foi o único condenado pelo delito de falsidade ideológica, e por intermédio do presente recurso pretende sua absolvição, sob dois fundamentos: em face da ausência de exame pericial e por ter sido a falsificação grosseira.

A materialidade do crime está demonstrada pelos documentos apreendidos em poder de Rosinaldo — carteira de identidade (fl. 103) e certidão de nascimento (fl. 104) —, bem como pelo Laudo Pericial de Papiloscopia n. 012/2003 (fls. 198 a 203).

A autoria foi confessada por ele tanto na fase inquisitiva quanto perante a autoridade jurisdicional (fls. 338 e 339):

“[...] que eu fui preso na comarca de Marilândia do Sul, pelo tráfico ilícito de entorpecente, recebendo condenação de três anos, mais cinquenta dias-multa, que dessa pena, cumpri nove meses, oportunidade em que fugi da delegacia de Marilândia; que tinha documento falsificado em nome de José Rozeni de Araújo, que na realidade era o nome de meu finado irmão; que com a certidão de nascimento dele, obtive a segunda via lá no Ceará, eu tirei carteira de identidade na cidade de Laguna e o CPF na cidade de Tubarão [...]”.

Os policiais federais (fls. 401 e 402, 403 e 404 e 503 e 504) confirmaram que encontraram e apreenderam

a certidão de nascimento e a carteira de identidade na residência do acusado Rosinaldo de Souza Araújo.

O laudo pericial papiloscópico trouxe como resultado que “[...] do constatado nos exames de confronto datiloscópico, concluem os signatários que as impressões digitais constantes nos documentos examinados foram produzidas pela mesma pessoa” (fl. 199).

Disso conclui-se que o acusado Rosinaldo, utilizando-se da certidão de nascimento de seu irmão, dirigiu-se ao Instituto de Identificação de Laguna e fez uma nova carteira de identidade, com sua própria impressão digital, mas em nome daquele.

Com efeito, dos autos emerge de forma cristalina que o apelante inseriu declaração falsa em documento público, pois se utilizou de documentos de seu finado irmão, visando, assim, a esquivar-se da responsabilidade penal pela condenação emanada na comarca de Marilândia do Sul, no vizinho Estado do Paraná.

Assim agindo, o réu violou o tipo penal insculpido no art. 299 do Estatuto Repressivo, *in verbis*:

“Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar; ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”.

A respeito do crime de falsidade ideológica, retira-se da doutrina:

“O dolo no crime de falsidade ideológica é a vontade de praticar a conduta incriminadora, ciente o agente que a declaração é falsa ou diversa daquela que devia ser escrita” (Mirabete, Julio Fabbrini, Código penal interpretado, 2ª ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2001, p. 1.832).

Colhe-se da jurisprudência:

“Cometem o delito previsto no art. 299 do CP os agentes que fazem inserir declaração falsa em documento público, com o intuito de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Ação julgada procedente, em parte’ (TJRGS – APO n. 694183328 – Rel. Constantino Lisboa de Azevedo – j. 27-10-1998 – RJTJRGS 194/97)” (in Alberto Silva Franco e Rui Stoco (coord.), Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, 7ª ed., RT, 2001, vol. 2, p. 3.656).

A tese apresentada pela defesa de que a falsificação seria grosseira não merece guarida, visto que na falsidade ideológica o que se leva em conta é o conteúdo intelectual do documento, não sua forma, ao contrário do que acontece com a falsidade documental, em que se considera o aspecto material.

Na falsidade material o vício incide sobre a parte exterior (elemento físico) do documento ao passo que na falsidade ideológica ele incide sobre as informações que o objeto material deveria conter, não havendo reconhecer falsidade grosseira.

Da mesma forma, a alegação de que não foi efetuado exame peri-

cial nos outros documentos que teriam sido falsificados pelo acusado em nada interfere na configuração do ilícito, já que a comprovação da falsidade da carteira de identidade é suficiente para o caracterizá-lo.

Demonstrada a materialidade e autoria do crime, a condenação do apelante deve ser mantida neste ponto.

2.2. Tráfico ilícito de entorpecentes

De plano, há de se esclarecer que os acusados Rosinaldo de Souza Araújo e Marcelo Pereira foram denunciados como incurso nos termos do art. 12 da Lei n. 6.368/76, sendo este acusado de transportar entorpecentes e aquele de adquirir drogas com a finalidade de venda; ao passo que o réu Willian Silva de Godói foi denunciado como incurso nas sanções do art. 12, § 2º, III, da Lei n. 6.368/76, por ter auxiliado na prática do tráfico ilícito de entorpecentes.

A materialidade do delito restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante, pelos laudos de constatação (fls. 32 e 33 e 122 e 123) e pelos laudos periciais definitivos (fls. 173 a 176 e 177 a 179).

A autoria dos delitos restou delineada pela confissão de dois dos acusados perante a autoridade policial, bem como pelos depoimentos dos policiais que atenderam ao caso.

O co-réu Marcelo Pereira, por ocasião do auto de prisão em flagrante (fls. 81 a 83), confessou que:

“[...] que trabalha como motorista de caminhão há dez anos, tendo sido procurado por uma pessoa que se identificou pelo nome de Zeca no Posto de Gasolina ‘Presidente’, na cidade de Tubarão/SC com a proposta de emprego; que Zeca estava no Posto de Gasolina lavando o caminhão Mercedes 1418, branco, de placa MCD 8220 — Tubarão/SC; que Zeca lhe disse que havia comprado o caminhão naquela semana e que precisava mandar arrumar, ao que o interrogado percebeu que os pneus estavam carecas e o motor estava com defeito; que no curso de um frete de arroz até a cidade de São Paulo/SP, o motor do caminhão chegou a travar, razão pela qual acertou com Zeca de mandar o caminhão para o conserto, conserto este que foi feito na oficina do ‘Siri’; que levou o caminhão de Zeca para a oficina do SIRI, local onde o veículo permaneceu por quase 8 (oito) dias, após o que tratou de buscar o caminhão; que há quinze dias atrás, Zeca lhe propôs que *fosse* até a cidade de Campo Grande para buscar uma carga de cocaína, não tendo acertado nenhum valor sobre isso; que saiu de Tubarão, na madrugada, há quinze dias atrás, aproximadamente, com o Zeca com destino a São Paulo/SP, local onde descarregou o caminhão, junto com Zeca, após o que, Zeca pegou um ônibus e voltou para Tubarão/SC; que na segunda-feira seguinte, dia 12-5-2003, Zeca telefonou para o telefone celular do interrogado e lhe disse que deveria ir até a cidade de Campo Grande buscar a ‘encomenda’ dele, ou seja, a carga de cocaína; que Zeca lhe

disse que deveria aguardar no Posto de Gasolina ‘Caval’ em Campo Grande que alguém ia lhe procurar para fazer a entrega da ‘encomenda’; que quando estava no posto ‘Caval’, uma pessoa cujo nome não sabe dizer, chegou em sua presença e indagou se estava com o caminhão do Zeca ao que respondeu afirmativamente; que então, recebeu uma caixa de papelão com a cocaína de Zeca, após o que tratou de colocar a caixa junto com a carga, no entanto, e pelo fato de começar a chover, colocou a caixa de papelão embaixo do banco do motorista; que antes desta vez, trouxe uma outra carga de 4 (quatro) kg de cocaína para Zeca; que neste momento determina a autoridade que seja apresentada, incontenti, nesta sala a pessoa de Rosinaldo de Souza Araújo para fins de reconhecimento por parte do interrogado; que o interrogado reconhece com absoluta certeza e precisão a pessoa de Rosinaldo de Souza Araújo como sendo a pessoa que conhece por Zeca; que para fazer a entrega da droga para Zeca deveria ligar para o celular dele e anunciar sua chegada, após o que Zeca buscaria a droga [...]”.

O acusado Rosinaldo de Souza Araújo (fls. 83 a 85) corroborou as informações prestadas por Marcelo:

“[...] que como não poderia retornar para Campo Grande, se mudou para Tubarão/SC no ano de 1999; que passado um ano na cidade de Tubarão/SC, tratou de providenciar novos documentos, então preencheu um formulário disponível nos correios com

os dados qualificativos de seu falecido irmão José Roseni de Araújo e solicitou uma segunda via da Certidão de Nascimento, a qual foi encontrada e apreendida pelos policiais federais em sua residência; que de posse da Certidão de Nascimento retirou outros documentos, como Carteira de Identidade, CPF e Carteira de Habilitação; que os documentos relativos a uma conta de luz registrada em nome de seu cunhado Sérgio Aparecido Cominesi dizem respeito a uma residência que deu em pagamento a William Silva de Godói em troca de um veículo Gol; [...] que o motorista Marcelo Pereira fez duas viagens até Campo Grande, a seu pedido, para buscar drogas, uma de 4 (quatro) kg de cocaína e esta de 22 (vinte e dois) kg de cocaína; que costumava pagar, em média, R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) o quilo, isto em Campo Grande, revendendo por R\$ 6.000,00 a R\$ 6.500,00 o quilo; que sua esposa não possui nenhuma atividade laborativa; que pagou, em dinheiro, R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) pelo caminhão Mercedes-Benz de placa MDC 8220, adquirido junto a seu irmão; que não possui nenhum registro de atividade laborativa que comprove a aquisição da disponibilidade financeira que o permitiu adquirir o caminhão; que o caminhão está em nome de William Silva de Godói porque não foi possível obter financiamento em seu nome e de sua esposa; que William aceitou emprestar seu nome sem nenhum tipo de problema ou pagamento de valores; que William costumava frequentar sua residência assim como o inter-

rogado costumava frequentar a residência dele; que William não possui nenhuma vinculação com o tráfico praticado pelo interrogado; que o pagamento da droga que comprava em Campo Grande era feito em dinheiro, à vista, através de depósitos que efetuava em Tubarão/SC e, também, através de carros que entregava como moeda de pagamento; que nunca utilizou a conta corrente de sua esposa para fazer transação envolvendo o tráfico de drogas [...]”.

Os dois primeiros não discrepam do que William Silva de Godói descreveu perante a autoridade policial (fls. 85 e 86):

“[...] que conhece José Roseni de Araújo, vulgo Chicão, há 3 (três) anos, tendo conhecimento do envolvimento dele no tráfico de drogas há 2 (dois) anos; que na semana passada, levou um Fiat Uno até a cidade de Campo Grande, a pedido de Chicão, para ser entregue ao irmão de Chicão; que Chicão lhe pagou R\$ 200,00 (duzentos reais) pelo frete [...] que o caminhão Mercedes-Benz de placa MDC 8220, registrado em seu nome, não é de sua propriedade e sim de Chicão, pessoa que sabe estar envolvida no tráfico de drogas há 2 (dois) anos [...]”.

Em Juízo, Marcelo e Rosinaldo retrataram-se, mudando sua versão dos fatos e negando a prática dos delitos.

A defesa de Marcelo buscou justificar sua retratação no fato do acusado ter sofrido seqüelas em razão de ter sido atingido por disparos de arma

de fogo, na cabeça, há algum tempo, e que ficou com receio de sofrer agressões por parte dos policiais, o que poderia lhe causar a morte, tendo por isso confessado. Ele afirmou, então, perante a autoridade judicial (fls. 334 e 335) “[...] que a respeito do transporte de cocaína, eu não tenho conhecimento de nada; que eu sou apenas o motorista [...]”.

Rosinaldo de Souza Araújo, que sustentou versão análoga à de Marcelo na fase policial, retratou-se em Juízo sem apresentar qualquer justificativa para tanto, senão vejamos (fls. 338 e 339):

“[...] que meus apelidos são Zeca e Chicão; que não me lembro de alguém ter me chamado pelo apelido de Nando; que o caminhão não estava no meu nome, mas era de minha propriedade de fato; que Marcelo foi por mim contratado para ser motorista do caminhão; que ele foi contratado por mim no começo desse ano; que era ele quem contratava os fretes e não me avisava por onde andava; que quando retornava, eu pegava a quilometragem e as notas e fazia o acerto; que o caminhão é do ano de 1992; que a última vez que o Marcelo me ligou, ele estava em Cuiabá; que segundo disse Marcelo, teria levado cerveja de São Paulo a Cuiabá; que em São Paulo eu estava junto com ele, eis que fui de Tubarão até São Paulo, uma vez que numa viagem anterior havia o Marcelo me apresentado notas de altos custos, como ainda, apresentou nota de ter furado sete pneus; que em razão disso, fui até São Paulo

com ele com o objetivo de fiscalizá-lo na direção; que a respeito do transporte da droga no caminhão, eu não tenho conhecimento de nada; que o caminhão estava no nome de meu irmão de nome Joaquim Rosildo de Araújo, e que mais tarde, foi transferido para o nome de William Silva de Godói; que o caminhão estava no nome de William em face do que eu o comprei financiado, pelo que eu não tinha condições de colocá-lo em meu nome nem no nome de minha esposa, Elionai Cominesi; que em Tubarão eu exercia a atividade de vendedor autônomo de veículos; que o comércio de veículos era feito na rua; que William é meu compadre e que eu emprestei o nome dele para financiar o caminhão; que William não era meu empregado e nem meu sócio na atividade do comércio de carros e no caminhão; que William é pescador, fazendo o comércio de compra e vendas de camarão na Lagoa de Imaruí; que eu tinha uma pistola 380, há muito tempo, desde a época que eu morava em Campo Grande; que a arma era de fato ilegal; que eu tinha a arma só para ser utilizada dentro de casa; que eu fui preso na comarca de Marilândia do Sul, pelo tráfico ilícito de entorpecentes, recebendo condenação de três anos, mais cinquenta dias de multa; que dessa pena cumpri nove meses, oportunidade em que fugi da delegacia de Marilândia; que tinha documento falsificado em nome de José Rozeni de Araújo, que na realidade era o nome de meu finado irmão; que com a certidão de nascimento dele, obtive a segunda via lá no Cea-

rá, eu tirei a carteira de identidade na cidade de Laguna e o CPF na cidade de Tubarão; que o caminhão foi adquirido com recursos provenientes de R\$ 25.000,00, que eu consegui através de um financiamento bancário, e mais a entrega de um Fiat Uno; que comprei o caminhão de meu irmão Joaquim Rozildo de Araújo, que mora na cidade de Campo Grande; que em minha residência não havia droga alguma, muito menos 14 gramas de cocaína; que na verdade eram naftalinas que estavam penduradas no guarda-roupa [...].”

Por derradeiro, William Silva de Godói aduziu (fls. 336 e 337):

“[...] que a respeito do transporte de cocaína pelo caminhão que é de propriedade do meu compadre Zeca, eu não tenho conhecimento de nada; que eu emprestei o meu nome para que o Zeca comprasse o caminhão, fazendo um financiamento; que a minha atividade profissional na Laguna é compra e venda de camarão e carne de siri; que não é verdadeira a acusação que me é feita de que eu auxiliava o Zeca na compra de entorpecentes e também na ocultação dos valores obtidos pela venda; que o Zeca comprou o caminhão do irmão dele lá em Campo Grande; que como parte do pagamento, eu fui levar até Campo Grande, para pagar o irmão do Zeca, um Fiat Uno; que eu não sei por quanto o Zeca comprou o caminhão do seu irmão; que quando fui preso, a autoridade policial não me mostrou mandado de prisão ou de busca e apreensão; que eu fui até a financeira só assinar o contrato [...]”.

Entretanto, depreende-se dos autos que as alegações trazidas pelo acusado Rosinaldo e pelo co-réu Marcelo em Juízo não representam a verdade, visto que completamente desconstruídas do contexto probatório, ao contrário das confissões extrajudiciais que se alinham perfeitamente com os depoimentos dos policiais federais que participaram dos atos de investigação.

José Carlos de Bona, ouvido pela autoridade policial, afirmou (fls. 11 a 13):

“[...] que no curso de atividades de investigação e inteligência, iniciadas em março de 2002, restou apurado que o indivíduo conhecido pela alcunha de ‘Chicão’, residente na cidade de Capivari Baixo/SC, estava diretamente envolvido em atividades de compra, transporte e venda de cocaína, o fato que foi robustecido e confirmado com a prisão em flagrante de seu cunhado, Sérgio Aparecido Cominesi em abril de 2002, quando transportava 10 (dez) quilos de cocaína para Chicão; que Chicão vive maritalmente com Elionai Cominesi, irmã de Sérgio Aparecido Cominesi; que no curso das investigações policiais, restaram apurados os seguintes fatos: 1) Chicão estava fazendo uso de um caminhão Mercedes-Benz, branco, modelo 1418, placa MDC 8220 através do motorista Marcelo Pereira; 2) o caminhão de Chicão permaneceu alguns dias, para conserto, na oficina do ‘Siri’ em Tubarão/SC, tendo sido levado e buscado até aquele local por Marcelo Pereira; 3) Chicão se apresentava com

o nome falso de José Roseni de Araújo pelo fato de ter sido condenado pelo MM. Juiz de Direito da comarca de Marilândia do Sul/PR a uma pena de 3 (três) anos de reclusão por tráfico de drogas – Processo Crime n. 02/99; 4) o verdadeiro nome de Chicão é Rosinaldo de Souza Araújo; 5) na última quinta-feira, e havendo forte possibilidade de Chicão receber uma nova carga de cocaína através do caminhão Mercedes-Benz de placa MDC 8220, foram montadas equipes policiais para operacionalizar a respectiva ação repressiva; 6) o caminhão Mercedes-Benz saiu da cidade de Tubarão/SC, na quinta-feira de madrugada, dia 8-5-2003, por volta das 5 horas da manhã, sendo conduzido por Marcelo Pereira que se fazia acompanhar de Chicão; 7) foi possível identificar a pessoa de William Silva de Godói como uma das pessoas associadas com Chicão no tráfico de drogas; 8) pesquisa realizada no dia 15-5-2003 junto à Ciasc/Detran/SC demonstra que o caminhão Mercedes-Benz de placa MDC 8220 está registrado em nome de William Silva de Godói; [...] que por volta das 20h30min do dia 19-5-2003, e na companhia dos policiais federais Giroito e Copetti, foi possível abordar, no trevo de Palhoça/SC, o caminhão Mercedes-Benz de placa MDC 8220 conduzido por Marcelo Pereira; que realizada busca no interior do caminhão, foram encontrados e apreendidos, precisamente embaixo do banco do motorista, 22 (vinte e dois) tijolos de uma substância que apresentava todas as características do entorpecente cocaína, fato poste-

riormente confirmado com a lavratura do respectivo Laudo de Constatação Preliminar; que em poder de Marcelo Pereira foi apreendido, também, um telefone celular; que enquanto isso, outra equipe de policiais federais mantinha a residência de Chicão sob constante vigilância para efetivar a sua prisão acaso saísse ele para a rua; que na seqüência, e no amanhecer deste dia 20-5-2003, e com apoio de outros colegas, munidos do respectivo Mandado de Busca e Apreensão, ingressaram na residência de Chicão a fim de operacionalizar a sua prisão em flagrante; que Chicão foi preso em flagrante no interior de sua residência, na companhia e presença de sua companheira Elionai Cominesi, local onde ainda foi encontrada e apreendida uma pistola calibre 380, e farta documentação que está sendo devidamente analisada [...].”

Em Juízo (fls. 401 e 402) confirmou:

“[...] que participei, junto com uma equipe da Polícia Federal, de barreira feita junto ao pátio da Receita Estadual em Palhoça, oportunidade em que paramos o caminhão e dentro dele foram encontrados 22 (vinte e dois) quilos de cocaína; que a cocaína estava em uma caixa de papelão, embaixo do assento do motorista; que o motorista do caminhão, na oportunidade, disse que estaria levando a droga para Capivari de Baixo e iria entregá-la ao Zeca; que em 2002 prendemos o cunhado do denunciado Rosinaldo que estaria trazendo para ele a quantidade de 10 (dez) quilos de

cocaína; que em razão disso, começamos a fazer investigação, mapeando todos os passos do denunciado; que quando o caminhão já saiu de Capivari de Baixo em direção ao norte, nós começamos a acompanhá-lo, visando ao seu retorno; que montamos a barreira na estrada, esperando o retorno do caminhão no sábado ao meio-dia e só conseguimos prendê-lo no domingo à noite; que em razão das investigações, em Capivari de Baixo já havia duas equipes da polícia federal e essas equipes, estando eu também junto, é que detiveram o Chicão; que indaguei o Chicão do motivo de estar a sua frente e ele me disse que era em razão dos 22 (vinte e dois) quilos; que das investigações resultou a conclusão que Rosinaldo era o cabeça da equipe e William era seu operador na entrega das drogas, sendo que Rosinaldo fazia os contatos com o Mato Grosso e Paraguai para aquisição de drogas; que a investigação feita, levou-nos à conclusão de que o denunciado Marcelo fora contratado pelo Rosinaldo para servir de motorista do caminhão; que os indícios levavam-nos a concluir que Marcelo tinha conhecimento do transporte da droga; que as investigações deram conta de que os denunciados adquiriram carros, caminhão, casa de praia, e não tinham renda para justificar as aquisições; que quando o caminhão subiu para o Mato Grosso, Chicão mandou, como forma de pagamento, um Fiat que era conduzido pelo William; [...] que na casa de Rosinaldo fora apreendida uma pistola, pequena quantidade de cocaína, documentos,

cheques e dinheiro; [...] que vi Marcelo dirigindo o caminhão somente no dia da apreensão; [...] que William foi preso em sua casa, imóvel este que, conforme a sua conta de luz, é de propriedade do cunhado de Chicão que foi preso no ano passado por tráfico; [...] que o caminhão estava em nome de William [...]”.

O Policial Federal Bernardo Rangel Giroto (fl. 80), perante a autoridade policial, disse:

“[...] que integrava a equipe de policiais federais que, por volta das 20h30min do dia 19-5-2003, abordou, no trevo de Palhoça/SC, o caminhão Mercedes-Benz de placa MDC 8220 conduzido por Marcelo Pereira; que no interior do caminhão, foram encontrados e apreendidos, embaixo do banco do motorista, 22 (vinte e dois) tijolos de cocaína; que na sequência da ação policial, e no amanhecer deste dia 20-5-2003, junto com outros colegas, deram cumprimento a mandado de busca e apreensão e ingressaram na casa de Chicão para prendê-lo em flagrante; que Chicão foi preso no interior de sua residência na presença de sua companheira Elionai Cominesi; que também encontraram e apreenderam uma pistola Imbel, calibre 380, desacompanhada de documentos legais além de farta documentação relativa a imóveis e conta bancária, entre outros; que William Silva de Godói também foi preso e conduzido a esta Superintendência da Polícia Federal pelo crime de associação, em tráfico de drogas, com Chicão [...]”.

Em Juízo, manteve-se coerente com o que havia declarado perante a autoridade policial (fls. 403 e 404):

“[...] que estava junto à equipe que efetuou a barreira no pátio do Posto Fiscal de Palhoça, oportunidade em que fora parado o caminhão e feito o motorista dele sair, sendo encontrados embaixo do banco do motorista, alguns tijolos que pareciam ser droga; que conduzido o caminhão à Superintendência da Polícia Federal fora constatado que a droga tratava-se de cocaína; que indagado ao motorista de quem era a droga, disse ele que a droga seria entregue em Tubarão ou Capivari de Baixo, a uma pessoa de apelido Zeca; que ao raiar do dia seguinte, participei junto com a equipe da busca e apreensão na casa do Chicão (Rosinaldo); que na casa fora encontrada uma pistola 380, pequena quantidade de cocaína e mais documentações; que segundo as investigações, Marcelo sabia que estava transportando a droga; que esta era sua função; que William trabalhava junto ao Zeca ou Chicão, auxiliando no tráfico; que segundo não me engano o caminhão estava no nome de William; que o cabeça da equipe era a pessoa conhecida como Chicão ou Zeca; que as investigações policiais davam conta de que o chefe era o Zeca ou Chicão, bem como sabia a função de cada integrante da quadrilha [...] que o pagamento da droga que fora apreendida, fora feita em parte pela troca de um veículo; que foi o próprio motorista do caminhão, se eu não me engano, que levou o veículo como forma de pagamento; que junto aos documentos fo-

ram encontrados alguns falsos, que eram utilizados por Chicão, sendo que os documentos eram em nome de um irmão falecido dele; que a investigação policial já havia sido iniciada antes da aquisição do caminhão; que segundo meu conhecimento, Rosinaldo e William não possuíam nenhuma ocupação de trabalho; que a ida do veículo para ser trocado por droga, a polícia não monitorou, apenas foi informada; que não posso dizer se a informação por nós tida, da ida do veículo para a troca por droga, tenha sido em tempo anterior à apreensão; que junto à documentação apreendida fora encontrada uma farta documentação de movimentação bancária pela esposa de Chicão, Sra. Elionai [...]”.

Ary Copetti (fls. 80 e 81) confirmou o que os demais colegas disseram na fase inquisitorial, e em Juízo depôs (fls. 503 e 504):

“[...] que chegou para trabalhar nesta delegacia em março do corrente, época em que Rosinaldo, vulgo Chicão, já era investigado pelo tráfico de droga, junto com William, sendo que, posteriormente, apareceu Marcelo como o motorista de um caminhão; que o caminhão pertencia a Chicão, não sabendo se estava no nome dele, mas outros colegas do depoente viram Chicão dirigir o caminhão; que o depoente observou o caminhão em uma oficina mecânica, tendo visto Chicão diversas vezes no local; que nas investigações, verificaram pelos contatos de Chicão, que nitidamente praticava o tráfico de entorpecentes;

[...] que em determinado momento, o colega do depoente, chamado Bona, verificou que Marcelo foi ao encontro de Chicão, tendo ambos despedido-se e o caminhão desapareceu por cerca de dez dias ou menos; que entraram em contato com a polícia federal do Mato Grosso, passando as características do caminhão; que posteriormente, receberam denúncia anônima informando que o caminhão estaria saindo do Mato Grosso carregado, provavelmente trazendo drogas; que tal informação pode ser oriunda de informantes da Polícia Federal; que ficaram na BR 101 por três ou quatro dias esperando o caminhão, sendo que o mesmo chegou ao posto fiscal de Pailhoça cerca de dezenove ou vinte horas; que fizeram a abordagem neste local, levando o caminhão até a Polícia Federal na Capital; que Marcelo estava dirigindo o caminhão; que William e Chicão estavam junto; que na carroceria do caminhão nada encontraram; que embaixo do banco do motorista encontraram cerca de 25 a 27 tijolos de cocaína; que Marcelo disse que a droga era de Chicão; que no outro dia, pela manhã, foi até a casa de Chicão, em Capivari de Baixo, e lá encontrou mais um pouco de cocaína, além de uma pistola 765 municada; que na casa de Chicão, encontraram diversos documentos comprovando propriedades, carros de Chicão; que ao que se recorda, havia algumas notas que comprovariam que o caminhão era de Chicão; que um ou dois carros foram apreendidos na casa de Chicão; que descobriram que Chicão usava documentação falsa;

que encontraram na casa de Chicão a certidão de nascimento do irmão mais novo dele, o qual estava morto; que o colega do depoente, Vieira, descobriu que Chicão usava a certidão de nascimento de seu irmão; [...] que o depoente não viu, mas, segundo seus colegas, William viajava para o Mato Grosso, sendo que tais viagens tinham ligação com Chicão, que segundo as informações dos colegas do depoente, William era bem ligado a Chicão; [...] que a testemunha acrescenta que Marcelo disse que ganharia R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para fazer o transporte da droga apreendida; [...] que no momento da prisão perguntaram a Marcelo se ele conhecia William e ele disse que sim [...]”.

Frisa-se, outrossim, que a reatuação de Marcelo e Rosinaldo, em Juízo, não tem o condão de desconstituir a confissão extrajudicial, tendo em vista que o depoimento dos policiais que procederam à diligência ratificam a confissão por eles anteriormente efetuada e se apresentam coerentes e firmes sem denotar nenhuma evidência de terem sido prestados por razões de ódio ou com o intuito de provocar prejuízos aos apelantes Rosinaldo e Willian, depoimentos estes de plena valia pois, em princípio, como já decidiu reiteradamente este Tribunal, equiparam-se ao de qualquer testemunha, não podendo ser desprezados sem prova de má-fé ou suspeita de falsidade, fato que não ocorre nestes autos.

As provas trazidas ao feito revelam que a droga foi apreendida

quando estava sendo transportada por Marcelo no caminhão que está registrado em nome de Willian, mas que de fato pertence a Rosinaldo.

Marcelo Pereira foi preso em flagrante delito transportando o material entorpecente embaixo do banco do motorista, conforme demonstram os depoimentos dos policiais, os laudos periciais e a confissão do próprio recorrente na fase policial, o que configura a prática do tráfico ilícito de entorpecentes na modalidade de transportar.

No que tange a Rosinaldo e Willian, há de se considerar que, segundo as provas coletadas, são tidos, aquele como o cabeça do empreendimento criminoso e este como o seu braço direito. Tais afirmações restam evidenciadas pelo fato de o primeiro ter comprado a droga apreendida, efetuando o pagamento desta mediante o financiamento obtido em nome do segundo, e da entrega de um carro (Fiat/Uno), que foi levado até Campo Grande, também por Willian.

Rosinaldo e Willian apresentaram versões diversas acerca do financiamento obtido e da entrega do veículo Fiat em Campo Grande, querendo fazer crer que referido bem era destinado ao pagamento de um caminhão – que por coincidência era aquele utilizado para o transporte da droga –, adquirido do irmão de Rosinaldo, Joaquim Rosildo de Araújo, pelo valor de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais).

Tal transação, entretanto, não

foi demonstrada nos autos, não havendo sequer recibo ou prova de quitação.

Ademais, o documento de propriedade do veículo (fl. 89), em que pese estar em nome de Joaquim Rosildo de Souza, informa como endereço deste a cidade de Tubarão/SC, divergindo da informação de que o irmão de Rosinaldo residiria em Campo Grande/MS, para onde teria viajado Willian no intuito de lhe entregar um carro.

Acresça-se a isso que o irmão do acusado Rosinaldo, pessoa que poderia auxiliar na comprovação da versão apresentada pelos réus – principalmente quanto ao fato de ter sido o anterior proprietário e de Willian ter-se dirigido até Campo Grande para lhe entregar o automóvel –, não foi ouvido em nenhuma oportunidade durante a instrução.

Como se não bastasse, segundo Rosinaldo (fl. 338), a contratação de Marcelo para trabalhar como motorista ocorreu no início do ano de 2003 – o que é corroborado pelos comprovantes de serviço (fls. 91 a 96), que evidenciam que Rosinaldo já era proprietário do veículo em janeiro de 2003 –, ao passo que o financiamento obtido em nome de Willian e destinado ao pagamento do referido caminhão ocorreu somente em abril de 2003 e o transporte do veículo Fiat/Uno deu-se em maio de 2003.

Cabe lembrar, ainda, as declarações prestadas por Aline Damiani Bitencourt, funcionária da entidade fi-

nanceira que forneceu o dinheiro ao acusado Willian, dizendo que Rosinaldo — na época se apresentando como José Roseni de Araújo — “[...] disse que possuía um caminhão Mercedes-Benz que poderia servir de garantia no empréstimo [...]” (fls. 146 e 147).

Ressalta-se que o empréstimo foi efetivado duas semanas antes da aquisição dos vinte e dois quilos de cocaína, e Willian levou o carro para Campo Grande cerca de uma semana antes da prisão dos denunciados.

Disto conclui-se estar demonstrado que o empréstimo obtido não se destinou à compra do caminhão, mas ao pagamento da droga apreendida nos autos, conforme constatado pela Polícia Federal.

As testemunhas arroladas pelas defesas em nada contribuíram para a elucidação dos fatos, sendo meramente abonatórias.

Importante ressaltar, ainda, o forte vínculo existente entre os acusados Rosinaldo e Willian, tanto que a residência que este reside foi adquirida por aquele, que a pagou com a entrega de um veículo Gol, e a conta de energia elétrica desta está em nome de Sérgio Aparecido Cominesi, cunhado do acusado, condenado por tráfico ilícito de entorpecentes (fl. 197) por estar transportando droga que, segundo afirmam os policiais, seria destinada a Rosinaldo.

As testemunhas Elisete Miranda (fl. 499), Claudenir Feliciano Clarindo (fl. 500) e Sidenir Antônio Clarindo (fl. 501) atestam que a casa

em que reside Willian foi adquirida por Rosinaldo e acrescentam que ambos se alternavam no acompanhamento da construção dela.

Acrescenta-se a tudo isso que Rosinaldo foi condenado por crime de tráfico de entorpecentes na comarca de Marilândia do Sul/PR, conforme se constata da cópia da sentença e do acórdão anexos (fls. 291 a 320), decisão transitada em julgado em 30-11-1999 (fl. 378).

Considerados os depoimentos dos policiais federais que atenderam ao caso, as confissões extrajudiciais de Rosinaldo e do co-autor Marcelo — que esposaram versões idênticas —, associadas à apreensão do material inebriante (tanto no caminhão quanto na casa do acusado Rosinaldo), demonstradas estão as condutas do art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76, na modalidade de “adquirir” e “guardar” substância entorpecente, por parte de Rosinaldo, ao passo que Willian contribuiu para a difusão do tráfico ilícito de drogas (art. 12, § 2º, III, da Lei Antitóxicos), conduzindo até a cidade de Campo Grande o veículo que lá foi entregue como parte do pagamento do tóxico adquirido.

Retira-se do dispositivo:

“Art. 12 — Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpe-

cente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

“Pena — reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

“[...] § 2º — Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

“III — contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

Todos esses fatos, somados à quantidade de droga apreendida — 22kg —, levam à certeza de que outra não poderia ser a solução à hipótese destes autos senão aquela dada pela Magistrada, pois para a formação de um juízo de certeza sobre o comércio de drogas dos agentes não é indispensável a prova efetiva do tráfico.

Assim, não se cogita da absolvição dos apelantes Rosinaldo e Willian, uma vez que presentes elementos suficientes para embasar a condenação deles pela prática do delito de tráfico, observados os balizamentos do art. 37 da Lei n. 6.368/76.

2.2. Associação para o tráfico

O Ministério Público pretende a condenação dos réus pelo crime de associação ao tráfico contido no art. 14, *caput*, da Lei Antitóxicos com o conseqüente afastamento do art. 18, III, do mesmo Diploma Legal.

O crime de associação para o tráfico será caracterizado quando duas ou mais pessoas se associam, de forma estável e permanente, para a narcotraficância. Importante trazer a lição de Vicente Greco Filho a respeito do art. 14 da Lei de Tóxicos:

“Para haver crime autônomo de associação em matéria de entorpecentes é mister ‘um *animus* associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido de formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira *societas sceleris* em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Excluído, pois, está o crime, no caso de convergência ocasional de vontade para a prática de determinado delito, que determina a co-autoria’ (Tóxicos: prevenção — repressão, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 94). É mister haja o dolo específico: associar para traficar [...]”.

Conforme já alinhado, restou demonstrado que o acusado Rosinaldo praticou o delito de tráfico de entorpecentes em concurso de agentes com Marcelo, contando, ainda, com a contribuição para a difusão do tráfico de Willian.

Não há dúvida, pois, que os re-correntes e o co-réu traficaram substância entorpecente para fins de mercancia, agindo em comunhão de vontades com objetivo comum, pois inclusive foram presos em flagrante cometendo tais condutas delitivas.

No entanto, não restou cabalmente comprovada a estabilidade da

associação, necessária para caracterizar o delito previsto no art. 14 da Lei n. 6.368/76, muito embora esteja evidenciado que o tráfico foi cometido em concurso de pessoas, mas sem que haja comprovação de permanência e estabilidade.

Dessa forma, correta a absolvição do art. 14 da Lei n. 6.368/76, operada pela Juíza *a quo*, fazendo incidir a causa de aumento do art. 18, III, da referida lei, pois o acusado Rosinaldo de Souza Araújo adquiriu a droga com auxílio de Willian Silva de Godói, que obteve o financiamento e fez a entrega do carro para o pagamento do entorpecente, enquanto o co-autor Marcelo Pereira ficou responsável por transportá-la, quando foi preso em flagrante delito.

Nesse sentido:

“A agravante prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76 deve incidir sempre que haja concurso de duas ou mais pessoas para o cometimento da infração à Lei Antitóxicos e pode ser aplicada mesmo no caso de ser repellido o crime de associação previsto no art. 14 do mesmo diploma sem que haja contradição, posto que o citado dispositivo se refere à associação estável e permanente para aquele tipo de infrações penais” (RT 613/354).

3. Lavagem de dinheiro

A r. sentença houve por bem condenar Rosinaldo pelo cometimento do delito de lavagem de dinheiro, absolvendo Willian. Nestes termos, o recurso interposto pela defesa pretende a absolvição do primeiro, enquan-

to o apelo interposto pela acusação pleiteia a condenação do segundo.

O delito de lavagem de capitais está descrito no art. 1º, I e VII (Rosinaldo) e art. 1º, § 1º, II (Willian) ambos da Lei n. 9.613/98, *in verbis*:

“Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

“I — de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

[...]

“VII — praticado por organização criminosa.

[...]

“§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

[...]

“II — os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere”.

Tal crime caracteriza-se pela ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores provenientes de crime anterior, sendo que, comprovado o cometimento de delito anterior, deverá restar demonstrado, ainda, o “branqueamento” do dinheiro advindo da prática criminosa, visto ser a lavagem de capitais crime diferido.

Retira-se dos autos que o acusado Rosinaldo, bem como Willian

cometeram o delito de tráfico de drogas em associação eventual.

Extraí-se também que, de fato, em que pese Rosinaldo estar na posse do caminhão apreendido e ser seu real proprietário, mantinha o veículo registrado em nome de terceiros no órgão de trânsito, conforme demonstra o documento de fl. 341.

A respeito, Rosinaldo, perante a autoridade policial, afirmou (fl. 84):

“[...] que sua esposa não possui nenhuma atividade laborativa; que pagou, em dinheiro, 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) pelo caminhão Mercedes-Benz de placa MDC 8220, adquirido junto a seu irmão; que não possui nenhum registro de atividade laborativa que comprove a aquisição da disponibilidade financeira que o permitiu adquirir o caminhão; que o caminhão está em nome de William Silva de Godói por que não foi possível obter financiamento em seu nome e de sua esposa [...]”.

Em juízo disse (fls. 338 e 339):

“[...] que o caminhão não estava no meu nome, mas era da minha propriedade de fato [...] que o caminhão estava no nome de meu irmão, Joaquim Rosildo de Araújo, e que mais tarde foi transferido para o nome de William Silva de Godói [...]”.

Entretanto, o simples fato de Rosinaldo ter adquirido o caminhão Mercedes-Benz, placa MDC 8220, e o deixado em nome de seu irmão Joaquim Rosildo Araújo não é suficiente para caracterizar o delito de lavagem e ocultação de divisas.

Muito embora ele não possua registro de atividade laborativa que permita a aquisição de um caminhão pelo valor de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) à vista e em dinheiro, esta circunstância, por si só, é insuficiente para demonstrar que o veículo foi adquirido com os rendimentos e lucros obtidos por meio do tráfico de entorpecentes. Conclusão nesse sentido seria obra de pura presunção, sem nenhum amparo nos elementos probatórios colhidos.

Da mesma forma, quanto ao acusado Willian, muito embora tenha auxiliado na difusão do tráfico, não restou evidenciado possuir outro objetivo ao ceder seu nome para realizar o financiamento a não ser possibilitar a compra da droga apreendida.

A respeito, reportamo-nos ao percuciente exame realizado pela Magistrada quanto ao delito de lavagem de dinheiro imputado a Willian, pelo que resta adotado como razão de decidir:

“[...] De outro lado, não há demonstração nos autos que William Silva de Godói, além de objetivar obter o financiamento para a aquisição da droga por Rosinaldo de Souza Araújo, tenha também objetivado dissimular a utilização de bem proveniente do tráfico de entorpecentes.

“William Silva de Godói, aduziu ao Sr. Delegado de Polícia (fl. 86):

“[...] que nunca apresentou nenhuma declaração de renda perante a receita federal, percebendo uma média de R\$ 700,00 mensais com a ven-

da de peixes; que o caminhão Mercedes-Benz de placa MDC 8220, registrado em seu nome, não é de sua propriedade e sim de Chicão, pessoa que sabe estar envolvida no tráfico de drogas há 2 (dois) anos [...]’.

“Em Juízo, disse (fl. 336):

‘[...] que eu emprestei meu nome para que o Zeca comprasse o caminhão, fazendo um financiamento [...]’.

“Evidente está nos autos que o acusado William, dolosamente, contribuiu para o tráfico de entorpecentes ao ‘emprestar’ o nome para que Rosinaldo obtivesse financiamento, sendo que a prova indiciária demonstrou que tal valor foi utilizado para a compra da ‘carga’ de cocaína apreendida nos autos. Não obstante, não há demonstração clara e inequívoca de que a conduta de William tenha também realizado o tipo penal previsto pelo artigo 1º, parágrafo primeiro, inciso II, da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998.

“[...] Por fim, impositiva a absolvição de Willian Silva de Godói do referido delito, por aplicação do artigo 386, inciso VI, do Código Processo Penal [...]” (fls. 747 a 749).

Nesses termos, absolve-se Rosinaldo e mantém-se a absolvição de Willian em relação a este delito, restando prejudicada a análise do recurso defensivo quanto ao pedido de reconhecimento da participação de menor importância.

4. *Perdimento de bens*

Merece análise, por fim, a insurgência do Ministério Público quanto ao indeferimento do pedido de perdimento do caminhão Mercedes-Benz 1418, placa MDC 8220, em favor da União, já que utilizado para o transporte do entorpecente.

Acerca disso, dispõe o art. 34 da Lei Antitóxicos:

“Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, assim como o maquinismo, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta lei, após sua regular apreensão, serão entregues à custódia da autoridade competente [...]”.

O parágrafo 13 deste mesmo artigo e diploma legal, com a redação dada pela Lei n. 9.804/99, impõe ao juiz que decida, por ocasião da sentença condenatória, sobre o perdimento dos bens apreendidos em tais condições.

Para que seja determinada a perda em favor da União é necessário que o veículo em questão tenha sido utilizado “direta e intencionalmente” como instrumento do crime, assim como ocorreu no caso em análise, em que o caminhão foi usado para transportar os vinte e dois quilos de entorpecente (Ap. Crim. n. 1999.009695-5, rel. Des. Amaral de Silva).

Contudo, apesar de comprovados os requisitos legais para o deferimento do pedido, necessário destacar que não pode ser concedido.

O veículo utilizado para a prática do delito de tráfico em associação eventual não pertence aos acusados, mas à BV Financeira, em favor de quem o automóvel está alienado fiduciariamente, conforme consta no documento de fl. 172.

Assim, como efeito da condenação criminal imposta aos acusados não pode ser decretado o perdimento de bem pertencente a terceiro proprietário, pois, nos termos do artigo 5º, XLV, da CF, nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Diante disso, o veículo deverá permanecer apreendido até manifestação do seu atual proprietário, no prazo a que se refere o art. 123 do CPP.

5. Correção do erro material existente no dispositivo

O recurso da acusação pretende, ainda, a correção do erro material existente no dispositivo relativamente à pena imposta a Willian Silva de Godói.

Por ocasião da elaboração do dispositivo a Togada equivocadamente registrou ter sido Willian condenado a 3 anos de reclusão em regime integralmente fechado e ao pagamento de 66 dias-multa, quando em verdade se verifica que a pena privativa de liberdade definitiva a ele imposta resultou em 4 anos de reclusão (fls. 702 a 767).

Entretanto, dias depois, a própria Juíza, de ofício, corrigiu o equívoco existente, não apenas quanto à reprimenda de Willian, nos termos ora postulados pelo representante do *Par-*

quet, mas também no tocante a Marcelo (fls. 771 a 773), do que se conclui que em relação a este pedido não se verifica interesse recursal da acusação.

6. Dosimetria

No que tange à dosimetria, o Promotor de Justiça postula a majoração da reprimenda relativamente ao delito de tráfico, tendo em vista a grande quantidade de drogas apreendida.

É notório que em se tratando de tráfico de entorpecentes é relevante a quantidade do material tóxico apreendido, revelando a necessidade de maior severidade na quantificação da pena como forma de prevenir a reiteração da prática delituosa.

No entanto, conforme se nota da dosimetria efetuada ao acusado Rosinaldo, a MMa. Juíza *a quo* levou em consideração a significativa quantidade de drogas dentre os elementos do art. 59 do CP, como circunstâncias do crime, tanto que fixou a pena-base em 4 anos e 6 meses de reclusão e 75 dias-multa, ou seja, 1 ano, 6 meses e 25 dias-multa acima do mínimo legal, pelo que não merece NENHUMA reforma neste ponto.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, corretamente entendeu que ambas se compensam e, na terceira etapa, diante de uma das hipóteses de causa de aumento do art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, majorou a pena em 1/3, resultando definitiva em 6 anos de reclusão e 100 dias-multa, o que se mostra ade-

quado, tendo em vista que o aumento decorrente desta causa deve guardar proporção com a pena-base fixada.

Ao acusado Willian foi fixada a pena-base de 3 anos de reclusão e 50 dias-multa, ou seja, no mínimo legal, uma vez que a douta Togada entendeu que todas as circunstâncias do art. 59 do CP lhe foram favoráveis, deixando de considerar a quantidade da pena dentre as circunstâncias do delito.

A respeito, cumpre registrar que Willian foi condenado pelo cometimento da infração prevista no art. 12, § 2º, III, da Lei n. 6.368/76, com a causa de aumento do art. 18, III, do mesmo Diploma Legal, tipo penal que reprime quem “contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou química”.

O art. 12 da Lei Antitóxicos prevê dezessete condutas configuradoras do delito de tráfico e entendeu-se que o réu Willian não cometeu nenhuma delas, muito embora tenha contribuído para o cometimento do delito ao conduzir um veículo até outro Estado da Federação e entregá-lo como parte de pagamento de transação relativa à aquisição de substância entorpecente, motivo pelo qual foi enquadrado no parágrafo segundo da mencionada lei.

Não se tem notícias de manifestações relativas a referido dispositivo penal na doutrina tampouco na jurisprudência pátrias, pelo que, para

o julgamento do pedido, que pretendia a majoração da pena-base do réu Willian em face da grande quantidade de tóxico apreendido, foram efetuadas algumas incursões acerca do tipo penal.

Os dois outros membros desta Câmara entenderam que o mencionado parágrafo segundo reporta-se a delito autônomo do contido no *caput* do art. 12 da Lei n. 6.368/76, diante do que se justificaria não ter sido considerada a quantidade de entorpecente apreendido na fixação da pena-base do acusado Willian.

Este Relator, muito embora tenha votado com a maioria, posicionou-se no sentido de que, em verdade, o inciso III do § 2º da Lei n. 6.368/76 constitui norma equivalente ao art. 29 do Código Penal, que prevê o concurso de pessoas, a ser aplicado naquelas hipóteses em que, não exercidas as condutas previstas no tipo do art. 12 da Lei Antitóxicos, o agente tenha contribuído de qualquer outra forma para o cometimento do delito na qualidade de partícipe.

Nesses termos, estabelecida a pena-base de Willian em 3 anos de reclusão e 50 dias-multa e, ausentes agravantes e atenuantes, mas estando presente apenas a causa de aumento da associação eventual, a reprimenda daquele foi majorada em 1/3 – no mínimo legal para guardar proporção com a pena-base estipulada –, resultando numa reprimenda definitiva de 4 anos de reclusão e 66 dias-multa, que resta mantida nesta oportunidade.

III — Decisão

Pelo exposto, afastam-se as preliminares e, no mérito, nega-se provimento ao recurso ministerial, dá-se parcial provimento ao recurso defensivo do réu Rosinaldo e nega-se provimento ao recurso de Willian.

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

Carstens Köhler, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 12 de abril de 2005.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente, com voto;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2005.005272-9, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Juiz Carstens Köhler

Fornecimento de bebida alcoólica para adolescente – Artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa – Punibilidade extinta.

Casa de prostituição – Delito comprovado – Estabelecimento mantido pela ré e inequivocamente destinado ao acerto e à prática de encontros íntimos – Absolvição inviável.

Reconhecimento da ausência de ofensa a bem jurídico – Impossibilidade – Existência de prostitutas menores de idade no estabelecimento.

Inviável o reconhecimento da atipicidade do fato em razão da suposta inexistência de ofensa efetiva a bem jurídico com a manutenção de prostíbulo, mormente quando nele trabalhavam meretrizes ainda adolescentes.

Pena de multa – Número de dias-multa superior ao mínimo – Fixação desproporcional à da pena privativa de liberdade – Correção.

Se a pena privativa de liberdade, em consonância com as favoráveis circunstâncias judiciais, foi fixada no mínimo, o mesmo deve suceder com a estipulação do número dos dias-multa.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2005.005272-9, da comarca de Balneário Camboriú (Vara Criminal), em que é apelante Nilvânia Mara Tasca e apelado o Ministério Público, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O representante do Ministério Público da 2ª Promotoria de Justiça da comarca de Balneário Camboriú ofereceu denúncia contra Nilvânia Mara Tasca, vulgo “Vânia”, Renato Augusto Schmitt e Joel Jece de Souza, dando-os como incurso nas sanções dos arts. 228, *caput*, e 229, §§ 1º e 3º, ambos do CP, e a primeira também nas sanções do art. 243 c/c o art. 81, II, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, pelos seguintes fatos descritos na proemial acusatória:

“Casa de prostituição

“Os denunciados Nilvânia e Renato, concubinos, na companhia do co-acusado Joel, estabeleceram uma verdadeira entidade criminosa, estável e habitual, destinada à exploração econômica do lenocínio.

“Como tal, Nilvânia e Renato, verdadeiros proprietários da firma Vânia’s Bar, localizada na Marginal Leste, nesta, passaram a exercer o

peculiar ofício, com a administração do ilícito negócio, sendo auxiliados decisivamente por Joel, que se incumbia também de realizar o transporte das prostitutas no interior deste burgo, bem como cooptá-las diretamente em rincões outros.

“Os denunciados, assim, agindo com *animus lucri faciendi*, utilizavam o local retromencionado para prática de prostituição habitual, como se depreende da leitura do investigatório.

“Induzimentos à prostituição

“Relembra-se que os denunciados Renato e Nilvânia são proprietários do prostíbulo Vânia’s Bar, no qual também trabalha o co-acusado Joel, à função de motorista.

“Não satisfeitos com a prática singular de tal crime, visando a garantir o suprimento de sua desgraçada mão-de-obra, constituída por meretrizes, os acusados *supra* constituíram verdadeira sociedade criminosa, elaborando bem engendrado plano de cooptação na cidade de origem de Nilvânia, qual seja, Campo Mourão, no Paraná.

“Em assim sendo, costumeiramente dirigiam-se os acusados à cidade de Campo Mourão, na espaçosa *van* Besta de propriedade de Nilvânia e Renato, veículo então conduzido pelo motorista Joel, com o intuito de induzir expressiva quantidade de jovens para o mundo da prostituição empresarial, tendo como destino o estabelecimento Vânia’s Bar.

“Em lá chegando, estando todos os acusados imbuídos de intuito pré-

ordenado e agindo de forma cooperativa, passavam a contactar as ditas moças, egressas de miserável camada social e com capacidade de resistência minorada, induzindo-as e atraindo-as para a prática do meretrício no atraente litoral catarinense.

“Consumado o pretendido induzimento, as vítimas eram então trazidas gratuitamente para esta cidade de Balneário Camboriú, no nominado veículo de transporte.

“Os denunciados mantinham o estabelecimento com o intuito de auferir lucros com a exploração de garotas de programa, as quais eram induzidas a ingerir bebidas alcoólicas e, se fossem convidadas, deveriam fazer programas com os ‘clientes’.

“As regras do prostíbulo, draconianas, constituíam, em resumo, que a garota estabelecia o preço do programa, sendo que o correspondente à bebida consumida pelo cliente seria repassado ao estabelecimento, ficando a vítima apenas com uma pequena porcentagem, nos domingos, sendo descontado da fêria o preço da moradia (eis que residem elas com os denunciados Nilvânia e Renato), cigarro, produtos de limpeza e lavagem de roupa.

“*Fato n. 1 (vítima E.)*

“Em data a se (*sic*) precisada no curso da instrução, neste ano de 2001, o denunciado Joel, agindo com a anuência dos remanescentes denunciados, contactou na cidade de Campo Mourão a menor E. A. M., que possui 17 anos, oferecendo-lhe o mister

de prostituta no Vânia’s Bar, tendo satisfeito seu intento, razão pela qual trouxe-a no veículo Besta. Por óbvio, a vítima restou aceita no dito prostíbulo.

“Não bastasse isso, a denunciada Nilvânia *induziu a menor vítima E.*, que adotara o convencional nome de guerra Scheila, *ao exacerbado consumo de bebidas alcoólicas*, no montante de até vinte doses por noite, com o intuito de majorar os lucros da sua casa noturna. Fornecera à denunciada, pois, substância capaz de causar dependência química a menor de idade.

“Frisa-se que, quando da deflagração das diligências policiais, a denunciada Nilvânia, visando a garantir sua impunidade, escondeu às 12 horas do dia 20 de setembro do corrente ano a menor E., vulgo Scheila, na residência localizada à Rua Oscar Vieira, 104, quadra 15, Centro, Camboriú, SC, pertencente à pessoa de sua confiança, Nair de Souza. Nesta mesma data, ao depois, a diligente autoridade policial logrou encontrar E. em tal sítio.

“*Fato n. 2 (vítima R.)*

“Em data a se (*sic*) precisada no curso da instrução, neste ano de 2001, o denunciado Joel contactou na cidade de Campo Mourão a vítima R. T., oferecendo-lhe o mister de prostituta no Vânia’s Bar.

“Ato contínuo, o denunciado Joel levou a vítima *supra* à casa da progenitora da denunciada Nilvânia, chamada Leonora, localizada entre a

Rua das Palmeiras e a Rua Guarani, Campo Mourão, quando então conversaram eles, a ofendida e Joel, com os co-denunciados Nilvânia e Renato, ocasião em que lograram eles adimplir seu intuito criminoso, convencendo-a a se prostituir nesta cidade.

“Como forma de burlar os progenitores da jovem vítima R., com 19 anos de idade, o denunciado Joel asseverou falsamente que iria ela trabalhar (*sic*) aqui como uma babá, obtendo então o seu consentimento.

“Ao depois, a vítima R. adotou o nome de guerra Karin, trabalhando no prostíbulo *supra*.

“Fato n. 3 (vítima G.)

“No transcurso de maio do corrente ano 2001, a vítima G. R. de A. M., residente na cidade de Campo Mourão, restou assediada por uma mulher de nome Cleonice, a fim de que se empregasse como prostituta no estabelecimento Vânia’s Bar, nesta.

“Seduzida com a proposta, a ora vítima G. estabeleceu contacto telefônico com a denunciada Nilvânia, quando se reiterou o induzimento à prostituição, razão pela qual para cá veio em julho de 2001, com a passagem de ônibus paga, passando de imediato a trabalhar no lupanar. Adotou então o nome de guerra Lenita.

“Não surpreendentemente, em face dos termos do draconiano *contrato de trabalho*, passados dois meses do início da sua prostituição, a vítima G. está devendo R\$ 200,00 para os denunciados, o que virtualmente

torna impossível o abandono do meretrício [...].

“Fato n. 4 (vítima V.)

“Em junho do ano de 2000, em data a ser melhor precisada no curso da instrução, a progenitora da denunciada Nilvânia, Leonora, previamente acordada com os demais acusados, convidou a vítima V. A. C., em Campo Mourão, para vir se prostituir nesta cidade de Balneário Camboriú, no estabelecimento Vânia’s Bar.

“Fragilizada, a vítima V. cedeu, tanto que se iniciou na prostituição, ainda hoje trabalhando na casa Vânia’s Bar.

“Fato n. 5 (vítima C. de C.)

“Em maio do corrente ano, os denunciados Joel, Nilvânia e Renato dirigiram-se, como de costume, à cidade de Campo Mourão, visando a arrebanhar novo acervo carnal para o seu estabelecimento.

“Assim é que o denunciado Joel contactou primeiramente a vítima C. de C., levando-a então aos co-acusados Renato e Nilvânia, quando lhe ofereceram a função de prostituta no Vânia’s Bar, nesta, tendo a ofendida aceitado a oferta.

“Destaca-se que voltaram eles (os acusados e a vítima C.) no veículo Besta de propriedade de Renato e Nilvânia, conduzido por Joel, o que bem demonstra a forma cooperativa e perfeita distribuição dos misteres.

“Adotou ela, então, o nome de guerra Patrícia” (fls. 3 a 7).

Regularmente processado o feito, a Magistrada julgou parcialmente procedente a denúncia (fls. 385 a 400), absolvendo Renato Augusto Schmitt e Joel Jece de Souza das imputações que lhes eram feitas, com fulcro no art. 386, IV e VI, do CPP, e condenando a ré Nilvânia Mara Tasca às penas de 2 (dois) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 229 do CP, e às penas de 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, pelo cometimento do delito previsto no art. 243 do ECA, absolvendo-a da prática do crime descrito no art. 228 do CP.

Foi fixado o regime aberto para o início do cumprimento das penas privativas de liberdade, que foram substituídas por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade. O valor unitário dos dias-multa foi estabelecido em 1/5 (um quinto) do salário mínimo.

Irresignada, apelou a acusada (fls. 404 e 412 a 423), alegando, em síntese, que não foram colhidos elementos suficientes para evidenciar a ocorrência de crime, como demonstraria a diversidade de capitulações propostas pelas várias autoridades que atuaram no feito.

Alega ainda que apenas possuía um bar, não intervindo nos eventuais acertos com fim libidinoso travados pelos freqüentadores, todos adultos e responsáveis pelos próprios atos.

Pleiteia, ao final, a absolvição ou a redução das penas impostas, especialmente a de multa, fixada em

valor muito superior à sua capacidade financeira.

Com as contra-razões (fls. 432 a 435), os autos ascenderam a este grau de jurisdição e foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer lavrado pelo doutor Raul Schaefer Filho, opinou pelo provimento parcial do recurso, absolvendo a ré pelo crime do art. 229 do CP (fls. 440 a 444).

II — Voto

Trata-se de recurso de apelação interposto por Nilvânia Mara Tasca contra a condenação pela prática dos delitos previstos nos arts. 229 do Código Criminal e 243 do ECA.

Em relação a este último, observa-se que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, prevista nos §§ 1º e 2º do art. 110 do Código Penal, *in verbis*:

“§ 1º — A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

“§ 2º — A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa”.

Isso porque a apelante foi condenada à pena de 06 (seis) meses de detenção por aquele delito.

A prescrição, portanto, ocorre em 2 (dois) anos, de acordo com o inciso VI do art. 109 do Código Penal,

lapso este transcorrido entre a data do recebimento da denúncia – 1º-10-01 (fls. 138 a 141) – e a da publicação da sentença condenatória – 5-9-04 (fl. 400v.).

Acrescenta-se que, embora a ré tenha sido condenada também por outro crime, a prescrição opera-se separadamente para cada um deles, consoante o disposto no art. 119 do CP.

Dessa guisa, transitada em julgado para a acusação a sentença condenatória, e decorrido lapso superior ao bienal entre o dia do recebimento da denúncia e o da publicação daquela decisão, outra solução não há senão a decretação da prescrição da pretensão punitiva do Estado na forma retroativa.

Já quanto ao crime de manter casa de prostituição, o inconformismo merece provimento apenas no que tange à pena de multa.

De fato, a prática do crime encontra-se amplamente evidenciada pelos depoimentos das prostitutas que trabalhavam no local (fls. 16 a 18, 20 e 21, 23 e 24, 25 e 26, 28 e 29, 33 e 34, 35 e 36, 38 e 39, 41 e 42, 63, 64, 65, 66, 97, 98, 99, 100 e 101), bem como pela confissão da acusada, *in verbis*:

“[...] Que são verdadeiros em parte os fatos narrados na denúncia; [...] que a ré é proprietária do estabelecimento conhecido por Vânia's Bar há três anos; [...] que a ré tinha garotas de programa que trabalhavam no estabelecimento Vânia's Bar; [...] que

as garotas acertavam o preço com os clientes e ficavam com todo o dinheiro do programa; que a ré pagava uma comissão para as garotas sobre as bebidas que consumiam e que faziam os clientes consumirem [...]” (fl. 146).

Nesse contexto, nulo é o poder de convencimento dos relatos das testemunhas de defesa, segundo as quais o “Vânia's Bar” era um estabelecimento comum, que servia apenas bebidas, lanches e sucos (fls. 307 e 308).

A afirmação, contida nas razões de recurso, de que a apelante apenas conduzia seus negócios lícitos no estabelecimento não se envolvendo de nenhum modo com o meretrício ali praticado, é desmentido por dezenas de depoimentos colhidos na fase policial, segundo os quais a ré estabelecia regras claras de acerto de receitas e despesas relativas aos programas realizados ou combinados no local, regras mencionadas em parte no interrogatório transcrito *supra* (fls. 16, 21, 23, 25, 28, dentre várias outras).

Observa-se ainda que diversas meretrizes mencionaram, na fase policial, a existência de acomodações no local próprias para os encontros íntimos (fls. 41, 97 e 99), circunstância confirmada pelo policial Maurício José Hostin (fl. 96), o que revela, sem a menor margem de dúvida, que o “Vânia's Bar” era um autêntico lupanar, dotado de plena estrutura para acomodar a prática da prostituição.

De resto, os argumentos expendidos nas razões de apelação tratam em grande parte da questão da prisão

cautelar da ré – mantida por ocasião do flagrante e afinal revogada pela decisão de fl. 241 – não possuindo a menor pertinência no presente momento processual, pois relativos à garantia da ordem pública e à necessidade de segregação preventiva.

Do mesmo modo, é absolutamente irrelevante que, ao longo da investigação policial, tenha sido cogitada a aplicação de vários outros dispositivos legais, pois, além da solidez dos elementos de convicção ameadados, tal circunstância não indica nenhuma deficiência da prova, devendo-se, sem dúvida alguma, à complexidade das questões pertinentes ao concurso aparente de normas, que se mostram particularmente palpitantes no capítulo dos crimes relacionados à prostituição, posto que previstos em tipos fronteiriços e não raro sobrepostos em seu conteúdo.

Salienta-se, por fim, que as diligências policiais demonstraram que uma adolescente de 17 anos, E. A. M., prostituía-se no estabelecimento. Embora as meretrizes ouvidas em Juízo tenham negado o fato, ele é provado pelos inúmeros depoimentos colhidos na fase investigativa (fls. 18, 24, 26, 29, dentre outros), bem como pelo testemunho judicial da policial Mara Regina Nicolini, que indica claramente que a ré tentou ocultar E. A. M. na casa de terceira pessoa (fl. 233) – Nair de Souza – decerto por saber que, diante do incidente envolvendo a prostituta R., o “Vânia’s Bar” seria objeto de ação policial.

Veja-se, a propósito, o depoimento da própria E. A. M., que, em-

bora não ouvida em Juízo, prestou declaração plenamente compatível com as circunstâncias de sua apreensão e com o restante da prova:

“[...] que depois disso pediu para Nilvânia para trabalhar; que Nilvânia disse que ela poderia trabalhar lá mas desde que não complicasse o lado dela [...] que trabalhou terça-feira dia 18 de setembro no bar fazendo programas, que de lá amanhecer na quarta-feira foi para a casa do Milton (irmão da Nilvânia), que foi para lá levada pelo Maicon (filho do Renato marido de Nilvânia), que disse que estava dando uns problemas [...]” (fl. 21).

R. T. também forneceu informações importantes a respeito da prostituição de menores no local e da ciência de Nilvânia a respeito:

“[...] que o Bira frequenta a casa da Nilvânia e que eles são muito amigos, que o Bira avisa quando vai dar ‘batida’ no bar e tem menina de menor lá, que tem duas meninas de menor a E. (nome de guerra S.) e C. (nome de guerra E.), que Nilvânia esconde S. e K. na casa do Vilmar (amigo de Nilvânia) [...]” (fl. 18).

“Bira”, esclareça-se, é Ubiracy Epifânio, funcionário da Secretaria da Educação que já esteve lotado na Delegacia da Mulher (fl. 17).

Nem se diga que o depoimento de R. é suspeito em face de seu entrevero com Nilvânia – desentendimento que deflagrou a ação policial ensejadora do presente processo – pois ele foi confirmado por Siliane Rosa, *in verbis*:

“[...] que Karim (R.) saiu correndo, que Nilvânia mandou a declarante dar uma volta antes que a Karim desse queixa na polícia, a declarante foi a praia, que sempre que a polícia dá ‘batida’ no Vânia’s Bar a Nilvânia sabe com antecedência e manda as meninas de menor idade para a casa do Vilmar [...] (fl. 24).

Repisa-se que, embora essas testemunhas não tenham sido ouvidas em Juízo, seus relatos estão em plena consonância com as circunstâncias em que foi encontrada E. A. M. — na casa de Nair, amiga da ré e que também prestou depoimento na fase inquisitiva (fls. 13 e 14).

A idade de E. A. M., por sua vez, encontra-se certificada às fls. 22 e 74 dos autos.

Assim, demonstrada à saciedade a ocorrência da infração em todos os seus aspectos, inviável a absolvição da ré.

Impende assinalar, a propósito, que a tese sustentada pela douta Procuradoria-Geral de Justiça não pode ser acatada.

De acordo com o parecer de fls. 440 a 444, o fato praticado pela ré — manutenção de prostíbulo — não atingiu o bem jurídico tutelado, uma vez que não houve nenhum abalo dos costumes, da moralidade média ou das regras de boa convivência, pois o estabelecimento já existia há alguns anos, em perfeita harmonia com a população local e com o poder público. Invoca, a propósito, recentes escritos de autores prestigiados da literatura pátria.

A tese, embora atraente e representativa de um esforço elogiável, não pode ser albergada.

Em primeiro lugar, deve-se salientar que a ausência de alarde social não possui nenhuma relevância para a configuração do crime em tela, nada obstante estar ele previsto no Título VI da Parte Especial, denominado “Dos crimes contra os costumes”.

Com efeito, a nomenclatura legal — sob a qual se agrupam infrações tão distintas quanto o estupro e o ato obsceno — não expressa um *“bem jurídico no sentido rigoroso do termo”*, não passando *“de um conceito nominal, de um nome escolhido, algumas vezes, com pouca felicidade”*, como precisamente ensinava o mestre pernambucano Everardo da Cunha Luna (Bons costumes — Direito Penal — *in* Enciclopédia Saraiva de Direito, coord. Rubens Limongi França, vol. 12, 1978, p. 131). O ponto comum de todas as infrações ali agrupadas não é, assim, a idoneidade a causar escândalo, mas, sim, a pertinência à vida sexual da pessoa.

Assim sendo, não impressiona o argumento de que o prostíbulo da ré era visto com indiferença na comunidade, pois a denominação *“Crimes contra os costumes”*, vazia e até equivocada, não deve ser tomada em sua literalidade, fornecendo pouco subsídio em matéria de interpretação. De resto, Carlos Fontán Balestra, lembrando Sebastián Soler, ensina que, embora o agrupamento legal dos crimes em títulos e capítulos forneça importante subsídio para a interpreta-

ção, eles não podem ser tomados “em sua isolada literalidade para afirmar sempre e de um modo concludente que elas sozinhas expressam a exata vontade da lei” (*Tratado de Derecho Penal*, t. IV, 2ª ed. atual. por Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo-Perrot, 1996, § 76, n. 3, p. 32).

De qualquer modo, mesmo esclarecido que os crimes contra os costumes não têm como elemento constitutivo o alarma social – faltante até mesmo no crime escandaloso por excelência que é o de “escrito ou objeto obsceno” (cf. *Delmanto et alli*, Código Penal comentado, 6ª ed., Renovar, 2002, p. 499) – poder-se-ia cogitar da impunidade por ausência de lesão efetiva a um bem jurídico penalmente tutelado, ou de legitimidade da tutela penal desse bem.

No entanto, o invocado “princípio da ofensividade”, de dedução trabalhosa das normas constitucionais em vigor, embora represente elogiável esforço – que é o de impor restrições materiais à incessante atividade incriminadora do legislador – ainda se encontra em estágio embrionário de elaboração científica, carecendo de contornos precisos que favoreçam sua acolhida.

De fato, o próprio ponto de partida das formulações mais freqüentes desses esforços limitadores do poder punitivo, que é o princípio da exclusividade proteção de bens jurídicos, encontra-se sob disputa doutrinária, havendo quem conteste a capacidade de rendimento dessa abordagem (cf. Luís Greco, Princípio da ofensividade e cri-

mes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 50, RT, set./out. 2004, p. 89 a 147, esp. 107 e ss.).

No caso vertente, mostra-se pouco tentadora a adoção das ponderações articuladas no douto parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, mormente diante da existência de prostitutas menores de 18 anos no estabelecimento, exercendo seu desgraçado ofício sob os auspícios da ré, principal beneficiária do comércio carnal. Impróprias ao caso, portanto, as assertivas de que “a tutela penal deve ser reservada para aquilo que efetivamente perturba o convívio social” (Capez) e “o Direito Penal só pode intervir quando houver ofensa a bens fundamentais para a subsistência do corpo social” (Flávio Gomes), trazidas à fl. 442 da manifestação ministerial, pois é duvidoso que a manutenção de prostíbulo não possua essa qualidade ofensiva.

Voltando-se à análise dos pleitos articulados na apelação, verifica-se que o de redução das penas merece parcial provimento.

A Magistrada, ao tratar da pena privativa de liberdade, fixou-a em seu mínimo para o crime em tela, ou seja, em 2 anos de reclusão, em face das circunstâncias judiciais favoráveis da ré. Não se justifica, portanto, que a pena de multa tenha sido imposta na quantidade de 100 dias – dez vezes o mínimo legal dessa espécie de sanção.

Com efeito, inexistindo no Código Penal, desde a reforma de 1984, a previsão de limites mínimos e máximos da multa específicos para cada crime – tal como havia na redação original do Cântone Repressivo – a fixação da pena privativa de liberdade em sua menor duração deve implicar a imposição do mínimo legal de dias-multa previsto para todos os crimes (art. 49 do CP).

Nesse sentido, já se decidiu:

“Penas cumulativas. Sanção pecuniária. Arbitramento pela sentença acima do mínimo legal. Reprimenda corporal quantificada no mínimo abstratamente cominado para a infração. Proporcionalidade obrigatória. Circunstâncias judiciais favoráveis ao réu. Recurso parcialmente provido.

“As penas cumulativas devem ser fixadas proporcionalmente. Logo, quantificada a corporal no mínimo abstratamente cominado para a infração, idêntico parâmetro deve-se necessariamente observar no concernente à dosagem da pecuniária” (Apelação Criminal n. 2004.031618-7, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 14-12-04).

Assim, o número de dias-multa é reduzido para dez.

Já o seu valor unitário deve ser mantido.

Com efeito, de acordo com a jurisprudência dominante deste Tribunal, o número de dias-multa deve ser fixado de acordo com o art. 59, e em proporção, portanto, com a pena privativa de liberdade.

O valor de cada dia-multa, por outro lado, se pauta pelas condições econômicas do réu, consoante o art. 60 do CP.

Nesse sentido:

“O valor do dia multa é fixado de acordo com a situação econômica do condenado, porém a quantidade, como a pena detentiva, deve ser fixada de acordo com o artigo 59 do Código Penal” (JTJ 189/332)” (*in* Julio Fabbrini Mirabete, Código Penal interpretado, Atlas, 1999, n. 60.1, p. 341).

No caso vertente, a ré aparenta uma condição financeira razoável, haja vista o vulto de seu estabelecimento – o qual, ilícito embora, certamente lhe provia considerável lucro – não tendo feito prova convincente de que passe qualquer dificuldade. Sua situação financeira futura dependerá de sua capacidade para adaptar-se ao trabalho lícito, não podendo servir-lhe de escusa o fato de que, por vir-se fazendo sustentar de forma ilegal, já não goza da mesma prosperidade de antes.

Perfeitamente razoável, portanto, a fixação de 1/5 do salário mínimo como valor de cada dia-multa.

A pena privativa de liberdade, por outro lado, já foi fixada no mínimo legal, não havendo margem para redução.

Por fim, observa-se que a Magistrada incorreu em equívoco ao substituir a pena superior a um ano por apenas uma restritiva de direitos, como já se decidiu:

“Estelionato – Recurso da acusação – Insurgência quanto à substituição da pena privativa de liberdade por apenas uma restritiva de direitos – Pena imposta superior a um ano – Necessidade de substituição por duas penas alternativas – Recurso provido” (Apelação Criminal n. 2004.024593-9, rel. Des. Torres Marques, j. em 9-11-04).

Todavia, inexistindo recurso da parte interessada impugnando esse tópico, inviável sua correção.

III — Decisão

Diante do exposto, por unanimidade, dá-se provimento parcial ao recurso para declarar extinta a punibilidade pelo crime descrito no art. 243

da Lei n. 8.069/90, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa, bem como para reduzir a pena de multa do crime do art. 229 do CP para dez dias-multa, mantidas as demais cominações da r. sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 26 de abril de 2005.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente, com voto;
Carstens Köhler,
Relator.

INTERPELAÇÃO JUDICIAL

INTERPELAÇÃO JUDICIAL N. 2004.037293-4, DE SÃO MIGUEL DO OESTE

Relator: Des. Sérgio Paladino

Interpelação judicial. Pedido de explicações. Art. 25 da Lei n. 5.250/67. Prefeito municipal. Competência por prerrogativa de função instituída pelo art. 84, § 1º, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei n. 10.628/02. Inconstitucionalidade da norma suscitada pelo Procurador de Justiça, ao argumento de que o foro privilegiado não se compatibiliza com o princípio da isonomia. Presunção de constitucionalidade das leis, que não cede diante de eventuais dúvidas a respeito da compatibilidade destas com o texto da Carta Magna. Precedentes desta Corte. Arguição repelida.

“Presumem-se constitucionais os atos do Congresso. Na dúvida, decidir-se-á pela constitucionalidade. O Juiz deve abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade, toda vez que, sem isso, possa julgar a causa e restaurar o direito violado. Sempre que possível, adotar-se-á a exegese que torne a lei compatível com a Constituição” (Poletti, Ronaldo, Controle da constitucionalidade das leis, 2ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 105).

Decadência do direito de queixa ou de representação. Prazo de três meses para a propositura da ação penal, contado da data da publicação ou transmissão. Transcurso de lapso superior ao previsto em lei sem que tenha sido deflagrada. Explicações fornecidas pelo interpelado. Desaparecimento do objeto do procedimento preparatório em face da apresentação de explicações pelo interpelado. Extinção do processo sem apreciação do mérito. Art. 267, inciso XI, do CPC. Aplicação subsidiária por força de norma expressa da lei de imprensa.

“Ao fixar o prazo de três meses para a prescrição do direito de queixa, contado da data da publicação ou da transmissão, na verdade estabeleceu verdadeiro prazo decadencial, que atinge o direito de agir da parte” (JUTACrim 92/420). Em face disso, e do fato de o interpelado haver apresentado as explicações por meio deste perseguidas, desapareceu o objeto deste procedimento preparatório.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Interpelação Judicial n. 2004.037293-4, da comarca de São Miguel do Oeste (1ª Vara), em que é interpelante Achilles Fávero e interpelado Pedro Rodrigues da Silva:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, rejeitar a prefacial argüida pelo Dr. Procurador de Justiça e extinguir o processo, sem apreciação de mérito, à luz do

estatuído no art. 267, inciso XI, do Código de Processo Civil.

Custas na forma da lei.

Cuida-se de interpelação judicial intentada por Achilles Fávero contra Pedro Rodrigues da Silva, ex-prefeito municipal de Barra Bonita, alegando que em entrevista concedida no dia 5 de março de 2004 ao repórter da Rádio Peperi, de São Miguel do Oeste, o ora interpelado teceu comentá-

rios desairosos a seu respeito, bem como ao seu desempenho como vereador.

Da transcrição da entrevista efetivada por perito oficial (fls. 8 a 11), solicitada pelo interpellante, e que consiste no ponto nodal das explicações, transcreve-se, *verbis*:

[...]

“Eu tenho uma admiração muito grande do Aquiles Fávero pelo trabalho, as duas vez que ele me ajudô, me ajudô a me elegê, mais não sei porque eles garraram e levaram, eu acho que eles prometeram prato cheio e ele está esperando aí decerto esse prato cheio. Como o Aquiles Fávero falô na própria rádio que saiu do PP por causo que eu não ajudei ele particular, ele pediu pra mim ajudá particular mais eu não posso ajudá o vereador particular porque o vereador tá na comunidade pra pedi obra, pedi coisa pra população cumo eu sempre levei, tudo o que ele sempre pediu prá levá no Treis de Maio, o, eu fiz dentro do Treis de Maio eu levei. Agora, pegá dinheiro particular da prefeitura pra dá prum vereador, prá ajudá, esse eu não posso, não tem maneira que faça a gente fazê isso [...]” (fl. 11).

Visando ao exercício do direito de resposta, intentou interpelação judicial, com o intuito de notificar o interpellado para prestar explicações, com fulcro no preceito inscrito no art. 25 da Lei n. 5.250/67.

Notificado (fl. 19), Pedro constituiu defensor (fl. 24) e prestou os esclarecimentos solicitados, que foram

acostados aos autos, abrindo-se vista ao representante do Ministério Público, que suscitou, preliminarmente, a incompetência do Dr. Juiz de Direito para processar e julgar o feito, opinando pela respectiva remessa a esta Corte.

Acolhendo o parecer do Dr. Promotor de Justiça, o Magistrado remeteu os autos a este Tribunal.

Instada a manifestar-se, fê-lo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Odil José Cota, suscitando, preliminarmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal, competindo, em razão disso, ao Dr. Juiz *a quo* processar e julgar o feito, ou, se diverso o entendimento desta Câmara, opina pela devolução dos autos ao autor.

É o relatório.

Inicialmente, faz-se mister a análise da argüição de inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal.

Em que pesem as respeitáveis opiniões doutrinárias e jurisprudenciais em sentido diverso — algumas das quais colacionadas pelo Des. Irineu João da Silva em judicioso voto proferido nos autos do Recurso Criminal n. 2003.007701-4, de Campo Erê —, nesta Câmara não grassa nenhuma divergência no que pertine à questão, havendo prevalecido a exegese que homenageia a presunção de constitucionalidade das leis, que não cede diante das dúvidas que porventura venham a instalar-se no espírito do

operador do Direito sobre a compatibilidade da norma inscrita no diploma ordinário com o texto da Carta Magna, sendo imprescindível à declaração incidental de inconstitucionalidade que o vício salte aos olhos.

Nesse diapasão, assinala Ronaldo Poletti:

“Cooley ensina no sentido de que, sobre a matéria de declaração de inconstitucionalidade, os tribunais devem agir com precaução, não sem relutância e hesitação, e, somente no caso de um dever imperativo, declarar a violação da Lei Maior. E que, em regra, nenhum Tribunal se pronunciará contra a validade de uma lei, senão em caso de absoluta necessidade. Noutro passo: ‘A dúvida acerca da validade constitucional de uma lei não é, nunca, motivo suficiente para que ela seja posta de lado’. Apóia-se, ele, em vários arestos: não é por leve suposição ou vaga conjectura que se deve declarar que o poder legislativo excedeu a órbita da sua competência e os seus atos, por isso, considerados nulos. A discordância (*opposition*) entre a Constituição e a lei deve ser tal, que se apodere do juiz a clara e viva convicção da incompatibilidade entre uma e outra; a presunção de validade da lei, até que se prove de modo irrefutável que foi elaborada em flagrante violação da Constituição, funda-se no respeito devido à sabedoria, à integridade e ao patriotismo da corporação legislativa.

“Na dúvida, o juiz não declara a inconstitucionalidade.

“A inconstitucionalidade não se presume. Há de resultar de manifesta ofensa à Lei Magna.

“Presumem-se compatíveis com a Constituição as normas legais. Entre duas exegeses prefere-se a que não infirma o ato da autoridade.

“Presumem-se constitucionais os atos do Congresso. Na dúvida, decidir-se-á pela constitucionalidade. O Juiz deve abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade, toda vez que, sem isso, possa julgar a causa e restaurar o direito violado. Sempre que possível, adotar-se-á a exegese que torne a lei compatível com a Constituição” (Controle da constitucionalidade das leis, 2ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 104 e 105).

Diante disso, enquanto não declarada inconstitucional pela Suprema Corte — perante a qual tramitam duas ações diretas de inconstitucionalidade com essa finalidade, a saber, n. 2.797 e n. 2.860, em que foram negadas as liminares —, e não detectado o vício que lhe assaca o órgão do Ministério Público desta instância — que, se configurado, afastaria a presunção de constitucionalidade em que se assentam as leis —, permanece hígido o § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal, surtindo os jurídicos efeitos em razão dos quais foi concebido.

Essa, aliás, a exegese expressa em precedente desta Corte:

“Processual penal – Recurso em sentido estrito – Competência por prerrogativa de função – Art. 84 do

CPP, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 10.628/2002 – Constitucionalidade – Manutenção da competência desta Corte que se impõe por razões jurídicas e pragmáticas (art. 2º do CPP) – Recurso desprovido” (RCR n. 2003.008753-2, de Joinville, rel. Des. Torres Marques).

Do texto do acórdão, transcreve-se o seguinte excerto:

“Em respeito a esta norma, se admitir-se a constitucionalidade da norma impugnada até a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da questão, não haverá prejuízo à validade dos atos processuais praticados qualquer que seja o resultado dessa manifestação, em respeito ao disposto no art. 2º do CPP.

“Contudo, se declarado inconstitucional nesta sede o art. 84, § 1º, do CPP, e, porventura, a manifestação do Supremo Tribunal Federal for em sentido contrário, toda a tramitação do feito no juízo incompetente pode ser anulada, o que acarretaria a morosidade na prestação jurisdicional que o recorrente pretende evitar”.

Por outro lado, verifica-se que o pedido foi distribuído, em 26-4-2004, à 1ª Vara da comarca de São Miguel do Oeste (fl. 2 verso), instruído com a transcrição do conteúdo de gravação em fita cassete (fls. 8 a 11), Ata de n. 194/2004, da Câmara Municipal de Barra Bonita (fls. 12 e 13), além da referida fita lacrada (fl. 14), tendo sido ordenada a notificação do interpelado (fl. 16 verso), que apresentou explicações (fls. 21 a 23), promovendo-se o

posterior encaminhamento dos autos ao Dr. Promotor de Justiça (fl. 25 verso), que argüiu, em 28-10-2004 (fl. 26), a incompetência do Juízo, porquanto o interpelado, na qualidade de prefeito municipal, gozava de foro privilegiado, motivo pelo qual o Magistrado determinou, em 8-11-2004 (fl. 26 verso), a remessa dos autos a este Tribunal, tendo estes ascendido somente em 16-12-2004 (fl. 29 verso).

As referências que teriam atingido a honra de Achilles foram assacadas em 5-3-2004, tendo o pedido de explicações sido protocolizado em 26-4-2004. Levando-se em conta que a dedução do pleito não se constitui em causa interruptiva da decadência do direito de queixa ou de representação, com vistas à deflagração da ação penal voltada à apuração e punição pelo cometimento da apontada conduta, operou-se a decadência, já que daquela data até a presente decorreu lapso superior a três meses, não se justificando a instauração do procedimento preparatório, à míngua de interesse jurídico.

A respeito, proclamou a jurisprudência:

“De natureza instrumental, o pedido de explicações colima esclarecer dúvida sobre o verdadeiro sentido das referências, alusões, ou frases das quais se infere ofensa à honra e propiciar eventual propositura de ação penal contra o ofensor. Se esta, entretanto, não é mais viável – ante a decadência operada – nada justifica a instauração do processo preparatório” (RT 613/341).

Além disso, Pedro apresentou explicações concernentes ao conteúdo da entrevista que concedeu ao repórter da Rádio Peperi em 5-3-2004 (fls. 21 a 23), de forma que a pretensão deduzida por meio da interpelação foi atendida, impendendo que delas se dê imediata ciência ao interpelante.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar argüida pelo Dr. Procurador de Justiça, extinguiu-se o processo, sem apreciação do mérito, à luz do preceito inscrito no art. 267, inciso XI, do

Código de Processo Civil, em virtude do desaparecimento do objeto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, emitindo parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 5 de abril de 2005.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.

RECURSO DE AGRAVO

RECURSO DE AGRAVO N. 2005.003682-8, DE ARARANGUÁ

Relator: Des. Torres Marques

Execução penal – Unificação de penas – Incidente que abranja condenações transitadas em julgado – Admissibilidade em relação a sentenças com trânsito em julgado para a acusação desde que não acarrete prejuízo ao réu – Soma que resulta em fixação de regime mais gravoso – Inadmissibilidade – Decisão reformada para excluir a pena que vem sendo cumprida provisoriamente – Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 2005.003682-8, da comarca de Araranguá (Vara Criminal, Infância e Juventude), em que é recorrente Carlos Antônio Pereira e recorrida a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Carlos Antônio Pereira, inconformado com a decisão que unificou

as penas a ele impostas e fixou o regime de cumprimento fechado, interpôs o presente recurso de agravo.

Argumenta que não se pode unificar as penas a ele impostas em caráter definitivo, um vez que uma delas não transitou, ainda, em julgado. Diz que com tal medida estar-se-ia executando, definitivamente, uma reprimenda até então provisória.

Alega que, sendo válida a unificação, estaria o recorrente sofrendo constrangimento ilegal ao ser obrigado a resgatar sua pena em regime mais gravoso, já que a condenação é passível de reforma, tanto total quanto parcial.

Em vista disso, requereu a revisão da decisão para que seja restabelecido o *status quo ante*, voltando a resgatar a pena provisória em regime semi-aberto, com a possibilidade de progressão ao aberto, bem como saídas temporárias até o trânsito em julgado, para que, posteriormente, seja feita a unificação. Alternativamente, requereu seja elaborada a soma das penas conforme os cálculos demonstrados, concedendo-se o regime semi-aberto para o resgate integral daquelas.

Contra-arrazoados, ascenderam os autos a esta Instância Superior, sendo ofertado parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 25 a 30) que se manifestou pelo conhecimento e provimento do recurso, excluindo do somatório de penas a reprimenda que ainda não transitou em julgado.

II — Voto

Trata-se de recurso de agravo interposto contra decisão que unificou as penas impostas a Carlos Antônio Pereira Ferreira no *quantum* de 10 (dez) anos, 3 (três) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, a serem cumpridas em regime inicialmente fechado.

Urge mencionar que o recorrente foi condenado em três oportunidades distintas, a saber:

Processo Crime n. 004.96.005650-2, da comarca de Aranguá, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, por infração ao disposto no artigo 228, § 1º, do Código Penal, transitada em julgado em 3-1-2003 (fl. 52 dos Autos n. 004.04.008825-5);

Processo Crime n. 7806, da comarca de Capão da Canoa/RS, à pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao disposto no artigo 155, *caput*, do Código Penal, transitada em julgado em 19-1-2004 (fls. 12 a 19 do incidente de soma de penas);

Processo Crime n. 069.03.001956-5, da comarca de Sombrio, à pena de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 44 (quarenta e quatro) dias-multa, por infração ao disposto nos artigos 288, *caput*, e 171, *caput*, c/c o artigo 71 (duas vezes) e artigo 297, *caput*, c/c o artigo 71 (três vezes, todos do Código Penal, sem

trânsito em julgado e com recurso impetrado em 13-8-2004 (fls. 32 a 57 do incidente de soma de penas), tendo sido beneficiado com a progressão de regime ao semi-aberto em 11-10-2004 (fl. 58 do incidente de soma de penas).

Infere-se, pois, que, instaurado incidente de soma de penas, foi considerada a reprimenda imposta em condenação que ainda não transitou em julgado, fato que veio a prejudicar o recorrente, tendo em vista que do somatório resultante foi fixado pelo Magistrado o regime fechado, ou seja, regime mais gravoso do que aquele em que ele vinha cumprindo a reprimenda.

Aí reside o inconformismo.

Tem-se que o instituto da unificação de penas, previsto tanto no Código Penal Pátrio quanto na Lei de Execução Penal, prevê, *a priori*, a soma/unificação de penas quando já houver o trânsito em julgado das decisões. Porém, pode ocorrer também quando existir o trânsito em julgado para a acusação, ainda que pendente recurso defensivo, com a ressalva de que a medida não deva prejudicar aquele que vem cumprindo a pena.

Para ilustrar, já decidiram os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

“Processual penal – *Habeas corpus* – Execução provisória – Trânsito em julgado para a acusação – Possibilidade.

“Operado o trânsito em julgado da decisão para a acusação, não há

razão para impedir a execução provisória da pena, e, por consequência, a unificação das penas de modo a possibilitar a progressão de regime.

“Recurso ordinário provido. *Habeas corpus* concedido” (Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 11.990/PB, 2001/0138343-2, rel. Exmo. Sr. Min. Vicente Leal).

É também esse o entendimento doutrinário, conforme leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“[...] Com fundamento no artigo 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, que manda aplicá-la ao preso provisório, passou-se a entender, com razão, que nada impede que se providencie a execução provisória da sentença na pendência de recurso do acusado, quando transitada em julgado a decisão condenatória para a acusação. Realmente, prevê a lei de execução institutos penais como a progressão de regime, remição, livramento condicional, indulto etc., não se podendo excluir deles os condenados que, preenchendo os requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão desses benefícios, em decorrência de serem submetidos à prisão provisória, não estando sujeitos à agravação da sentença, diante do princípio da *non reformatio in pejus*. A exigência legal de expedição de guia de recolhimento para a execução da pena privativa de liberdade é homenagem ao princípio de presunção de não culpabilidade e não pode *ser interpretada em detrimento do acusado*. Urge, pois, o disciplinamento legal regular da execução provisória, a fim de que

não fique postergada para após o trânsito em julgado definitivo da sentença a concessão dos referidos benefícios. Trata-se de aplicação de dispositivos de caráter penal que não pode ser protelada. [...] Por outro lado, não havendo trânsito em julgado para a defesa, é inadmissível a imposição de sanções ou deveres impostos exclusivamente àquele que foi irrecorrivelmente condenado diante do imperativo constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória [...]” (*in* Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2004. 11ª ed., p. 295).

Isso decorre do entendimento de que a execução de pena provisória é instituto que intenta beneficiar o apenado, possibilitando que este, no curso do processo, antes do trânsito em julgado de sentença definitiva, possa gozar dos benefícios que lhe são assegurados por lei (progressão de regime, livramento condicional etc).

Assim, considerando que no caso em apreço a unificação das penas impostas nos três processos em que o réu foi condenado (tendo uma transitado em julgado e duas transitado em julgado somente para a acusação), resultou na imposição de regime de cumprimento de pena mais gravoso, qual seja, o fechado, a reprimenda que não transitou em julgado não pode ser somada.

A unificação, portanto, só pode levar em conta as condenações que já constituíram coisa julgada, haja vista que, considerando a que ainda não é definitiva, a intenção de beneficiar o réu no curso da execução provisória cai por terra.

Nesses termos, dá-se provimento ao agravo para excluir do somatório das penas aquela que vem sendo cumprida provisoriamente, efetuando-se a unificação apenas das condenações impostas nos Autos ns. 004.96.005650-2 e 7806.

III — Decisão

Por unanimidade, dá-se provimento ao recurso para excluir do somatório das penas aquela que vem sendo cumprida provisoriamente.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Carstens Köhler. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 12 de abril de 2005.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente, com voto;
Torres Marques,
Relator.

RECURSO CRIMINAL

RECURSO CRIMINAL N. 2004.022726-4, DE SÃO JOAQUIM

Relator designado: Des. Maurílio Moreira Leite

Homicídio e lesões corporais graves decorrentes de acidente automobilístico. Desclassificação, na fase oportuna, para a modalidade culposa. Recurso criminal do Ministério Público em busca do restabelecimento do dolo eventual, submetendo-se, em consequência, o réu a julgamento pelo Tribunal do Júri. Agente que conduzia seu veículo em alta velocidade em local com grande circulação de pessoas e automóveis, sob efeito do álcool. Elementos suficientes a indicar a previsibilidade do sinistro. Provimento.

Extinção da punibilidade reconhecida de ofício com relação a uma das vítimas, que sofreu lesões leves, por ausência de representação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2004.022726-4, da comarca de São Joaquim, em que é recorrente a Justiça, por seu Promotor e recorrido Edson Alves Pereira:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, reconhecer, de ofício, a extinção da punibilidade quanto ao recorrido Carlos Eduardo Oliveira e, por maioria de votos, dar provimento ao recurso ministerial.

Custas legais.

Na comarca de São Joaquim, 2ª Vara, foi oferecida denúncia contra

Edson Alves Pereira, do seguinte teor: “No dia 25 de janeiro de 2004, por volta das 21 horas, o denunciado Edson Alves Pereira, em visível estado de embriaguez, conduzindo o veículo Monza, placa LZX 5193, de propriedade de seu pai, trafegava pela Rua Manoel Joaquim Pinto, no centro desta cidade e comarca, fazendo-o em velocidade incompatível com aquela, mesmo sabendo do intenso trânsito de pedestres e veículos no local, quando, na altura do estabelecimento comercial ‘Confeitaria Rogéria’, perdeu o controle do veículo, vindo a invadir a calçada defronte ao aludido estabelecimento, atropelando as vítimas Talita Aguiar Almeida, Gustavo Matos de Souza, Israel Batista Garcia, Israel

Artismo, Carlos Eduardo Oliveira e Rafael Ribeiro Alves.

“Em razão do violento e brutal acidente, a vítima Talita, de apenas 17 anos de idade, veio a falecer, tendo como causa de sua morte traumatismo crânioencefálico, conforme auto de exame cadavérico de fl. 28. Já as vítimas Gustavo Matos de Souza, Israel Artismo e Israel Batista Garcia sofreram lesões corporais de natureza grave, conforme os autos de exame de corpo de delito de fls. 22, 25 e 26, respectivamente, tendo resultado nas demais vítimas – Carlos Eduardo Oliveira e Rafael Ribeiro Alves – lesões corporais de natureza leve, conforme os autos de exame de corpo de delito de fls. 23 e 24.

“O denunciado Edson, após cometer o bárbaro crime, evadiu-se do local, sem prestar qualquer tipo de atendimento às vítimas, tendo sido, logo em seguida, abordado pela autoridade policial e conduzido até a repartição policial desta cidade e comarca.

“Sendo assim, o denunciado Edson agiu com dolo eventual, eis que havia ingerido bebida alcoólica, tinha ciência da concentração de diversas pessoas na referida rua, bem como conduzia o veículo em excessiva velocidade, além de proceder manobras arriscadas, tais como conduzir o veículo em ziguezague, pouco se importando com o que viesse a acontecer, assumindo o risco do resultado.

“Do exposto, vem denunciar Edson Alves Pereira como incurso nas

sanções do art. 121, *caput*, e art. 129, § 1º, inciso I (por três vezes), ambos do Código Penal Brasileiro” (fls. 1 e 2).

Com relação à vítima Rafael Ribeiro Alves, houve transação, a qual foi homologada à fl. 79.

No momento procedimental pertinente, resultou a imputação desclassificada para os arts. 302, inciso II (homicídio culposo, com a causa especial de aumento de pena por ter o crime sido praticado “na calçada”), e 303 (lesão culposa, por três vezes, acolhida a causa especial de aumento antes referida).

Inconformado com o resultado, o representante do Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, pretendendo o acolhimento da imputação no que se refere à capitulação de homicídio e lesões corporais, por três vezes, quando incidente o dolo eventual. É asseverado, após análise da prova coligida: “Deste modo, o acusado, com sua ação, conduzindo o veículo embriagado, numa velocidade totalmente incompatível com o local, além de ter consciência do movimento de pessoas e de veículos, deu causa ao fatídico acidente, assumindo o risco de produzir o resultado lesivo” (fl. 163). E mais: “Portanto, existem indícios suficientes de que o acusado assumiu o risco de produzir o resultado lesivo, dada a prova produzida no presente feito, as quais destacam o modo ofensivo como conduzia o veículo, depois de ter ingerido bebida alcoólica, em alta velocidade e em via com intenso tráfego de pedestres

e veículos, fatos admitidos por ele, colocando em perigo a vida das diversas pessoas que por ali estavam, como efetivamente ceifou a vida de uma jovem, além de lesionar outras cinco pessoas”.

No mesmo sentido a manifestação do assistente da acusação, por intermédio de seu representante, Dr. Antônio Hugen Nunes (fls. 173 a 179).

A defesa, em contra-razões, pretende a manutenção do que foi decidido.

Despacho de sustentação proferido à fl. 188.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Odil José Cota, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

Inicialmente, tendo em vista a ausência de representação pela vítima Carlos Eduardo Oliveira, que sofreu lesões corporais de natureza leve, declara-se extinta a punibilidade do réu com relação a esse crime, nos termos do art. 88 da Lei n. 9.099/95.

Materialidade e autoria inconteste, nuanças admitidas, até mesmo pela defesa. Culpa consciente ou dolo eventual? O agente, com sua conduta, não admite, em hipótese alguma, a possibilidade do resultado danoso ou, admitindo-o, embora não o desejando, assume o risco de produzi-lo. Sutil diferença entre culpa consciente e dolo eventual, sendo de difícil constatação, pois impossível penetrar no subjetivismo do agente.

Solução adequada à controvérsia deve emanar da análise dos atos praticados. Na espécie, o réu, que se encontrava embriagado (laudo de fl. 13 – “10,4 decigramas de álcool por litro de sangue”), trafegava em velocidade incompatível ao local (rua central de São Joaquim), com razoável concentração de pessoas (“local de bastante movimento de carros e pessoas nos finais de semana” – fl. 101), não conseguiu parar o veículo quando se aproximou de outro, que se encontrava parado “antes da faixa de pedestres, que fica antes da rua lateral e, ao desviar deste, seguiu subindo na calçada, atropelando as pessoas que ali estavam” (fl. 103). Da existência da faixa de pedestre não desconhecia o réu, pois residente naquela cidade, nuança que, por si só, impunha cuidados redobrados no que diz respeito à velocidade, como também, pela concentração de pessoas no local, aquela deveria ter sido reduzida a limites de segurança, nos termos do art. 220 do Código de Trânsito Brasileiro. No entanto, ao tentar desviar do veículo parado, o qual já deveria ter sido visualizado, perdeu o controle, subindo na calçada onde as vítimas se encontravam. Em decorrência do somatório de atitudes negativas, a outra conclusão não se pode chegar, senão à da ocorrência de dolo eventual. Neste sentido o já decidido: “Acidente de trânsito – Homicídio – Reconhecimento de culpa consciente – Desclassificação para a modalidade culposa – Velocidade excessiva empregada – Índícios de outras circunstâncias que, somadas, apontam para a configura-

ção de dolo eventual – Dúvida que deve ser dirimida pelo Conselho Popular – Decisão reformada – Recurso Ministerial provido” (RC n. 2003.025397-1, da Capital, rel. Des. Irineu João da Silva); “Acidente de trânsito – Homicídio – Operada desclassificação para a modalidade culposa – Depoimentos dando conta do emprego de velocidade excessiva – Sinistro que ocorreu em via preferencial que reúne vários estabelecimentos comerciais, com maior fluxo de pessoas – indícios, contudo, de que o agente causador não tenha visualizado a pequena vítima – Análise do elenco probatório que deixa dúvidas a respeito do reconhecimento do dolo eventual ou culpa consciente – Solução a ser dirimida pelo conselho popular – Possibilidade da pronúncia – Decisão reformada – Recurso provido” (RC n. 2003.014116-2, rel. Des. Jorge Mussi); “Recurso em sentido estrito – Pronúncia – Acidente de trânsito – Dolo eventual – Pretendida desclassificação para a modalidade culposa do homicídio – Acusado sob forte influência do álcool – Anuência ao risco de matar alguém que não se mostra de todo implausível – Matéria cuja solução definitiva compete ao tribunal do júri” (RC n. 2003.024251-1, rel. Des. Carstens Köhler).

Em face do exposto, o recurso é conhecido e provido para pronunciar Edson Alves Pereira pela prática dos seguintes delitos:

1. Homicídio simples, art. 121 do Código Penal, quando vítima Talita Aguiar Almeida, que faleceu em de-

corrência de traumatismo crânioencefálico;

2. Lesão corporal de natureza grave, art. 129, § 1º, inciso I, do Código Penal, incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, quando vítima Gustavo Matos de Souza. A qualificadora resulta do laudo pericial médico de fl. 41, combinado com a sede e extensão da lesão “fratura de terço médio da tíbia”, pois que “a fratura de ossos longos já é suficiente para resultar o resultado mencionado na lei” (JTASP 41/284; RT 585/312). Ainda: “A fratura da tíbia não se consolida em menos de um mês, acarretando ao ofendido incapacidade temporária média para as ocupações habituais da ordem de três meses” (TJSP, RT 585/312);

3. Lesão corporal de natureza grave, art. 129, § 1º, inciso I, do Código Penal, incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, quando vítima Israel Artismo. A qualificadora decorre do contido nos laudos periciais de fls. 44 e 199, bem como do depoimento de fl. 34;

4. Lesão corporal de natureza grave, art. 129, § 1º, inciso I, do Código Penal, incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, quando vítima Israel Batista Garcia. A qualificadora é resultado do laudo pericial médico de fl. 45, sede e extensão da lesão, “fratura do fêmur esquerdo”, pois “as fraturas de ossos longos, inabilitando do serviço ativo por mais de trinta dias, demandando sempre mais do que esse lapso de tempo a consolidação de fraturas ósseas con-

sideradas do ponto de vista morfológico e funcional” (Fávero, Flaminio. Medicina Legal, Ed. Martins, 1º vol., p. 286).

Em face do exposto, o recurso é conhecido e provido para pronunciar Edson Alves Pereira pela prática dos crimes definidos nos arts. 121, *caput*, 129, § 1º, inciso I (por três vezes), combinado com o art. 18, inciso I, última parte, todos do Código Penal, declarando-se, de ofício, extinta a punibilidade do réu com relação ao crime de lesões corporais leves da vítima Carlos Eduardo de Oliveira, pela ausência de representação.

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. Odil José Cota.

Florianópolis, 26 de outubro de 2004.

Sérgio Paladino,
Presidente, com voto vencido;
Maurílio Moreira Leite,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do
Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino

Ementa aditiva

Acidente automobilístico. Agente denunciado por homicídio e lesões corporais dolosas em virtude de estar embriagado e dirigir em velocidade acima da permitida para o local. Circunstâncias que por si sós não têm aptidão para caracterizar o dolo even-

tual. Crimes cometidos com culpa consciente.

Ainda que comprovadas as circunstâncias do agente estar embriagado e dirigir, no momento do acidente, em velocidade acima da permitida para o local, não dispõem de aptidão para caracterizar por si sós o dolo eventual, que pressupõe a indiferença daquele para com o resultado que possa advir da respectiva conduta.

Nos acidentes de trânsito o que se verifica habitualmente é a ocorrência de culpa consciente, consistente no fato de o agente, apesar de prever o resultado, não o aceitar, acreditando com sinceridade que conseguirá evitá-lo, quer em razão de sua experiência, quer de sua boa sorte.

Dissenti da douta maioria por entender que se impunha o desprovisionamento do recurso, pois, não obstante haja prova no caderno processual de que o acusado, quando causou o acidente dirigia embriagado (fls. 21 a 25, 27 a 29, 81 e 82, 97 e 99) e acima da velocidade permitida para o local, em que circulam inúmeras pessoas e nas proximidades de uma faixa de pedestres (fls. 50 e 51, 54, 55, 56, 81 e 82, 100, 103 e 107). Tais circunstâncias não dispõem de aptidão de *per se* para caracterizar o dolo eventual, emergindo dos fatos que agiu com culpa consciente.

Com efeito, o dolo eventual só se configura quando o agente prevê o resultado, mas não se importa que ele ocorra. Já a culpa consciente ocorre quando o agente, embora preveja o

resultado, repudia a possibilidade, pois acredita que conseguirá evitá-lo com sua experiência ou boa sorte.

A respeito, veja-se o escólio de Damásio E. de Jesus:

“A culpa consciente se diferencia do dolo eventual. Neste, o agente tolera a produção do resultado, o evento lhe é indiferente, tanto faz que ocorra ou não. Ele assume o risco de produzi-lo. Na culpa consciente, ao contrário, o agente não quer o resultado, não assume o risco que lhe é tolerável ou indiferente. O evento lhe é representado (previsto), mas confia em sua não-produção” (Jesus, Damásio E. de, *Direito penal*, 25ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 303).

Edmundo José de Bastos Júnior, citado pelo magistrado que proferiu a sentença, espousa o mesmo entendimento acerca do qual assinala que “não é a mera previsão do resultado que configura o dolo eventual, e sim a atitude mental do agente em face de sua possível superveniência.

“Socorrendo-nos da lição de Paulo Logoz, transcrita por Nelson Hungria, podemos dizer que o dolo eventual só poderá ser reconhecido se a resposta à indagação sobre o motivo que levou o inculpado a agir, a despeito da previsão das possíveis consequências, for que, no seu espírito, a importância inibidora ou negativa da representação do resultado foi mais fraca que o valor que emprestava à prática da ação; que, na alternativa entre desistir da ação ou praticá-la, escolheu a segunda, arriscando-se a

produzir o evento lesivo, como se este fosse o menor de dois males; que, em suma, foi por egoísmo que se decidiu a agir.

“Se, ao contrário, a resposta for de que o valor negativo do resultado possível era, para ele, mais forte que o valor positivo que emprestava à ação, de sorte que, se estivesse persuadido de que o resultado sobreviria realmente, teria, sem dúvida, desistido de agir; que calculou mal, confiante em que o resultado não se produziria; que, em resumo, não atuou por egoísmo, mas por leviandade, não tendo refletido suficientemente, o caso será de culpa consciente.

“Quando a atitude psíquica do agente não se revelar inequívoca, ou se há inafastável dúvida sobre se houve, ou não, aceitação do risco do resultado, a solução deve ser baseada no princípio *in dubio pro reo*, vale dizer, pelo reconhecimento da culpa consciente.

“Nos delitos de trânsito, há um decisivo elemento de referência para o deslinde da dúvida entre dolo eventual e culpa consciente: o risco para o próprio agente.

“Com efeito, é difícil aceitar que um condutor de veículo, na plenitude de sua sanidade mental, seja indiferente à perda da própria vida — e, eventualmente, de pessoas que lhe são caras — em desastre que prevê como possível consequência de manobra arriscada que leva a efeito, como, por exemplo, uma ultrapassagem forçada ou sem visibilidade.

“É de toda a evidência que o que ocorre em tais casos é a inconsiderada expectativa de que o trágico resultado não ocorrerá” (Código Penal em exemplos práticos, Florianópolis, OAB/SC Editora, 2000, p. 67).

Portanto, afastado o dolo eventual, vê-se que o homicídio e as lesões corporais provocadas pelo acusado no acidente automobilístico a que deu causa foram culposas, configurando-se, no caso, a culpa consciente, cujos requisitos são: a) a vontade dirigida a um comportamento que nada tem com a produção do resultado; b) a crença sincera do agente de que o evento não ocorrerá em face de sua habilidade ou interferência de circunstância impeditiva, ou excesso de confiança (*vide* Jesus, Damásio E. de, Direito penal, 25ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 303).

Na hipótese, o recorrido guiava o seu veículo de forma imprudente, mas decerto não objetivava a superveniência do sinistro. Contudo, ao fazê-lo embriagado e em velocidade incompatível com o local, agiu com excesso de confiança, como sói acontecer com os jovens, ocasionando o terrível acidente, conforme explica a psicóloga Onete Ramos Santiago, *verbis*:

“O jovem nesta idade está em fase de formação de sua identidade. Está também numa fase de onipotência e de auto-afirmação muito grande, que o impede de enxergar seus limites e as dificuldades existentes. Para ele, tudo pode. Nada vai aconte-

cer. *Rachas, altas velocidades, cavalos de pau, ultrapassagens arriscadas*, nada significa risco. Em nome dessa necessidade maior — sua auto-afirmação e uma vontade muito grande de ter poder, seja perante os amigos ou perante as meninas que quer conquistar — fica cego até aos avisos mais internos de sua *autopreservação e sobrevivência, e vai com tudo*” (Santiago, Onete Ramos, O perfil do jovem motorista, Jornal O Estado, Florianópolis, 7-11-95, *apud* Bastos Júnior, Edmundo José de, Código Penal em exemplos práticos, Florianópolis, OAB/SC Editora, 2000, p. 68).

Diante disso, decidiu corretamente o Magistrado ao desclassificar os crimes previstos nos arts. 121, *caput*, e 129, § 1º, inciso I (por três vezes), ambos do Código Penal, para os capitulados nos arts. 302, *caput*, combinado com o parágrafo único, inciso II, e 303, *caput*, combinado com o parágrafo único (por três vezes), da Lei n. 9.503/97, impondo-se, por isso, a respectiva manutenção.

Nesse sentido, assentou a jurisprudência desta Corte, pesquisada, também, pelo ilustre Magistrado:

“Recurso em sentido estrito — Irresignação ministerial acerca da sentença que operou a desclassificação da forma dolosa para a culposa, prevista no Código de Trânsito Brasileiro — Dolo eventual não comprovado nos autos — Estado de embriaguez que, por si só, não implica em aceitação do resultado pelo agente — Sentença mantida — Recurso desprovido” (RCR n. 2001.010821-6, da comarca de Gaspar, rel. Des. Torres Marques).

Na mesma trilha:

“Acidente de trânsito. Dolo eventual não comprovado. Para o seu reconhecimento não basta que o réu tenha agido assumindo o risco de produzir o resultado, mas é necessário que consinta que este seja produzido.

Recurso provido para desclassificar o delito de homicídio doloso para o de homicídio culposo” (RCR n. 98.010074-7, de São Francisco do Sul, rel. Des. Genésio Noll).

Pelas razões expostas, negava provimento ao recurso.

**PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2005.012070-9, DE JOINVILLE

Requerente: Município de Joinville

Advogada: Dra. Rosemarie Grubba Selhorst

Requeridos: Adolar Schulz e outros

Ação na origem: Mandado de Segurança n. 038.05.001020-1

Vistos para despacho:

O município de Joinville formulou pedido de suspensão de liminar contra decisão proferida pelo MM. Juiz da Vara da Fazenda Pública da comarca de Joinville que, nos autos do Mandado de Segurança n. 038.05.001020-1, concedeu parcialmente a liminar postulada na peça exordial para suspender da Tarifa de Limpeza Urbana – TLU, exercício 2005, a cobrança do valor relativo à limpeza de vias urbanas pavimentadas com emissão de novos carnês com os valores relativos à tarifa de coleta de lixo e correspondentes às inscrições imobiliárias declinadas na exordial.

Aduziu, inicialmente, que não restaram demonstrados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, uma vez que a despesa imposta pela decisão recorrida não poderia prescindir da existência de lei e de prévia dotação orçamentária para tanto. Ressaltou, desta feita, que o Poder Judiciário não teria competência para impor ao Executivo a realização de serviços, obras ou implementação de programas, sem atentar às normas de previsão de receita e despesa, ou que excedam os créditos orçamentários ou adicionais.

Observou que haveria *periculum in mora* inverso decorrente do aumento da despesa ao Executivo sem a existência de previsão orça-

mentária, com prejuízo aos cofres públicos, verificando-se grave lesão à ordem e à economia públicas.

Por fim, destacou que o interesse público deveria prevalecer sobre o interesse privado, discorrendo, ainda, acerca do princípio da proporcionalidade e do dano irreparável que a decisão *a quo* pode causar ao erário municipal.

Em certidão de fls. foi atestada a existência do Agravo de Instrumento n. 2005.008689-2, cuja decisão, transitada em julgado em 9-5-2005, negou seguimento ao recurso.

É o necessário relatório.

Trata-se de pedido de suspensão de liminar formulado pelo município de Joinville, nos autos do Mandado de Segurança n. 038.05.001020-1, contra decisão do MM. Juiz da Vara da Fazenda Pública da comarca de Joinville que deferiu “liminar postulada pelo autor para suspender da Tarifa de Limpeza Urbana – TLU, 2005, a cobrança do valor relativo à limpeza de vias urbanas pavimentadas (varrição simples e operação manual de recolhimento dos resíduos junto ao meio-fio; serviços gerais de limpeza de vias urbanas e jardins públicos, capinação manual, química, raspagem, varrição, pinturas de meios-fios e limpezas de boca-de-lobo)”.

Determinou a emissão de “novos carnês com os valores relativos à taxa de coleta de lixo e correspondentes às inscrições imobiliárias declinadas na exordial” (fl. 135).

Em preliminar, cumpre salientar que a interposição do agravo de instrumento não prejudica a análise do pedido de suspensão de liminar, uma vez que não houve julgamento de mérito daquele.

Com efeito, *os dois institutos, pedido de suspensão de liminar e agravo de instrumento, não possuem a mesma natureza, o mesmo objeto e tampouco a mesma finalidade*. O primeiro constitui incidente processual e tem por objeto a sustação tão-somente do efeito da liminar, como forma de evitar grave lesão ao interesse público, já o segundo é recurso que busca corrigir a decisão, atacando o suposto erro do juiz na sua concessão, com a sua conseqüente reforma.

Dessa feita, vê-se que os institutos apresentados são absolutamente distintos, deixando, pois, a critério da pessoa jurídica de direito público o manejo de ambos ou de apenas um, conforme a finalidade almejada, não havendo falar em ofensa ao princípio da unirrecorribilidade recursal.

Esse é o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“Da decisão que antecipa a tutela pode-se formular, concomitantemente, agravo de instrumento e pedido de suspensão. Nada impede que assim se proceda, já que se trata de medidas com diferente natureza e com fundamentos também autônomos” (Agravo na Suspensão de Execução de Liminar n. 2004.04.01.046018-1/RS, rel. Des. Teori Albino Zavascki).

E ainda:

“Agravos. Suspensão dos efeitos de antecipação de tutela em ação ordinária. Servidores públicos federais. URV. MP n. 434/94 convertida na Lei n. 8.880/94.

“1. A lei não coloca limites temporais à possibilidade de endereçar-se o requerimento de suspensão, sendo plausível o surgimento da potencialidade de risco em momento posterior ao da prolação da antecipação de tutela atacada.

“2. *A existência de agravo de instrumento interposto perante Turma do Tribunal não obsta que se maneje concomitantemente pedido de suspensão, porque distintos os pressupostos de um e de outro.*

“3. Vedação legislativa que impede, antes do trânsito em julgado de decisão favorável, o pagamento de vantagens a servidores públicos, ante a possibilidade de grave lesão à economia pública, em razão da falta de previsão orçamentária.

“4. Suspensão que se afina com a liminar deferida no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4-6, pela Suprema Corte do País.

“5. Agravo improvido” (TRF – 4ª Região, Agravo na Suspensão de Execução de Liminar n. 9704716648/RS, órgão julgador: Plenário, rela. Juíza Ellen Gracie Northfleet, DJ de 20-5-1998).

O ministro e doutrinador Teori Albino Zavascki na obra “Antecipação de Tutela” (São Paulo: Saraiva, 1997, p. 176 e 177) comenta que:

“Pode ocorrer que, da decisão que antecipa a tutela, a entidade pública formule, concomitantemente, agravo de instrumento e pedido de suspensão. Nada impede que assim proceda, já que se trata de medidas com diferente natureza e com fundamentos também autônomos. *Em tal caso, a decisão do presidente, deferindo a suspensão, terá eficácia até o julgamento do recurso ou mesmo após ele, se não ultrapassado o juízo de admissibilidade.* Contudo, cessa a eficácia da suspensão quando o agravo for julgado em seu mérito, qualquer que seja o resultado. Provido o agravo, revogada ou anulada a decisão de primeira instância, desaparece a causa determinante da suspensão. Improvido o recurso, a decisão suspensa, a rigor, deixa de subsistir, já que o ‘julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida’ (art. 512, CPC). Ou seja, a suspensão autorizada pelo presidente teve por objeto decisão que, supervenientemente, deixou de ter força própria, substituída que foi pela do tribunal. A esta não se estende, automaticamente, a eficácia suspensiva, até porque ao presidente falece competência para suspender decisão dos juízes ou dos órgãos fracionários do próprio tribunal. Em tal hipótese, caberá à entidade pública interessada renovar o pedido de suspensão, dirigindo-o ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, em conformidade com os fundamentos da causa” (grifo nosso).

Dessa feita, não resta dúvida de que, sendo institutos de naturezas ju-

rídicas diversas, podem ambos ser formulados simultaneamente, servindo o pedido de suspensão de liminar tão-somente para evitar que a decisão prolatada pelo juízo *a quo* venha a surtir efeitos de imediato.

Cumpre salientar novamente que, não obstante tenha havido decisão no agravo de instrumento, esta restringiu-se a negar-lhe seguimento sem, portanto, adentrar em seu mérito, motivo pelo qual o pedido de suspensão de liminar não resta prejudicado.

No mérito, cinge-se a presente *quaestio* na legalidade da cobrança de tarifa de limpeza urbana em que estejam inclusos, além da coleta de lixo, serviços de limpeza de vias urbanas pavimentadas e jardins públicos.

Com efeito, conforme já decidi em casos análogos, para que seja cobrada tarifa é necessário que esta seja composta tão-somente de serviços específicos e divisíveis, como é o caso da coleta de lixo.

É sabido que há possibilidade de concessão de serviços de natureza compulsória, mediante retribuição por tarifa, conforme leciona Hely Lopes Meirelles:

“Tanto a taxa como a tarifa hão de retribuir satisfatoriamente a prestação do serviço, para que o seu investimento, manutenção, operação e ampliação sejam custeados pelos usuários e, quando se tratar de serviço industrial explorado por concessionário ou permissionário, produza lucro razoável para o investidor. É o que

dispõe a Constituição da República, no que concerne à concessão ou permissão de serviço público ao determinar que a lei pertinente disporá sobre ‘política tarifária’ (art. 175, parágrafo único, III), entendendo-se que a lei deva assegurar o equilíbrio econômico-financeiro na prestação do serviço” (*in* Direito Municipal Brasileiro, 6ª ed., Malheiros, p. 642).

Desse modo, se há concessão, a contraprestação deve ser efetuada por tarifas e não por meio de taxa. Por outro lado, a distinção de taxa e preço público efetuada com arraigado apego ao Enunciado Sumular 545 do STF não satisfaz evidentemente, consoante preleciona o saudoso mestre Geraldo Ataliba:

“A taxa é mera forma. Um pagamento juridicamente configura o preço ou taxa, conforme seu regime jurídico. Ora, tal matéria está no arbítrio puro e simples do legislador. Ele, de modo efetivamente arbitrário, dá ou não forma de taxa – vale dizer, estrutura tributária – ao pagamento. Ele é absolutamente livre para criar uma entidade, como preço ou como taxa. Da mesma maneira é livre para transformar qualquer taxa em preço, ou qualquer preço em taxa (basta-lhe modificar o regime jurídico da relação que tem por objeto o pagamento).

“De todas aquelas atividades do Poder Público – diz Greco – que consistirem em serviços públicos, só poderão dar ensejo à taxa. Preço público é denominação da remuneração paga ao Poder Público quando ele presta um serviço ou vende um bem

em regime jurídico privado” (*in* Hipótese de incidência tributária. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990).

Acerca dos critérios de diferenciação da taxa e tarifa, verifica-se o entendimento atual do STF:

“[...] Procura-se na obrigatoriedade a diferença entre taxa e preço para se concluir que, sendo o preço obrigatório, confunde-se com a taxa, incidindo com ela na exigência da legalidade formal e da previsão orçamentária. Esse critério, entretanto, não é absoluto e não oferece resistência lógica de uma diferença específica, porque variável como o próprio critério da obrigatoriedade. Efetivamente, o conceito de obrigatoriedade, além de não ser peculiar à taxa, não desnatura a configuração do preço público, também obrigatório para todos que se utilizam do serviço. Assim, na ausência de um elemento diferencial oriundo da técnica de imposição tributária, que eu me abalanço a insistir em que só a tipificação do fato jurígeno permite a distinção procurada” (STF, Min. Pedro Chaves, RTJ 33/147-151).

Assim, resta claro que a tarifa identifica-se estreitamente com a taxa, sendo legal sua cobrança obrigatória a todos que utilizam do serviço, porém, sendo fixado, a critério da administração pública, por meio de concessão.

Superada referida questão, tem-se que a decisão guerreada sustenta que a tarifa em comento não poderia incorporar serviços prestados

uti universi, uma vez que estes devem ser custeados por meio do produto da arrecadação de impostos gerais.

Com efeito, somente a conjugação dos requisitos especificidade e divisibilidade pode autorizar a imposição de tarifa. Destarte, a limpeza de vias urbanas pavimentadas e de jardins públicos não configuram serviços específicos, nem divisíveis, por serem prestados *uti universi*, e não *uti singuli*.

Ora, os mencionados serviços destinam-se indiscriminadamente a toda a população sem que se erijam em direito subjetivo individual de qualquer administrado à sua fruição particular ou benefício direto e específico para o contribuinte, motivo pelo qual devem ser mantidos por impostos (tributo geral e não vinculado) e não por taxa ou tarifa (remuneração específica do usuário).

Em caso análogo já decidiu o Pretório Excelso:

“Tributário. Estado do Rio de Janeiro. Taxa de coleta de lixo e limpeza pública. Exercício de 1995. Lei n. 691/84, com alterações introduzidas pela Lei n. 1.513/89. Acórdão que reconheceu a legitimidade da exação. Alegada ofensa ao art. 145, II, da CF. Tributo vinculado não apenas à coleta de lixo domiciliar, mas também à limpeza de logradouros públicos, hipótese em que os serviços são executados em benefício da população em geral (*uti universi*), sem possibilidade de individualização dos respectivos usuários e, conseqüentemente, da referibilidade a contribuintes determina-

dos, não se prestando para custeio mediante taxa [...]” (RE n. 249.070-9, rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª turma, DJU de 17-12-99).

E ainda:

“Agravos regimental. Constitucional. Tributário. Taxa de coleta de lixo e limpeza pública. Lei n. 691/84, com alterações da Lei n. 1.513/89. Violação ao art. 145, II, e § 2º, da Constituição Federal. I. — Não é legítima a cobrança de taxa quando vinculada não apenas à coleta de lixo domiciliar, mas também à limpeza de logradouros públicos, em benefício da população em geral, sem possibilidade de individualização dos respectivos usuários. II. — RE provido. Agravo improvido” (RE n. 250946 AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso).

Por outro lado, é, pois, inquestionável que a coleta e transporte de lixo é serviço *uti singuli*, divisível e específico, uma vez que o administrado contribuinte pode ser identificado, não obstante seja cobrado mediante prestação compulsória por meio da tarifa ou preço público, senão vejamos o entendimento desta Corte catarinense de justiça:

“Mandado de segurança. Tributário. Taxa de coleta de resíduos sólidos. Fato gerador diverso daquele do IPTU. CF, art. 145, inc. II; CE, art. 125, inc. II, e CTN, art. 79, incs. II e III. Recurso e remessa providos.

“A taxa de coleta de resíduos sólidos não é mera taxa de limpeza e conservação de vias e logradouros, desde que possui os requisitos de es-

pecificidade e divisibilidade, relacionando-se o contribuinte com o seu fato gerador.

“De outro modo, ao contrário do IPTU, o tributo não se identifica com a propriedade, o domínio útil ou a posse do bem imóvel. O imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como base de cálculo o valor venal do imóvel, enquanto que a taxa epigrafada decorre da multiplicação de alíquota prefixada em tabela de frequência da prestação do serviço pelo valor da unidade fiscal do município e a área edificada do imóvel.

“Logo, a área do imóvel não é base de cálculo, mas simples componente do cálculo do valor da taxa a ser arrecadado” (ACMS n. 1996.005630-0, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

E mais:

“Tributário — Taxa de limpeza e de conservação — Base de cálculo — Serviço público inespecífico e indivisível — Imposto Predial e Territorial Urbano — Alíquota progressiva — Regramento da lei municipal que confronta com a Constituição Federal — Taxa de coleta de lixo — Base de cálculo — Metragem do imóvel — Constitucionalidade — Recurso da empresa parcialmente provido e remessa e recurso do município desprovidos.

“Não é cabível a cobrança de taxa de conservação de calçamento de via pública, ou de taxa de conservação e limpeza de logradouros e vias públicas, por não configurar serviço público específico, nem divisível, exa-

tamente por ser prestado *uti universi* e não *uti singuli*.

“Constatado o princípio da não recepção, considera-se revogada norma anterior à Constituição Federal de 1988 que disciplinava a exigência do Imposto Predial e Territorial Urbano com a aplicação de alíquotas progressivas, fundadas no princípio da capacidade contributiva.

“Vem sendo reiteradamente declarado constitucional o valor da taxa e coleta de lixo por nossa jurisprudência catarinense, pois difere-se das demais cobradas pela Municipalidade nos presentes autos, pois sua base de cálculo preenche os requisitos legais, já que recai sobre serviços públicos perfeitamente divisíveis e específicos, prestados ao contribuinte por intermédio de concessionária, que freqüentemente coleta o lixo, que varia de lugar para lugar, diferenciando sua base de cálculo da do IPTU, pois é resultante do número de vezes em que é realizada a coleta de lixo domiciliar durante o ano, multiplicado pelo valor da Unidade Padrão do Município, não se confundindo com a propriedade do imóvel” (ACMS n. 2002.003399-5, de Blumenau, de minha lavra).

Compulsando os autos, infere-se à fl. 61, conforme demonstrado pelo próprio ente público, que a tarifa de limpeza urbana é formada pelo fator número de passadas, correspondente ao recolhimento do lixo (0,50) e pelo fator pavimentação, correspondente à limpeza das vias urbanas em geral (0,40), podendo, portanto, ser decom-

posta de forma a manter tão-somente a primeira parte, cuja cobrança é possível sem ofensa ao ordenamento jurídico.

Desse modo, correta a decisão do douto Magistrado *a quo* ao determinar às autoridades a cobrança da tarifa de limpeza urbana – TLU tão-somente no tocante à coleta de resíduos domiciliares sólidos e compactáveis, com a conseqüente declaração de inexigibilidade da cobrança do valor relativo à limpeza de vias urbanas pavimentadas.

Verifica-se, ainda, conforme assinalado na decisão de fls. 121 a 135, que foi expedido o Decreto n. 12.252/2005 pelo município de Joinville determinando a exclusão da composição da TLU dos custos dos serviços de limpezas de vias pavimentadas a partir de 1º-3-2005, de forma provisória.

Ora, com a expedição do referido decreto, o próprio município admitiu a possibilidade de que a tarifa não venha mais a ser cobrada durante o ano de 2005, ou seja, ao suspender a arrecadação da TLU, ainda que provisoriamente, previu a não inclusão desses valores no orçamento municipal, inexistindo, dessa maneira, lesão à economia pública.

Cumpra ressaltar, por fim, que ao contrário do afirmado pelo Município requerente, a decisão *a quo* não viola o princípio da independência do poderes, uma vez que não interfere em questões de oportunidade e conveniência do ente público, mas tão-

somente verifica se há ou não ocorrência de ilegalidade no ato administrativo. Admitir o argumento do Município seria considerar absoluta toda e qualquer decisão administrativa e desrespeitar o sistema de freios e contrapesos existente no regime democrático, no qual cada poder deve ainda fiscalizar os demais.

Diante do exposto, indefiro o pedido de suspensão de liminar ante a ausência de lesão à ordem, economia e saúde públicas e a presença de

fortes indícios de ilegalidade da cobrança da tarifa de limpeza urbana quanto aos serviços inespecíficos e indivisíveis, mantendo integralmente a decisão *a quo*.

Intime-se.

Cientifique-se o Juiz da origem.

Florianópolis, 25 de maio de 2005.

*Des. Anselmo Cerello,
1º Vice-Presidente.*

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2005.009078-1, DE JOINVILLE

Requerente: Secretária Municipal de Saúde

Advogado: Dr. Affonso de Aragão Peixoto Fortuna

Requerida: Mailis Bitsch Boscardin

Advogada: Dra. Cristina Alves Rabelo

Ação na origem: Mandado de Segurança n. 038.04.065373-8

Vistos para despacho:

A Secretária Municipal de Saúde, devidamente qualificada nos autos do Mandado de Segurança n. 038.04.065373-8 ajuizado por Mailis Bitsch Boscardin, requereu, com supedâneo no art. 4º da Lei n. 8.437/92, a suspensão da execução da liminar de antecipação de tutela liminar deferida pelo MM. Juiz da Vara da Fazenda Pública da comarca de Joinville que determinou às autoridades coatoras (Secretaria Estadual de Saúde e Secretaria Municipal de Saúde de Joinville) o fornecimento, solidariamente,

do medicamento Humira, pelo prazo de 2 anos.

Informou que a requerida ingressou com um mandado de segurança contra ato praticado pela Secretaria Estadual de Saúde e Secretaria Municipal de Saúde de Joinville, alegando que é portadora de artrite reumatóide, conforme exames médicos anexados aos autos, o que ocasiona fortes dores, atrofia as mãos e limita a locomoção, entre outros problemas, e que, segundo relatório médico, o tratamento que vem sendo utilizado pela impetrante não está evi-

tando o agravamento da doença, razão pela qual foi indicado o consumo de Humira, como última alternativa de minorar as consequências daquele quadro.

A requerida alegou que não possui condições financeiras de arcar com o custo do medicamento, que é de aproximadamente R\$ 7.000,00 (sete mil reais) para duas ampolas, precisando dispor de R\$ 168.000,00 (cento e sessenta e oito mil reais) para a aquisição de 24 ampolas, equivalente a todo o tratamento. Asseverou que conta com idade avançada e está desempregada, não possuindo condições de arcar com o custo elevado do tratamento sem prejuízo de seu próprio sustento.

Requeru, ao final, a concessão liminar a fim de ordenar aos impetrados ou qualquer deles o oferecimento à postulante do medicamento Humira pelo período de dois anos, de forma ininterrupta.

Sentenciando, o MM. Juiz deferiu o pedido de concessão de liminar para determinar que os réus forneçam, solidariamente, o medicamento Humira à impetrante, pelo prazo de 2 anos.

Inconformada, a Secretária Municipal de Saúde apresentou o presente pedido de suspensão.

Alegou que o art. 198 da Constituição Federal diz que as ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, distribuída no espaço geográfico da Nação e organizada em níveis de subordina-

ção e capacidade resolutiva, não prevendo a Carta Magna, portanto, a solidariedade estampada no Código Civil.

Asseverou que, “na organização da rede regionalizada e hierarquizada, ocorrem obrigações entre os entes participantes (mas não a solidariedade do Código Civil), havendo interdependência entre eles, de modo a compor um sistema. Nenhum deles atua isoladamente e se um não for capaz, nem estiver habilitado a praticar determinada ação, a obrigação é do outro, de modo a que seja garantida a integralidade de atendimento” (fl. 6), razão pela qual entende que, no presente caso, cabe ao Estado de Santa Catarina disponibilizar o medicamento citado na inicial.

Argumentou, ainda, grave lesão à ordem legal, pois a imposição ao município de Joinville para fornecer o medicamento é contrária ao que dispõe a lei, bem como lesão à economia, porquanto os custos decorrentes da liminar afetam diretamente as finanças municipais, considerando-se a possibilidade de multiplicação das ações judiciais no mesmo sentido, não só em relação ao fármaco específico, mas toda uma extensa lista de medicamentos especiais de alto custo, o que pode vir a inviabilizar o fornecimento de medicamentos essenciais para as doenças prevalentes, bem como o próprio funcionamento do SUS.

Requeru, por fim, a suspensão da segurança quanto ao município de Joinville, com base no fato de que a

solidariedade existente entre os im-
petrados não é aquela albergada pelo
Código Civil, mas uma obrigação con-
junta, submetida aos ditames legais
que, no caso específico, apontam para
determinar ao Estado de Santa Cata-
rina a obrigação de fornecer o medi-
camento.

À fl. 309, a Diretoria Judiciária
certificou que consta no Sistema de
Automação do Judiciário o registro dos
autos do Agravo de Instrumento n.
2005.009496-1 (na origem
038.04.065373-8), em que é agravante
o Estado de Santa Catarina e agra-
vada Mailis Bitsch Boscardin, tendo
por relator o Exmo. Sr. Juiz de Segun-
do Grau Jaime Luiz Vicari.

É o relatório.

Trata-se de pedido de suspen-
são interposto pela Secretaria Muni-
cipal de Saúde contra decisão proferida
pelo MM. Juiz da Vara da Fazenda
Pública da comarca de Joinville nos
autos do Mandado de Segurança n.
038.04.065373-8 que lhe move Mailis
Bitsch Boscardin, que determinou que
a Secretaria Estadual de Saúde e a
Secretaria Municipal de Saúde de Join-
ville forneçam, solidariamente, o me-
dicamento Humira, pelo prazo de 2
anos à impetrante.

Preambularmente, exsurge
com clareza solar a possibilidade de
manejo concomitante do agravo de
instrumento e do pedido de suspen-
são, senão vejamos:

A Lei n. 8.437/92, em 24-8-01,
sofreu acréscimos em seu texto pela
Medida Provisória n. 2.180-35, dentre

os quais, o § 6º do art. 4º que assim
dispõe:

“Art. 4º, § 6º A interposição do
agravo de instrumento contra liminar
concedida nas ações movidas contra
o Poder Público e seus agentes não
prejudica nem condiciona o julgamen-
to do pedido de suspensão a que se
refere este artigo”.

Surge, em um primeiro momen-
to, a discussão acerca do princípio da
unirrecorribilidade recursal, previsto no
Código de Processo Civil. No entan-
to, é sabido que, sendo a referida lei
especial em relação ao CPC norma
geral, deve aquela prevalecer. Ade-
mais, a lei extravagante trata de nor-
ma de direito público e, portanto, es-
pecífica, em comparação às regras
processuais gerais.

É o ensinamento do mestre
Carlos Maximiliano em comentário ao
brocardo *lex posterior generalis non
derogat legi priori speciali* (“a lei ge-
ral posterior não derroga a especial
anterior”) dispondo que “é máxima que
prevalece apenas no sentido de não
poder o aparecimento da norma am-
pla causar, só por si, sem mais nada,
a queda da autoridade da prescrição
especial vigente” (*in* Hermenêutica e
aplicação do direito, 10ª ed., RJ: Fo-
rense, 1988, p. 360).

Desse modo, depreende-se que
a previsão legal não ofende o sistema
processual brasileiro, por tratar-se de
hipótese especial, devidamente regu-
lamentada por lei e que, assim, pre-
valece sobre a norma geral do CPC.

Nesse sentido o colendo STJ já
se manifestou:

“Processual civil. Decisão concessiva de liminar em ação movida contra pessoa jurídica de direito público. Interposição de agravo de instrumento. Possibilidade. Recurso especial conhecido e provido.

“I – Cabe à pessoa jurídica de direito público escolher a via processual através da qual deseja impugnar decisão concessiva de liminar. Não pode o Tribunal de segundo grau deixar de conhecer do agravo de instrumento interposto pelo ente público. O fato de a pessoa jurídica de direito público poder, pelo menos em tese, utilizar o expediente previsto no art. 4º da Lei n. 8.437/92, não impede o manejo do agravo de instrumento, pois aquele só serve para suspender a eficácia da decisão, enquanto o recurso de agravo possibilita a reforma ou a cassação do *decisum* causador da insatisfação.

“II – Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 160.217/SC, rel. Min. Adhemar Maciel).

E do corpo do acórdão se extrai:

“[...] Com efeito, em razão de seu caráter excepcional, os expedientes previstos no art. 4º da Lei n. 4.348/64 e no art. 4º da Lei n. 8.437/92 não impedem o uso do meio de impugnação geral, ou seja, do agravo de instrumento.

“Destaco, ainda, que o requerimento de suspensão de liminar é uma ‘faculdade privativa da pessoa jurídica de direito público interessada’ (SS n. 555/SP – AgRg. rel. Min. Octávio

Gallotti). Ora, em sendo o requerimento de suspensão de liminar faculdade concedida pelo legislador à pessoa administrativa, não há como obrigá-la a fazer uso apenas do mencionado meio de impugnação, abrindo mão do agravo de instrumento.

“De outro lado, os expedientes previstos no art. 4º da Lei n. 4.348/64 e no art. 4º da Lei n. 8.437/92 não têm força substitutiva, já que o presidente do tribunal pode apenas suspender – e não reformar ou cassar – a decisão concessiva da liminar. Já que o agravo de instrumento serve para reformar ou cassar – e não apenas para suspender – o *decisum* causador da insatisfação. Por isso, não vejo como limitar a atuação das pessoas jurídicas de direito público à utilização do pedido de suspensão de liminar”.

Com efeito, os dois institutos, pedido de suspensão de liminar e agravo de instrumento, não possuem a mesma natureza, o mesmo objeto e tampouco a mesma finalidade. O primeiro constitui incidente processual e tem por objeto a sustação tão-somente do efeito da liminar, como forma de evitar grave lesão ao interesse público; já o segundo é recurso que busca corrigir a decisão, atacando o suposto erro do juiz na sua concessão, com a sua conseqüente reforma.

Dessa feita, vê-se que os institutos apresentados são absolutamente distintos, deixando, pois, a critério da pessoa jurídica de direito público o manejo de ambos ou de apenas um, conforme a finalidade almejada, não havendo falar em ofensa ao princípio da unirrecorribilidade recursal.

Esse é o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“Da decisão que antecipa a tutela pode-se formular, concomitantemente, agravo de instrumento e pedido de suspensão. Nada impede que assim se proceda, já que se trata de medidas com diferente natureza e com fundamentos também autônomos” (Agravos na Suspensão de Execução de Liminar n. 2004.04.01.046018-1/RS, rel. Des. Teori Albino Zavascki).

E ainda:

“Agravos. Suspensão dos efeitos de antecipação de tutela em ação ordinária. Servidores públicos federais. URV. MPR-434/94 convertida na Lei n. 8.880/94.

“1. A lei não coloca limites temporais à possibilidade de endereçar-se o requerimento de suspensão, sendo plausível o surgimento da potencialidade de risco em momento posterior ao da prolação da antecipação de tutela atacada.

“2. A existência de agravo de instrumento interposto perante Turma do Tribunal não obsta que se maneje concomitantemente pedido de suspensão, porque distintos os pressupostos de um e de outro.

“3. Vedação legislativa que impede, antes do trânsito em julgado de decisão favorável, o pagamento de vantagens a servidores públicos, ante a possibilidade de grave lesão à economia pública, em razão da falta de previsão orçamentária.

“4. Suspensão que se afina com a liminar deferida no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4-6, pela Suprema Corte do País. 5. Agravo improvido” (TRF – 4ª Região, Agravo na Suspensão de Execução de Liminar n. 9704716648/RS, Órgão Julgador: Plenário, rel. Juíza Ellen Gracie Northfleet, DJ 20-5-1998).

E do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em casos análogos:

“Processual civil. Agravo de instrumento. Medida liminar. Cumulatividade da faculdade excepcional prevista no art. 4º da Lei n. 4.348/64 e a via recursal normal. Concessão de gratificação de desempenho de atividade do ciclo de gestão — aos servidores inativos. Medida liminar. Lei n. 4.348/64. Art. 1º, § 4º, da Lei n. 5.021/66. Impossibilidade.

“I — Nada impede o manejo simultâneo ou não da faculdade excepcional de pedido de suspensão, Lei n. 4.348/64, art. 4º, e o recurso de agravo de instrumento, quando guerreada medida liminar concedida em Mandado de Segurança. II — Argumentando a parte agravante que o deferimento vestibular contraria expressa disposição legal, óbvio que não se confunde a *causa petendi* do Agravo com a da suspensão de segurança.

“III — Irresignação ou arguição de nulidade de decisão que atribuiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento, não pode ser oposto como preliminar em contraminuta de recurso, por desafiar via recursal própria, cuja falta de utilização causa preclusão.

“IV — Preceito aplicável também à hipótese de extensão de aumentos de vencimentos, gratificações ou vantagens pecuniárias a servidores inativos.

“V — A Lei n. 5.021/66 no artigo 1º, § 4º, dispõe taxativamente que ‘não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias’.

“VI — Pagamento efetuado por um mês, em virtude de norma expressa em medida provisória cuja reedição subsequente exclui tal extensão, pela relatividade da eficácia da norma, não desnatura o enquadramento do pleito que continua subsumido à vedação da Lei n. 5.021/66. VII — Mesmo convalidados, na reedição, os efeitos da Medida Provisória no seu texto originário, não ficam eles perpetuados, porém garante-se a validade do pagamento efetuado no período de sua vigência efêmera. VIII — Preliminares rejeitadas, Agravo provido” (TRF – 1ª Região, Agravo de Instrumento n. 199901000875760/DF, Órgão Julgador: 2ª Turma, rel. Juiz Jirair Aram Meguerian. Data da decisão: 17-4-2001, Fonte DJ Data: 31-5-2001).

E mais:

“Processual civil — Agravo — Cabimento do recurso.

“O agravo foi considerado pelo Relator originário descabido contra liminar de segurança, em face da celeridade de rito do mandado de segurança, que seria incompatível com o recurso do agravo de instrumento, mesmo após a sua nova sistemática

legal. Entretanto, mesmo em se tratando de pessoa jurídica de direito público, é cabível o agravo. A possibilidade de suspensão da liminar não exclui o cabimento do agravo de instrumento, pois não é recurso, até porque o pedido de suspensão pode ser feito não apenas em relação à liminar em mandado de segurança, mas também à sentença e à antecipação de tutela, de modo que ninguém se aventuraria a, com base nisso, negar cabimento aos recursos próprios nessas hipóteses.

“Se se concluísse pelo descabimento, haveria inúmeros deferimentos de liminares que não representam grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas e por isso não poderiam ser modificadas pelo Tribunal, nem mesmo pela via do contraditório.

“O rito do mandado de segurança é compatível com o novo procedimento do agravo advindo da Lei n. 9.139/95, pois, na hipótese de o curso do mandado de segurança findar antes do agravo, este perderá o interesse.

“Precedentes do STJ. Lições doutrinárias citadas.

“Agravo conhecido” (TRF – 2ª Região Agravo de Instrumento n. 9902297315/ RJ, Órgão Julgador: 5ª Turma, rel. Juiz Raldênio Bonifacio Costa, Data da decisão: 31-10-2000, DJU 15-3-2001).

O Ministro e doutrinador Teori Albino Zavascki na obra “Antecipação de Tutela” (São Paulo: Saraiva, 1997, p. 176 e 177), comenta que:

“Pode ocorrer que, da decisão que antecipa a tutela, a entidade pública formule, concomitantemente, agravo de instrumento e pedido de suspensão. Nada impede que assim proceda, já que se trata de medidas com diferente natureza e com fundamentos também autônomos. Em tal caso, a decisão do presidente, deferindo a suspensão, terá eficácia até o julgamento do recurso ou mesmo após ele, se não ultrapassado o juízo de admissibilidade. Contudo, cessa a eficácia da suspensão quando o agravo for julgado em seu mérito, qualquer que seja o resultado. Provido o agravo, revogada ou anulada a decisão de primeira instância, desaparece a causa determinante da suspensão. Improvido o recurso, a decisão suspensa, a rigor, deixa de subsistir, já que ‘o julgamento proferido pelo tribunal *substituirá* a sentença ou a *decisão* recorrida’ (art. 512, CPC). Ou seja, a suspensão autorizada pelo presidente teve por objeto decisão que, supervenientemente, deixou de ter força própria, substituída que foi pela do tribunal. A esta não se estende, automaticamente, a eficácia suspensiva, até porque ao presidente falece competência para suspender decisão dos juízes ou dos órgãos fracionários do próprio tribunal. Em tal hipótese, caberá à entidade pública interessada renovar o pedido de suspensão, dirigindo-o ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, em conformidade com os fundamentos da causa (grifei)”.

Dessa feita, não resta dúvida de que, sendo institutos de naturezas ju-

rídicas diversas, podem ambos ser formulados simultaneamente, servindo o pedido de suspensão de liminar tão-somente para evitar que os efeitos da decisão prolatada pelo juízo *a quo* venham a surtir efeitos de imediato.

Por outro lado, tendo o ente público interposto também recurso de agravo de instrumento, sendo este julgado, perde a validade o pedido de suspensão, uma vez que ocorrerá substituição da decisão agravada por aquela proferida em órgão colegiado do Tribunal de Justiça.

O que não se pode aceitar é que a mera formulação de pedido de suspensão de liminar, via processual estreita e destinada apenas a evitar a execução de decisão que lesione a ordem, a segurança, a saúde e a economia públicas, venha a impedir a utilização do agravo de instrumento que, neste caso, é expressão do princípio do duplo grau de jurisdição. Do mesmo modo, impedir que o ente da administração requeira a suspensão de liminar simplesmente por ter agravado é tornar letra morta a prerrogativa a este conferida com o intuito de resguardar o interesse público que por sua própria natureza necessita de meios rápidos e eficazes como o previsto na Lei n. 8.437/92 para garantir a supremacia de seus interesses.

Ademais, ainda que possa haver entendimentos contrários, estes não podem preponderar sobre o texto expresso da Lei n. 8.437/92 que, conforme já ressaltado, em seu art. 4º, § 6º, autoriza claramente o manejo de ambas as vias.

Além disso, cabe analisar a legitimidade ativa da Secretaria Municipal de Joinville para apresentar o presente pedido de suspensão, senão vejamos:

Dispõe o art. 4º da Lei n. 8.437/92:

“Art. 4º Compete ao presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

Dessa forma, tratando-se a Secretaria Municipal de Saúde de Joinville de pessoa jurídica de direito público interna, fazendo parte da administração direta, verifica-se com clareza solar sua aptidão para interpor o presente pedido de suspensão.

Com relação ao mérito, primeiramente cabe destacar que o pedido de sustação de execução de liminar proferida contra o Poder Público previsto no art. 4º da Lei n. 8.437/92, mostra-se viável tão-somente se restar demonstrado manifesto interesse público frente à ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à econômica públicas, sendo vedado o exame de questões processuais e de mérito, pois, quanto a estas, há recurso próprio para sua apreciação.

Nesse sentido:

“No âmbito estreito do pedido de suspensão de decisão proferida contra o Poder Público, é vedado o exame do mérito da controvérsia principal, bastando a verificação da ocorrência dos pressupostos atinentes ao risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” (STJ – Corte Especial, Rcl n. 541-GO, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 18-12-98).

A Secretaria Municipal de Saúde alegou que a solidariedade existente entre os impetrados não é aquela albergada pelo Código Civil, mas uma obrigação conjunta, submetida aos ditames legais que, no caso específico, apontam para determinar ao Estado de Santa Catarina a obrigação de fornecer o medicamento.

Compulsando os autos, verifica-se que a requerida é pessoa idosa e, conforme atestados, necessita de tratamento médico pelo prazo de 2 anos, sem condições financeiras de arcar com o alto custo dos medicamentos, de forma que é dever dos impetrantes fornecê-los, gratuitamente.

Nesse sentido, restou expressamente consignado pelo MM. Juiz *a quo* (fl. 30):

“Depreende-se da prova documental encartada aos autos, que a Sra. Mailis Bitsch Boscardin é portadora de ‘artrite reumatóide’, conforme atestam os exames e a declaração firmada pelo profissional médico que lhe assiste, Dr. Pedro Weingrill (documen-

tos de fls. 14, 22 e 41), necessitando do medicamento Humira para o tratamento contínuo, conforme receitas de fls. 14 e 41.

“Resulta evidenciado, outrossim, que o uso do medicamento Humira, mostra-se, conforme declaração de fl. 41, do Dr. Pedro Weingrill, como tratamento mais eficiente: ‘Tendo em vista que a paciente já está há cinco anos em tratamento e que as outras drogas existentes na farmácia da Secretaria da Saúde têm mecanismos de ação semelhantes as que estão em uso atualmente, que a possibilidade de efeitos colaterais são maiores e o tempo de resposta também é maior, optei para o uso do Adalimumab (Humira). É uma droga que tem um mecanismo de ação totalmente diferente das outras, tem uma resposta mais rápida de ação, e apesar de não ser isento de efeitos colaterais, aparecem em menor proporção’.

Observa-se, pois, que, restando demonstrada a necessidade do medicamento para garantia à vida do paciente, deve ser aquele fornecido, pois comprovada a impossibilidade de a impetrante arcar com o custo do tratamento, situação esta que faz surgir para o Poder Público o inafastável dever de fornecer gratuitamente os remédios.

Não merece prosperar a alegação de que apenas o Estado é que deveria arcar com o medicamento requerido, porquanto é sabido que todos os entes federativos são solidariamente responsáveis pelo fornecimento dos meios que garantam a saúde da po-

pulação podendo, dessa forma, ser chamado qualquer um ou todos para responder em juízo por essa obrigação. Nesse sentido dispõe o art. 7º, II, da Lei n. 8.080/90:

“Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

[...]

“II – Integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Colhe-se na jurisprudência deste Sodalício:

“Apelação cível – Saúde – Fornecimento de medicamentos de alto custo – Impossibilidade financeira do autor – Ilegitimidade passiva do Estado afastada – Obrigação solidária – Direito à vida e à saúde constitucionalmente assegurados — Deveres do Estado – Inteligência dos arts. 196 e 198 da CF/88 – Honorários advocatícios – *Quantum* – Fixação moderada, de acordo com o estabelecido nos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC – Manutenção da sentença – Recursos desprovidos.

“Ocorrendo obrigação solidária das três esferas governamentais quan-

to à garantia de proteção à saúde dos cidadãos, não há falar em ilegitimidade passiva do Estado, pois a obrigação poderá ser exigida de um ou de todos os entes.

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da CF)” (AC n. 2003.012215-0, de Criciúma, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 10-10-2003).

Eis o entendimento da Corte Superior de Justiça:

“No tocante à responsabilidade estatal no fornecimento gratuito de medicamentos no combate à AIDS, é conjunta e solidária com a da União e do Município. Como a Lei n. 9.313/96 atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de fornecer medicamentos de forma gratuita para o tratamento de tal doença, é possível a imediata imposição para tal fornecimento, em vista da urgência e conseqüências acarretadas pela doença” (REsp n. 325337, do Rio de Janeiro, rel. Min. José Delgado. DJU em 3-9-01).

Dessa forma, existe sim uma responsabilidade solidária entre a União, os Estados e os Municípios, conforme exegese da Lei que estabelece o Sistema Único de Saúde. Assim, denota-se que qualquer dos Órgãos Administrativos acima referidos podem figurar no pólo passivo da demanda.

Ainda:

“É sabido que, tendo a legislação pátria instituído um Sistema Único de Saúde (art.198, §1º, da CF), não há falar em obrigação exclusiva de uma das esferas governamentais no fornecimento de remédio aos cidadãos, cabendo à União, aos Estados e aos Municípios responder solidariamente por essa responsabilidade” (Ap. Cív. n. 2002.023040-0, de Mondaí, de minha lavra).

Assim, por ora, na estreita via de discussão do pedido de suspensão, a presença do *periculum in mora* (possibilidade de convalescença da impetrante) torna necessária a manutenção da medida liminar concedida, para que se proteja, primordialmente, a saúde do cidadão.

Nesse sentido já decidiu o colendo Superior Tribunal Federal:

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida” (PETMC 1246/SC, rel. Min. Celso Mello).

Além disso, para a suspensão da liminar concedida não bastam apenas alegações de lesão à saúde, à economia e à ordem públicas, deve-se provar inequivocamente que estes

valores estão sendo ameaçados, o que inócorre no presente caso.

Compulsando os autos, observa-se a inexistência de documento que comprove a impossibilidade de a Secretaria de Saúde do município de Joinville arcar com R\$ 168.000,00 (cento e sessenta e oito mil reais), referente a todo o tratamento necessário à impetrante pelo período de dois anos, mormente quando considerado o valor diluído em 24 parcelas, aliado à capacidade econômico-financeira de Joinville, cidade mais populosa do Estado.

Este é o entendimento da Corte Superior:

“Em tema de suspensão de segurança, não se presume a potencialidade danosa da decisão concessiva do *writ* mandamental. A existência da situação de grave risco ao interesse público, alegada para justificar a concessão da drástica medida de contracautela, há de resultar cumpridamente demonstrada pela entidade estatal que requer a providência excepcional autorizada pelo art. 4º da Lei n. 4.348/64. Não basta, para esse efeito, a mera

e unilateral declaração de que, da execução da decisão concessiva do mandado de segurança, resultarão comprometidos os valores sociais protegidos pela medida de contracautela (ordem, saúde, segurança e economia públicas)” (STF, SS 1266/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 27-4-98, p. 00010).

Assim, verifica-se que não restou demonstrada a alegada lesão à economia, à ordem e à saúde públicas, tendo em vista que o medicamento solicitado pela requerida não apresenta valor de monta tão elevada que possa prejudicar o sistema de saúde da esfera municipal.

Diante do exposto, indefiro o pedido de suspensão de liminar formulado, mantendo integralmente a decisão prolatada pelo Juízo *a quo*.

Comunique-se ao Juízo de origem.

Intime-se.

Florianópolis, 26 de abril de 2005.

*Des. Anselmo Cerello,
1º Vice-Presidente.*

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2005.012300-4, DE JOINVILLE

Requerente: Município de Joinville

Advogada: Dra. Rosemarie Grubba Selhorst

Requerido: Laboratório Gimenes Ltda.

Ação na origem: Mandado de Segurança n. 038.05.000501-1

Vistos para despacho

O município de Joinville formulou pedido de suspensão de liminar

contra decisão proferida pelo MM. Juiz da Vara da Fazenda Pública da comarca de Joinville que, nos autos do Mandado de Segurança n. 038.05.000501-

1, concedeu a liminar postulada na peça exordial, de modo a ordenar à autoridade coatora a expedição, no prazo de 24 horas, de certidão positiva com efeitos de negativa em favor do ora requerido, viabilizando, por conseguinte, a renovação de seu cadastro no SUS – Sistema Único de Saúde –, mais precisamente na Secretaria de Saúde da localidade em apreço.

Aduziu, inicialmente, que o requerido, em sede de mandado de segurança, não logrou êxito em demonstrar o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, necessários ao deferimento da liminar postulada, uma vez que não se comprovou a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários discutidos.

Discorreu acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, alegando a ocorrência de grave lesão ao erário municipal, já que a concessão da liminar “incentivará outras sociedades profissionais com caráter empresarial ou comercial a recolher o ISS mensalmente por alíquota fixa, por profissional” (fl. 21).

Alegou a impossibilidade de antecipação de tutela contra o poder público, tendo-se em conta o art. 475 do CPC.

Destacou, ademais, a inversão do *periculum in mora* decorrente de prejuízo financeiro ao erário, verificando-se grave lesão à ordem e à economia públicas.

Por fim, destacou que o interesse público deveria prevalecer sobre o

interesse privado, dissertando, ainda, acerca do princípio da proporcionalidade e do dano irreparável que a decisão *a quo* pode causar ao erário municipal.

Requeru a suspensão dos efeitos da liminar em face da ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas.

A Diretoria Judiciária, em petição de fl., atestou a interposição do recurso de Agravo de Instrumento n. 2005.003482-4, tendo-se-lhe negado seguimento por meio de despacho do Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi, decisão esta posteriormente confirmada por ocasião do julgamento do agravo do art. 557, parágrafo único, pelo Colegiado

É o necessário relatório.

Trata-se de pedido de suspensão de liminar formulado pelo município de Joinville contra decisão proferida pelo MM. Juiz da Vara da Fazenda Pública da referida comarca que, nos autos do Mandado de Segurança n. 038.05.000501-1, deferiu a liminar postulada na peça exordial, de modo a ordenar à autoridade coatora a expedição, no prazo de 24 horas, de certidão positiva com efeitos de negativa em favor do ora requerido, viabilizando, por conseguinte, a renovação de seu cadastro no SUS – Sistema Único de Saúde –, mais precisamente na Secretaria de Saúde da localidade em apreço.

Introitamente, cumpre salientar que a interposição do agravo de instrumento não prejudica a análise do

pedido de suspensão de liminar, uma vez que constituem institutos diferentes, além do que não houve julgamento de mérito daquele.

Com efeito, os dois institutos, pedido de suspensão de liminar e agravo de instrumento, não possuem a mesma natureza, o mesmo objeto e tampouco a mesma finalidade. O primeiro constitui incidente processual e tem por objeto a sustação tão-somente do efeito da liminar, como forma de evitar grave lesão ao interesse público; já o segundo é recurso que busca corrigir a decisão, atacando o suposto erro do juiz na sua concessão, com a sua conseqüente reforma.

Desta feita, vê-se que os institutos apresentados são absolutamente distintos; fica, pois, a critério da pessoa jurídica de direito público o manejo de ambos ou de apenas um, conforme a finalidade almejada, não havendo falar em ofensa ao princípio da unirrecorribilidade recursal.

Esse é o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“Da decisão que antecipa a tutela pode-se formular, concomitantemente, agravo de instrumento e pedido de suspensão. Nada impede que assim se proceda, já que se trata de medidas com diferente natureza e com fundamentos também autônomos” (Agravos na Suspensão de Execução de Liminar n. 2004.04.01.046018-1/RS, rel. Des. Teori Albino Zavascki).

E ainda:

“Agravos. Suspensão dos efeitos de antecipação de tutela em ação ordinária. Servidores públicos federais. URV. MPR-434/94 convertida na Lei n. 8.880/94.

“1. A lei não coloca limites temporais à possibilidade de endereçar-se o requerimento de suspensão, sendo plausível o surgimento da potencialidade de risco em momento posterior ao da prolação da antecipação de tutela atacada.

“2. A existência de agravo de instrumento interposto perante Turma do Tribunal não obsta que se maneje concomitantemente pedido de suspensão, porque distintos os pressupostos de um e de outro.

“3. Vedação legislativa que impede, antes do trânsito em julgado de decisão favorável, o pagamento de vantagens a servidores públicos, ante a possibilidade de grave lesão à economia pública, em razão da falta de previsão orçamentária.

“4. Suspensão que se afina com a liminar deferida no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4-6, pela Suprema Corte do País.

5. Agravo improvido” (TRF – 4ª Região, Agravo na Suspensão de Execução de Liminar n. 9704716648/RS, órgão julgador: Plenário, rela. Des. Ellen Gracie Northfleet, DJ 20-5-1998).

O Ministro e doutrinador Teori Albino Zavascki, na obra “Antecipação de Tutela” (São Paulo: Saraiva, 1997, p. 176 e 177), comenta que:

“Pode ocorrer que, da decisão que antecipa a tutela, a entidade pú-

blica formule, concomitantemente, agravo de instrumento e pedido de suspensão. Nada impede que assim proceda, já que se trata de medidas com diferente natureza e com fundamentos também autônomos. *Em tal caso, a decisão do presidente, deferindo a suspensão, terá eficácia até o julgamento do recurso ou mesmo após ele, se não ultrapassado o juízo de admissibilidade.* Contudo, cessa a eficácia da suspensão quando o agravo for julgado em seu mérito, qualquer que seja o resultado. Provido o agravo, revogada ou anulada a decisão de primeira instância, desaparece a causa determinante da suspensão. Improvido o recurso, a decisão suspensa, a rigor, deixa de subsistir, já que o 'julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida' (art. 512, CPC). Ou seja, a suspensão autorizada pelo presidente teve por objeto decisão que, supervenientemente, deixou de ter força própria, substituída que foi pela do tribunal. A esta não se estende, automaticamente, a eficácia suspensiva, até porque ao presidente falece competência para suspender decisão dos juízes ou dos órgãos fracionários do próprio tribunal. Em tal hipótese, caberá à entidade pública interessada renovar o pedido de suspensão, dirigindo-o ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, em conformidade com os fundamentos da causa" (grifo nosso).

Desta feita, não resta dúvida de que, sendo institutos de natureza jurídica diversa, podem ambos ser formulados simultaneamente, servindo o

pedido de suspensão de liminar tão-somente para evitar que os efeitos da decisão prolatada pelo juízo *a quo* venham a surtir efeitos de imediato.

Destaca-se novamente que, não obstante tenha havido decisão no agravo de instrumento, esta restringiu-se a negar-lhe seguimento sem, portanto, adentrar o seu mérito, de maneira que o pedido de suspensão de liminar não resta prejudicado, uma vez que a decisão *a quo* não foi substituída, mantendo-se incólume.

Oportuno destacar, ademais, que o pedido de sustação da eficácia de decisão proferida contra o Poder Público (art. 4º da Lei n. 8.437/92) mostra-se viável tão-somente se restar demonstrado manifesto interesse público diante da 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:

"No âmbito estreito do pedido de suspensão de decisão proferida contra o Poder Público, é vedado o exame do mérito da controvérsia principal, bastando a verificação da ocorrência dos pressupostos atinentes ao risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas" (STJ – Corte Especial, Rcl 541-GO, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 18-12-98).

Deveras, o cerne do presente incidente, que se mostra como expediente excepcionalíssimo, é a suspen-

são de decisões que, em face do manifesto interesse público, acarretem grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Desse modo, vê-se que o presente pedido de suspensão de liminar não merece prosperar, senão vejamos:

A questão, frisa-se à exaustão, restringe-se ao exame da potencialidade lesiva da decisão que, se não restar cabalmente demonstrada, acarreta o indeferimento do pedido de suspensão.

Ora, a liminar em comento determinou tão-somente a expedição, pela autoridade coatora, no prazo de 24 horas, de certidão positiva com efeitos de negativa em favor do ora requerido, viabilizando, por conseguinte, a renovação de seu cadastro no SUS – Sistema Único de Saúde –, mais precisamente na Secretaria de Saúde da localidade em apreço.

Destarte, é de uma clareza solar que a decisão vergastada não está, de forma alguma, negando a existência dos débitos tributários mas, pelo contrário, uma vez que ordenou a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa.

Se assim o é, nenhuma lesão à economia pública ocorrerá, pois a Municipalidade poderá perfeitamente efetuar a respectiva cobrança caso haja a inadimplência decorrente de descumprimento de condição ensejadora da suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Ressalta-se que o Magistrado *a quo* encontra-se diretamente ligado à causa e às partes, de maneira que o subsídio probatório à sua disposição faculta-lhe a formação de seu convencimento com um juízo de segurança mais apurado, sendo inviável a discussão meritória e o seu aprofundamento em sede de pedido de suspensão.

Assim, tem-se que a questão circunscreve-se à existência de débitos tributários, mas cuja exigibilidade de alguns, segundo assevera o Magistrado, encontra-se suspensa em decorrência de depósitos judiciais (TLL), inexistindo, em relação a outros (ISS), o necessário lançamento (fl. 116).

Ademais, aduziu o Julgador *a quo* que, nos autos da executória em trâmite na respectiva unidade jurisdicional, existem bens oferecidos à penhora no valor de R\$ 450.000,00, suficientes a cobrir os débitos de ISS que restaram notificados.

Assim, trava-se toda uma discussão acerca da existência de créditos tributários, da suspensão da sua exigibilidade e da ocorrência ou não de lançamento, de maneira que a questão desborda a estreita moldura do presente pedido de suspensão.

Frisa-se, por imperioso, que toda essa celeuma deverá ser apreciada por meio da via competente, destacando-se a inexistência de lesão à finança pública, uma vez que o crédito, se existente, poderá ser cobrado pelas vias legais, levando-se em conta que a liminar reconheceu a sua existência.

Pondera-se, ainda, que possível dano ocorreria justamente se não fosse fornecida a certidão positiva com efeito de negativa, pois o requerido, conforme elucida o Magistrado, é responsável pela realização de exames laboratoriais pelo SUS, de tal sorte que a negativa de certidão obstaría o seu credenciamento e, por via de consequência, a continuidade da prestação do referido serviço à população.

Nessa senda, denota-se que a decisão mostrou-se sábia, na medida em que albergou ambos os interesses postos em juízo já que, de um lado, possibilitou o fornecimento da aludida certidão e, por via de consequência, o credenciamento do requerido no SUS e, de outro, não denegou a existência de crédito tributário, determinando a expedição de certidão positiva com efeito de negativa.

Em síntese, resguardou-se o interesse público, de tal sorte que a população, realizado o credenciamento do laboratório, poderá utilizar os seus importantes serviços, sem que a Municipalidade deixe de cobrar, pelas vias legais, eventual crédito tributário.

E não se diga que concessão da liminar “incentivará outras sociedades profissionais com caráter empresarial ou comercial a recolher o ISS mensalmente por alíquota fixa, por profissional”, pois se trata de mera conjectura que não tem o condão de elidir o direito do requerido em obter a certidão almejada, segundo as peculiaridades de sua situação concernente a débitos tributários.

No que se refere à possibilidade de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, não merece prosperar a alegação, uma vez que a restrição diz respeito, basicamente, à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens, a teor da Lei n. 9.494/97, a saber:

“Recurso especial. Administrativo e processual civil. Servidor público. Antecipação de tutela. Fazenda Pública. Requisitos. Reexame de prova. VPNI. Supressão. Restabelecimento ao *status quo ante*. Exceção às hipóteses do art. 1º da Lei n. 9.494/97. Possibilidade de concessão da tutela antecipada.

[...]

“III — A antecipação de tutela em face da Fazenda Pública pode ser concedida quando a medida cogitar hipótese não inserida no art. 1º da Lei n. 9.494/97. Precedentes. Recurso não conhecido” (STJ, REsp n. 663898/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. 21-9-2004).

E ainda:

“Processual civil – Tutelas de urgência – Pressupostos legais – *Fumus boni juris* – *Periculum in mora* – Antecipação da tutela contra a Fazenda Pública – Leis ns. 4.348/64, 5.021/66 e 8.437/92.

“1. Presentes os pressupostos legais, traduzidos essencialmente no binômio *fumus boni juris* e *periculum in mora*, tem a parte direito subjetivo à tutela de urgência apta a impedir que ‘a inevitável demora da prestação ju-

risdicional seja capaz simplesmente de inviabilizar, pelo menos do ponto de vista prático, a proteção do direito postulado' (Barbosa Moreira).

"2. A vedação à antecipação da tutela contra a Fazenda Pública é restrita às hipóteses previstas nos arts. 5º, parágrafo único, e 7º, da Lei n. 4.348/64, e art. 1º, § 4º, da Lei n. 5.021/66, todas versando a respeito de vencimentos de servidores públicos, e à situação prevista no art. 1º da Lei n. 8.437/92: 'Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal'. Se o fato de a sentença submeter-se a reexame necessário (CPC, art. 475, I) constituísse óbice à antecipação da

tutela, nenhuma razão justificaria as restrições da Lei n. 9.494/97" (Agravado de Instrumento n. 2004.023848-7, de Pomerode, rel. Des. Newton Trisotto, j. 13-5-2002).

Por derradeiro, acentua-se que inexistente carga lesiva no que toca à segurança e ordem públicas, porquanto se trata de matéria que não guarda relação com esses pressupostos.

Diante do exposto, indefiro o pedido de suspensão de liminar em face da ausência de lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, mantendo-se intacta a decisão.

Intime-se.

Cientique-se o Juiz da origem.

Florianópolis, 25 de maio de 2005.

*Des. Anselmo Cerello,
1º Vice-Presidente.*

**SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RECURSOS ESPECIAIS EM APELAÇÕES CRIMINAIS

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CRIMINAL N. 2000.015689-2/0002.00, DE BLUMENAU

Recorrente: Luciano Moccelin

Advogado: Dr. Ronei Danielli

Recorrido: Ministério Público Estadual

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

Despacho

Luciano Moccelin interpôs recurso especial contra acórdão proferido na Apelação Criminal n. 2000.015689-2 de Blumenau que, por maioria de votos, deu provimento para absolvê-lo do delito de roubo tentado praticado contra a vítima João Amil de Jesus, com fulcro no art. 386, III, do CPP, bem como para adequar a reprimenda à cinco anos e quatro meses de reclusão em regime semi-aberto (fls. 281 a 289).

Interpostos, os embargos declaratórios foram rejeitados (fls. 324 a 326).

Argüiu violação aos arts. 619 do CPP e 535, II, do CPC, ao argumento que o julgado foi omissivo no tocante à análise da insignificância do bem material objeto do crime, tese que, segundo alega, estava implicitamente contida nas razões de apelação.

Também aduziu contrariedade aos arts. 157, *caput*, e 14, inciso II, ambos do CP, postulando o reconhecimento do roubo na forma tentada.

Nas contra-razões (fls. 379 a 386), a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do parecer subscrito pelo Dr. Paulo Roberto Speck, opinou pela inadmissibilidade do recurso.

É o relatório.

O acórdão foi publicado no dia 25 de abril de 2005 (com circulação na mesma data) no Diário da Justiça de n. 11.654 (certidão de fl. 328). Considerando a interposição em 10 de maio desse ano (fl. 329), é tempestivo. Isento de preparo, e o instrumento procuratório está às fls. 193 e 295.

A alegada violação aos arts. 619 do CPP e 535, II, do CPC não pode prosperar.

Isso porque se verifica que o julgado manteve a sentença condenatória por crime de roubo, cujo tipo penal descreve a conduta de “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, mediante o emprego de grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”. Tutelam-se, portanto, além da propriedade, a integridade física e a liberdade individual.

E, nesse contexto, a suposta omissão por falta de análise do princípio da insignificância não subsiste, uma vez que, além de sequer alegado nas razões de apelação, sabidamente não se aplica aos crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial: Confira-se:

“1. No roubo, mais do que o valor do bem subtraído, releva de importância a extrema vilania do agente, o que, por si só, merece a devida reprimenda.

“2. Inviável, diante da violência praticada, se exclua o delito sob a in-

vocação da inexistência de prejuízo, ou da aplicação do chamado ‘princípio da insignificância’” (REsp n. 74.302/SP, rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 20-10-1997, p. 53.141).

Ainda:

“1. Não há como aplicar, aos crimes de roubo, o princípio da insignificância — Causa supralegal de exclusão de ilicitude —, pois, tratando-se de delito complexo, em que há ofensa a bens jurídicos diversos (o patrimônio e a integridade da pessoa), é inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão” (HC n. 37.423/DF, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 17-2-2005) (grifei).

Na hipótese, apenas se o acórdão houvesse desclassificado o delito, excluindo a elementar “violência ou grave ameaça contra a pessoa” — caso, por exemplo, fosse uma das teses da defesa —, caberia cogitar-se da atipicidade da conduta pelo valor ínfimo do bem. Somente então estaria diante de fundamento novo surgido durante o julgamento, admitido por parte da doutrina e jurisprudência ao tratar do prequestionamento, capaz de render ensejo à violação dos arts. 535, II, do CPC e 619 do CPP quando, a despeito da interposição de embargos declaratórios, persistir a omissão.

Por fim, no tocante à suposta afronta aos arts. 157 e 14, II, do CP, busca o recorrente seja acolhida a tese de que o crime de roubo se deu apenas na forma tentada.

Contudo, o reclamo igualmente não merece guarida, pois saber se

o ato atingiu o seu momento consumativo implicaria a análise de todo o *iter criminis* percorrido pelo agente, o que, por certo, perpassa o exame do conjunto fático-probatório, vedado nesta via recursal, a teor da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça: “Apreensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Alicerçado em tais premissas, nego seguimento e acolho o pedido formulado pelo representante do Mi-

nistério Público (fls. 384 e ss.) para determinar a extração das peças indicadas à execução imediata da pena privativa de liberdade.

Publique-se.

Intime-se.

Florianópolis, 23 de junho de 2005.

Cláudio Barreto Dutra,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL NA APELAÇÃO CRIMINAL N. 2004.032839-5/0001.00, DE RIO DO SUL

Recorrente: Ministério Público Estadual

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

Recorrido: Valdemir Voltolini

Advogado: Dr. Laercio da Cruz

Despacho

O recurso especial foi interposto pelo Ministério Público Estadual, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c* da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal que, por votação unânime, não conheceu do reclamo, determinando a remessa dos autos à Turma de Recursos competente, interpretando o art. 2º da Lei n. 10.259/01.

Alegou que a decisão “ao incluir no rol de crimes de menor potencial ofensivo aquelas infrações em que exista previsão de multa alternativa à de privação de liberdade, ainda que exceda o limite máximo pre-

visto de 2 (dois) anos, incontestavelmente violou o disposto nos artigos 61 da Lei n. 9.099/95 e 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01”.

Asseverou, ainda, que o acórdão divergiu do entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Superior Tribunal de Justiça (fls. 114 a 150).

Não houve contra-razões (Certidão de fl. 153).

É o relatório.

O recurso, interposto em 4-4-2005, é tempestivo. O acórdão foi publicado no dia 17-3-2005 (com circulação na mesma data), no Diário da Justiça de n. 11.631 (Certidão de fl.

113), tendo o Ministério Público sido intimado em 18-3-2005.

A análise dos permissivos inscritos nas alíneas *a* e *c*, inciso III, do art. 105, da CF, demonstra que deve ascender à Corte Superior, posto que presentes todos os requisitos necessários à sua admissão.

Com o advento da Lei n. 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, ampliou-se o conceito dos crimes de menor potencial ofensivo aos casos em que a pena máxima em abstrato não ultrapasse 2 (dois) anos, ou multa.

In casu, o crime do art. 38 da Lei n. 9.605/98 não se enquadra nessa definição, porquanto é apenado com detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa. Não obstante, a existência de pena alternativa de multa não faz incidir a regra do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01, pois a pena máxima em abstrato ultrapassou o patamar de 2 (dois) anos.

Confirmam-se os precedentes do STJ:

1) “Pela simples confrontação entre os dispositivos legais, logo se avista a desconexão da tese defensiva. Acresça-se, contudo, que a *indicação da pena de multa, para que o crime possa situar-se no âmbito da competência do Juizado, tem de ser única e autônoma, e não acompanhada de pena reclusiva acima do limite estabelecido*” (grifou-se — RHC n. 15.232/RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 30-5-2004).

2) “*Habeas corpus*. Processual penal. Suspensão condicional do processo. Lei n. 10.259/2001. Não alteração. Transação. Previsão de pena de multa alternativa ou cumulativamente. Irrelevância.

[...]

“Somente se aplica a transação penal, em conformidade com o novo conceito de crimes de menor potencial ofensivo, trazido pela Lei n. 10.259/2001, aos crimes cuja pena privativa de liberdade máxima prevista não exceda a 2 (dois) anos, sendo irrelevante, nos delitos cuja pena máxima em abstrato seja superior ao referido patamar, a previsão legal de pena de multa, nas formas alternativa ou cumulativa. *Habeas corpus* denegado” (HC n. 30.490/SP, rel. Min. Paulo Medina, DJ 16-11-2004).

No mesmo sentido, é a jurisprudência do STF:

“Incabível, na espécie, a aplicação do instituto da transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/1995), porquanto o crime previsto no art. 4º da Lei n. 8.137/1990 não se enquadra na definição de infração de menor potencial ofensivo, pois *a pena máxima para esse delito é de cinco anos, sendo irrelevante a cominação de multa alternativamente à pena de reclusão*” (grifou-se — HC n. 84.719/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 11-2-2005).

No que tange à alegada divergência jurisprudencial, também está comprovado o dissenso pretoriano, procedido que foi o devido cotejo analítico entre o acórdão local e o para-

digma, como também a cópia integral deste, atendendo aos requisitos do art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Alicerçado em tais premissas, dou seguimento ao recurso, subindo os autos àquele colendo Tribunal.

Publique-se.

Intime-se.

Florianópolis, 28 de junho de 2005.

Cláudio Barreto Dutra,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CRIMINAL N. 2004.033606-2/0001.00, DE IÇARA

Recorrente: Tereza Patrício Getner

Advogado: Dr. Sérgio Francisco Carlos Graziano Sobrinho

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

Despacho

Tereza Patrício Getner, com amparo no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, interpôs recurso especial contra acórdão da Primeira Câmara Criminal que, por votação unânime, negou provimento à apelação (fls. 206 a 222).

Alegou que a decisão negou vigência aos dispositivos da Lei n. 10.409/02, mormente ao artigo 38, que regula o procedimento da instrução criminal nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes.

Suscitou, pois, a nulidade do processo, tendo em vista a inobservância da defesa preliminar (fls. 224 a 233).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela não-admissão (fls. 281 a 286).

É o relatório.

O recurso é tempestivo. O acórdão foi publicado no Diário da Justiça n. 11.665, no dia 10-5-2005 (fl. 223), e o reclamo protocolado em 19-5-2005 (fl. 224). A procuração encontra-se na fl. 108.

A Lei n. 10.409/02, em seu artigo 38, estabeleceu novo rito processual ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, criando a fase da defesa preliminar, a fim de possibilitar a manifestação do réu antes do recebimento da denúncia pelo magistrado.

Impende salientar que a matéria é recente e objeto de complexos debates sobre hermenêutica e vigência, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pois, em razão do veto presidencial, o capítulo III da referida lei, que tratava do direito material (dos crimes e das penas), foi retirado do

ordenamento jurídico, instalando-se celeuma, já que a parte referente ao direito processual continuou a vigorar.

Assim, não obstante opiniões em contrário, prevalece o entendimento de que é obrigatória a observância do procedimento indicado no art. 38 da nova lei, mantendo-se inalterados, no que se refere ao direito material, os dispositivos da Lei n. 6.368/76.

O Superior Tribunal de Justiça tem manifestações nesse sentido:

“Processo penal. *Habeas corpus*. Art. 38 da Lei n. 10.409/02. Inobservância. Nulidade absoluta. Ordem concedida. 1. *O contraditório prévio estabelecido pelo art. 38 da Lei n. 10.409/02 deve ser instaurado pelo juízo monocrático antes do recebimento da denúncia*; 2. *A fase contraditória preliminar é obrigatória. Inteligência do art. 5º, LV, da Constituição da República, e § 3º do art. 38 da Lei n. 10.409/02*; 3. A inobservância estrita do novel procedimento, importa declarar nulo o processo, *ab initio*; 4. Ordem concedida”.

Do voto extrai-se:

“Em suma: de um lado, argumenta-se que o procedimento previsto na Lei n. 10.409/02 não pode ser aproveitado, pois concebido para investigar os delitos que preveria e não procedeu à revogação da legislação anterior; de outro lado, aduz-se que o novo rito permite maior amplitude de defesa, de acordo com o art. 5º, LV, CR, e deve-se preferir maior eficácia aos direitos fundamentais ao apego formal da interpretação infraconstitucional.

“Razão assiste àqueles que entendem obrigatória a observância da sistemática processual da Lei n. 10.409/02, se não veja-se.

[...]

“*Sob outra ótica, o veto aos crimes e medidas, sancionatórias ou não, não obsta a aplicação do novo rito, considerando que várias condutas que estavam previstas na Lei n. 10.409/02 são extremamente semelhantes às definidas na Lei n. 6.368/76, além do objeto jurídico tutelado ser o mesmo, vale dizer, a saúde pública*” (HC n. 30.543/DF, rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, j. 5-8-2004) (grifou-se).

A respeito, ver também HC n. 26.900/SP, em especial o voto proferido pelo Min. Jorge Scartezini.

Superada essa questão, passa-se à análise da admissibilidade do recurso especial.

O artigo 38 da Lei n. 10.409/02 prevê:

“*Oferecida a denúncia, o juiz, em 24 (vinte e quatro) horas, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandato aos autos ou da primeira publicação do edital de citação, e designará dia e hora para o interrogatório, que se realizará dentro dos 30 (trinta) dias seguintes, se o réu estiver solto, ou em 5 (cinco) dias, se preso*” (grifou-se).

A alegada negativa de vigência (art. 105, III, *a*, da Constituição Federal) está suficientemente fundamenta-

da, porquanto o procedimento previsto na lei federal foi relegado, aplicando-se o artigo 22, § 3º, da Lei n. 6.368/76 (despacho de fl. 69).

“Art. 22. Recebidos os autos em juízo, será aberta vista ao Ministério Público para, no prazo de 3 (três) dias, oferecer denúncia, arrolar testemunhas até o máximo de 5 (cinco) e requerer as diligências que entender necessárias.

[...]

“§ 3º *Recebida a denúncia, o juiz, em 24 (vinte e quatro) horas, ordenará a citação ou requisição do réu e designará dia e hora para o interro-*

gatório, que se realizará dentro dos 5 (cinco) dias seguintes” (grifou-se).

No caso específico, frisa-se que a acusada vem alegando prejuízo desde as fases iniciais do processo.

Alicerçado em tais premissas, dou seguimento ao recurso, subindo os autos ao Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se.

Intime-se.

Florianópolis, 15 de junho de 2005.

*Cláudio Barreto Dutra,
2º Vice-Presidente.*

**TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.004350-6, DE SÃO JOAQUIM

Recorrente: Banco do Brasil S.A.

Advogado(s): Drs. Cláudio Luiz Rinaldi e outros

Recorrido: Dirceu Marca

Advogado: Dr. Eugênio Hugén Pagani

Despacho

I – Banco do Brasil S.A. interpôs recurso especial contra o acórdão proferido no julgamento da Apelação Cível n. 1998.004350-6, de São Joaquim. A pretensão recursal está fundada nas alíneas *a* e *c* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

Sustenta o recorrente, em síntese, que o aresto atacado violou a Resolução n. 1.129, de 15-5-1986, ao não permitir a cobrança da comissão de permanência, além de ter dado a esta norma interpretação divergente da que o Superior Tribunal de Justiça já lhe deu.

Ademais, alega haver dissídio jurisprudencial quanto ao afastamento da TBF como índice de restituição da perda do valor do capital.

Não foram apresentadas contrarrazões.

II – O presente recurso especial não deve ser conhecido quanto à alínea *a*, do art. 105, inciso III, da CF/88, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que as portarias ministeriais, circulares, resoluções, instruções normativas e outras disposições administrativas não estão inseridas no conceito de lei federal, não ensejando, portanto, a interposição de recurso espe-

cial (REsp n. 514.775/RS, Min. Paulo Gallotti, DJU de 5-9-03).

Nesse mesmo norte, colhe-se, ainda, da Corte Superior:

“Processual civil. Violação a atos normativos internos. Não admissibilidade. Concurso. Curso preparatório de cadetes do ar. Reprovação no exame médico. Critérios discriminatórios. Ilegalidade.

“1. O conceito de lei federal, a ensejar o recurso especial, não abrange os atos normativos internos, como as resoluções, circulares, portarias e instruções normativas [...].

“5. Recurso não conhecido” (REsp n. 214.456/CE, Min. Edson Vidigal, DJU de 20-9-99, p. 82).

Por outro lado, deve o reclamo ser admitido quanto à alínea c do citado dispositivo constitucional, uma vez que o dissenso jurisprudencial restou devidamente demonstrado tanto quanto à cobrança de comissão de perma-

nência, como quanto à adoção da TBF como índice de atualização monetária. O recorrente transcreveu fragmentos do acórdão atacado e dos paradigmas, juntando as respectivas cópias, e realizou, ainda, o necessário cotejo analítico, isto é, demonstrou as circunstâncias que assemelham os casos confrontados, explicitando em que consistiria a alegada divergência jurisprudencial, conforme determina o § 2º do art. 255 do RISTJ.

III – Pelo exposto, admite-se o recurso somente pela alínea c do permissivo constitucional.

Publique-se.

Intime-se.

Florianópolis, 8 de junho de 2005.

Orli Rodrigues,
3º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.000181-4/0001.00, DE JARAGUÁ DO SUL

Recorrente: Cizeski Incorporadora, Administradora e Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Advogados: Drs. Francisco May Filho e outros

Recorrido: União de Bancos Brasileiros S.A. — Unibanco

Advogado: Dr. Sávio Murillo Piazero de Azevedo

Despacho

I – Cizeski Incorporadora, Administradora e Empreendimentos Imobiliários Ltda. interpõe recurso espe-

cial contra acórdão proferido no julgamento da Apelação Cível n. 1999.000181-4, de Jaraguá do Sul. A pretensão recursal está fundada nas alíneas a e c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

Sustenta o recorrente, em síntese, que o aresto atacado contrariou o art. 593, II, do CPC, além de estar em confronto com a interpretação jurisprudencial dada pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à questão de o contrato de compromisso de compra e venda não ter valor como alienação.

Contra-razões às fls. 193 a 204.

II — No tocante à alínea *a* do inciso III do art. 105 da CF/88, o recurso não pode ser admitido, uma vez que deficitária sua fundamentação, haja vista o insurgente não ter especificado como o dispositivo infraconstitucional teria sido violado pelo acórdão guerreado, em inobservância à Súmula 284 do STF.

Colaciona-se do STJ:

“Processo civil. Civil. Agravo de instrumento. Recurso especial. Fundamentação deficiente. Indenização por danos extrapatrimoniais. Alteração do *quantum*.

“— É inadmissível o recurso especial quando a deficiência na fundamentação impedir a compreensão de como os dispositivos legais citados foram violados pelo acórdão recorrido [...]” (AG n. 537.977/MA, Min. Nancy Andrighi, DJU de 30-10-03).

No mesmo sentido:

“Processual civil. FGTS. Correção monetária das contas vinculadas. Súmulas 282 e 284 do STF. Alegação de ofensa a dispositivos da Carta Magna. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Violação dos arts. 128 e 535 do CPC. Inocorrência.

“1. A ausência de indicação dos motivos pelos quais o recorrente con-

sidera violada a legislação federal revela a deficiência do recurso especial, atraindo a aplicação da Súmula 284 do STF: ‘É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia’ [...]” (REsp n. 571.366/PE, Min. Luiz Fux, DJU de 29-10-03).

No que pertine à alínea *c*, o reclamo também não pode ser admitido, pois o recorrente não comprovou o dissídio jurisprudencial quanto à questão de o contrato de compromisso de compra e venda não ter valor como alienação.

Constata-se que o insurgente não acostou “certidões ou cópias autenticadas dos acórdãos apontados divergentes” ou fez a citação de “repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que os mesmos se achem publicados” (alíneas *a* e *b* do § 1º do art. 255 do RISTJ), limitando-se a transcrever ementas dos acórdãos paradigmas.

Ademais, o recorrente não realizou o necessário cotejo analítico entre o acórdão atacado e os acórdãos modelos, a fim de demonstrar as circunstâncias que assemelham os casos confrontados, explicitando em que consistiria a alegada divergência jurisprudencial, conforme determina o art. 255, § 2º, do RISTJ.

III — Pelo exposto, inadmite-se o recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 30 de junho de 2005.

Des. Orli Rodrigues,
3º Vice-Presidente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO**RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.018292-9, DE TUBARÃO****Recorrente: Sérgio Vidor****Advogado: Dr. Cláudio Scarpeta Borges****Recorrido: Sandra Borghezan****Advogados: Drs. João Batista Góes Ulysséa e outro****Despacho**

I – Sérgio Vidor interpôs recurso extraordinário contra o acórdão proferido no julgamento da Apelação Cível n. 2002.018292-9, de Tubarão. A pretensão recursal está fundada na alínea *a* do inciso III do art. 102 da Constituição Federal.

Sustenta o recorrente, em síntese, que o aresto atacado violou os arts. 7º, IV, e 93, IX, ambos da CF/88, pelo qual deve ser reformado.

Não foram apresentadas contrarrazões.

II – O presente recurso extraordinário deve ser conhecido quanto à alínea *a*, do art. 102, inc. III, da CF/88, no que tange ao art. 7º, IV, da Carta Magna, pois restaram cumpridos todos os requisitos necessários à sua admissão: a decisão recorrida é de última instância; o recurso encontra-se tempestivo, preparado, e estão su-

ficientemente fundamentadas as razões acerca da alegada contrariedade ao dispositivo citado, tendo este sido devidamente submetido ao prequestionamento.

No entanto, não pode ser admitido quanto ao art. 93, IX, CF/88, pois que não cabe recurso extraordinário quando a alegada contrariedade a dispositivo constitucional diz respeito a questões estritamente processuais, que configuram matéria de âmbito infraconstitucional.

Nesse sentido, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

“É incabível recurso extraordinário para o exame de matéria de índole processual ordinária, a pretexto de violação ao disposto nos artigos 5º, XXXV, XXXVI, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI n. 375685 AgR/MA, rela. Mina. Ellen Gracie. Primeira Turma. DJU de 27-9-2002, p. 00101).

A alegação de infringência a disposições constitucionais não pode ser indireta ou reflexa, devendo o aresto recorrido estar diretamente em confronto com algum artigo da Carta Magna.

III – Pelo exposto, admite-se o recurso com base no art. 102, inc. III,

alínea *a*, somente no tocante ao art. 7º, IV, da Constituição Federal.

I-se.

Florianópolis, 1º de junho de 2005.

Orli Rodrigues,
3º Vice-Presidente.

TURMAS DE RECURSOS

PRIMEIRA TURMA

RECURSO CÍVEL N. 4.385, DA CAPITAL

Relator: Juiz Domingos Paludo

Recurso cível. Relação de consumo. Aquisição de passagens aéreas. Transferência negada. Fornecedor. Solidariedade. Recurso improvido.

1 — “Fornecedor de serviços”, para o art. 14 do CDC, é todo partícipe da cadeia de produção e distribuição de serviços;

2 — A expressão “antes de iniciada a viagem”, contida no art. 740, caput, do CCB, deve ser entendida a partir da regra do parágrafo único desse artigo, de modo que, em se cuidando de venda de passagens de ida e de volta, há duas oportunidades para a desistência do passageiro (embarque da ida e embarque da volta), e não uma só;

3 — Os motivos que o passageiro possui para desistir da viagem não limitam a faculdade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Cível n. 4.385, do Juizado Especial de Causas Cíveis da comarca da Capital, em que é recorrente Tortola Agência de Viagens e

Turismo e recorrida Catharina Manganelli Coimbra de Carvalho:

ACORDAM, em Primeira Turma de Recursos, por votação unân-

me, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, impondo as despesas processuais e a verba honorária de 15% da condenação à recorrente vencida.

I — Relatório

A recorrente foi condenada a pagar 910 dólares americanos à recorrida, porque se negou a transferir uma passagem aérea.

No recurso alega que, como operadora de turismo, se limitou-se a emitir o bilhete e repassá-lo à agência de turismo Centaurus, nega qualquer relação com a recorrida que adquiriu as passagens na agência, e, quanto ao mérito, sustenta que, pelo art. 740 do CC, a rescisão do contrato de transporte é “antes de iniciada a viagem”, além do que há, no caso, mera alegação de que o marido da autora arranhou um emprego na Holanda, onde sequer pode trabalhar legalmente, sem visto apropriado.

O recurso foi respondido.

Os autos vieram.

É o relato.

II — Voto

O recurso não merece provimento.

A ilegitimidade passiva — é isto que deseja sustentar a recorrente, se bem que não o diga assim — inócorre.

A propósito, a seguinte lição:

“Ao contrário do que sucede no art. 12, o Código, no art. 14, não fragmenta a responsabilidade, colocando de um lado o comerciante (distribuidor ou varejista), e de outro o fabricante, o produtor, o construtor e o importador. Fala-se apenas em ‘fornecedor’, *gênero que inclui todos os partícipes da cadeia de produção e distribuição*. Tal ocorreu porque, via de regra, o fornecedor do serviço é o próprio prestador, aquele, pessoa física ou jurídica, que entrega a prestação. *É certo que os serviços podem ser prestados através da contratação de terceiros. Neste caso todos são responsáveis objetivamente pelos acidentes de consumo causados pelo serviço prestado*” (Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, Saraiva, 1991, p. 78, n. 2).

E, quanto ao art. 740 do CCB, lido corretamente, não indica a solução pretendida, no sentido de que aquele que compra passagem de ida e volta, durante ou após a viagem de ida, já não possa pleitear a rescisão do contrato.

A conclusão sai da leitura do parágrafo primeiro do artigo. Assim:

“Art. 740. O passageiro tem direito a rescindir o contrato de transporte *antes de iniciada a viagem*, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada.

“§ 1º Ao passageiro é facultado desistir do transporte, *mesmo depois*

de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor *correspondente ao trecho não utilizado*, desde que provado que outra pessoa haja sido transportada em seu lugar”.

A recorrente entende que com a condição “antes de iniciada a viagem” indica que após a viagem de ida, já não podia desistir o passageiro daquela da volta.

Então, é necessário entender o que o CC quer dizer com “antes de iniciada a viagem”.

A faculdade instituída logo a seguir no parágrafo 1º do mesmo artigo, ao dispor que após “iniciada a viagem” é devida a restituição do “trecho não utilizado” ao passageiro, mediante prova de que outro foi transportado em seu lugar, faz mais do que claro que a expressão indica que o início da viagem é relativo a cada passagem, esta compreendida como contrato individual de determinado trecho e que o início da viagem diz respeito ao percurso deste trecho.

A rescisão do contrato de transporte e a desistência da viagem não diferem para o fim de que aqui se cuida.

Então, quem adquire passagem de ida e volta, para datas distintas, pode rescindir o contrato em duas oportunidades também distintas: antes do embarque de ida e antes do embarque da volta.

O início da viagem, pois, coincide com o movimento em direção ao destino, após o embarque.

Na espécie, a recorrida pediu a transferência da passagem dois meses antes do embarque; logo, bem antes do início da viagem de volta.

Já os motivos que o passageiro invocar para a transferência da passagem não limitam sua faculdade, porque a lei não o diz, de modo que são irrelevantes para o fim pretendido pela recorrente.

A norma em questão limita sua incidência apenas ao “tempo de ser renegociada” a passagem — condição atendida na espécie, em que a transferência foi solicitada com a expressiva antecedência de dois meses — e, se já percorrido um trecho da distância contratada, à prova de que outro passageiro foi transportado daí em diante, pela transportadora, condicionante esta que não incide na espécie, pois a viagem não foi iniciada, tanto que não houve sequer embarque.

Nego provimento ao recurso.

É como voto.

III — Decisão

A Turma, por votação unânime, decidiu conhecer do recurso e negar-lhe provimento, impondo as despesas processuais e a verba honorária de 15% da condenação à recorrente vencida.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Juíza Maria Terezinha Mendonça de Oliveira.

Florianópolis, 19 de maio de 2005.

Rejane Andersen,
Presidente, com voto;
Domingos Paludo,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 117, DA CAPITAL**Relatora: Juíza Rejane Andersen**

Ação penal privada — Queixa-crime — Calúnia e injúria — Assembléia-Geral de condomínio — Discussão entre os litigantes — Ausência do elemento subjetivo do tipo — Inexistência da intenção de ofender — Exercício regular de um direito — Não configuração no caso concreto — Fato já exposto aos demais condôminos e resolvido na gestão do síndico anterior — Fatos imputados atípicos — Improcedência mantida.

“Não há injúria, por ausência do elemento subjetivo, se é fruto de incontinência verbal, provocada por explosão emocional durante acirrada discussão” (TACrimSP, RT 544/353; TJDF, RT 780/642).

Calúnia — Inexistência de imputação de fato definido como crime — Requisito subjetivo do art. 138 do CP — Não configuração do tipo penal notadamente quando proferida em calorosa discussão.

Honorários advocatícios — Condenação não prevista na lei processual penal — Inexigibilidade — Exclusão da sucumbência.

“Inexistindo no processo penal o princípio da sucumbência, não se justifica a condenação do vencido ao pagamento dos honorários advocatícios da parte contrária” (RT 577/372). Recurso conhecido e parcialmente provido.

Vistos e discutidos estes autos de Apelação Criminal em que é apelante Edson Evangelista do Nascimento, sendo apelada Irma Castanheiro Uliano.

ACORDAM, em Primeira Turma de Recursos, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial.

I — Relatório

Edson Evangelista do Nascimento, devidamente qualificado, ofereceu queixa-crime contra Irma Castanheiro Uliano, igualmente individuada, imputando-a à prática dos crimes de calúnia e injúria, capitulados nos artigos 138 e 140, *caput*, c/c art. 141, *caput* e inciso III, ambos do Código Penal.

Para tanto, alegou que no dia 28-11-2001 foi realizada Assembléia-Geral do Condomínio do Edifício Dona Adélia do qual é síndico. Contudo ocorreu que, ao ser abordada a questão da dívida relativa à antiga gestão, cujo representante era o marido da querelada, esta, na presença dos demais condôminos e em alto tom, “injuriou o querelante, agredindo-o verbalmente com palavras de baixo calão, chamando-o de ‘filósofo de botequim’, ‘tirano’, ‘futriheiro’, bem como afirmando que o querelante havia dito que determinada moradora do prédio tinha relações sexuais com cachorro” (fl. 3).

Assim, narrou que a querelada afetou a sua dignidade e decoro perante as demais pessoas ali presentes. Finalizou dizendo que na nova Assembléia-Geral Extraordinária, realizada em 26-3-2002, a querelada novamente atacou o querelante, desta vez caluniando-o, acusando-o da prática do crime de extorsão. Finalizou postulando a condenação da querelada às penas da lei. Juntou os documentos de fls. 8 a 15.

Inexitosa a conciliação (fl. 37), a querelada apresentou resposta (fls. 57 a 66) aduzindo, sumariamente, que aquelas palavras foram ditas em resposta aos insultos que o querelante dirigia contra a querelada e seu esposo, fato que, inclusive, gerou a Ação de Indenização por Danos Morais n. 082.02.001794-6, aforada por este contra aquele.

O feito seguiu trâmite regular, tendo sido proferida sentença que julgou improcedente a queixa-crime,

absolvendo o querelado nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal (fls. 118 a 120).

Insatisfeito com a prestação jurisdicional, o querelante interpôs recurso (fls. 124 a 130) pugnando pela reforma da sentença a fim de que a querelada seja condenada por crime de calúnia e injúria ou, se mantida a improcedência, seja excluída a condenação de honorários de sucumbência e custas judiciais.

Argumentou que a sentença merece ser reformada porque considerou que a conduta da recorrida foi motivada por provocação do recorrente, porém, aduz o apelante que agiu no exercício regular de um direito, que como síndico tinha o dever de informar aos demais condôminos a dívida impaga do marido da recorrida Edemir Galvani Uliano.

Desse modo, frisou que a alegada “provocação” não pode ser considerada como excludente de ilicitude. Prosseguiu dizendo que o inciso I do § 1º do art. 140 do Código Penal permite que o juiz deixe de aplicar a pena se a provocação tivesse ocorrido, mesmo assim o crime não deixaria de subsistir.

Juntadas as contra-razões (fls. 78 a 82) e o parecer ministerial (fls. 83 a 86), os autos foram remetidos ao egrégio Tribunal de Justiça, tendo sido determinada a remessa dos autos à esta Turma Recursal (fls. 97 a 102) após parecer do Procurador de Justiça nesse sentido (fl. 94).

Aportando os autos neste Colegiado, o Promotor de Justiça opinou no sentido de que, conhecido o recurso, seja-lhe dado provimento parcial para reformar a decisão de primeiro grau na parte em que condena o apelante ao pagamento de honorários advocatícios (fls. 162 a 165).

Em seguida, vieram-me conclusos os autos.

II — Voto

De plano, analisa-se a conduta de injúria imputada à recorrida.

Discorre o recorrente que a sentença merece reforma porque agiu no exercício regular de um direito e não ocorreu a provocação sustentada na decisão.

Todavia, analisando os autos, constata-se que as razões do recorrente não são tão concretas quanto afirma, uma vez que, em várias oportunidades, ficou constatado que houve a iniciativa do apelante, conforme se observa dos fatos e testemunhas a seguir descritos.

Denota-se pela Ata da Assembléia-Geral realizada no condomínio em que moram os litigantes, no dia 28-11-2001, que as alegadas injúrias ocorreram somente após a exposição do síndico recorrente acerca do débito pendente do marido da recorrida, *in verbis*:

“No momento em que o síndico explicava a questão do senhor Edemir, a senhora Irma, que havia-se retirado

da assembléia, retornou e, de pé, próximo ao síndico e com o dedo apontado para o mesmo, o chingou (*sic*) várias vezes, em tom alto” (ata de fl. 8 verso).

Tal versão igualmente foi constatada na prova oral coligida aos autos, uma vez que as testemunhas foram unânimes em admitir que as palavras proferidas pela recorrida sempre vinham em resposta a repetição dos fatos sobre a apropriação indébita imputada ao marido desta, circunstância que sempre gerava discussão acalorada entre as partes. A esse respeito depreende-se dos autos:

“que sabe que o então síndico, ora vítima, trouxe à tona o assunto de uma dívida que o marido da autora do fato teria para com o condomínio e que por tal razão, a mesma se exaltou, taxando aquele de ‘filósofo de araque’; que em outra oportunidade, igualmente em assembléia, a autora do fato havia-se ausentado momentaneamente do recinto, quando então o síndico passou a prestar esclarecimentos a outro condômino a respeito do mesmo assunto, quando então a autora do fato novamente entrou e ouvindo parcialmente o teor da conversa, novamente se exaltou, não se recordando a depoente exatamente o teor da agressão verbal” (Valquíria Rosina Dirksen, fl. 80) (sem grifos no original).

“que se recorda o depoente que em algumas ocasiões durante a realização das assembléias, a vítima tocava no assunto de valores do condomínio devidos pelo marido da autora

do fato [...] *que durante as discussões, em resposta ao réu, a autora teria chamado-o de filósofo de privada [...] que o depoente confirma que havia presenciado discussões acaloradas e que nessas circunstâncias é que ouviu o impropério anteriormente aludido [...] que nunca presenciou qualquer ofensa à honra da vítima por parte da AF (autora do fato) anteriormente a qualquer provocação no sentido, ou seja, referente à dívida antes mencionada*” (Lírio César Lopes, fls. 82 e 83).

“Que não raras vezes, *nas assembléias do referido condomínio, que havia trocas de acusações entre as partes*, o que deixava a depoente de-veras nervosa [...] que ouviu da vítima em assembléia dizer que o Sr. Edemir e a Sra. Irma haviam-se apropriado indevidamente dos valores citados; [...] que ouviu também da vítima, em AGO (Assembléia-Geral Ordinária), dizer que o marido da AF (autora do fato) era ‘covarde’, porquanto não comparecia àquelas solenidades pessoalmente; *que em algumas assembléias, AF (autora do fato) se retirava em virtude das discussões; [...] que sempre o Sr. Edson ‘ironizava’ e que a Dona Irma ‘dava o troco’* (Maria de Lourdes Monguilhott, fl. 84) (sem grifos no original).

“pode dizer que as partes, em determinada ocasião, ‘conversavam calorosamente’ em virtude de uma dívida que o marido da AF teria para o condomínio, [...] que se recorda que a AF teria-se utilizado das expressões mencionadas à fl. 3 contra a vítima, que os impropérios se deram em vir-

tude da AF ter afirmado na ocasião que nada mais devia ao condomínio, mas que a vítima não estaria acreditando [...] que invariavelmente as reuniões presididas pelo Sr. Edson eram tumultuadas; que diz que Dona Irma nunca ofendeu o Sr. Edson sem que antes fosse provocada [...] (Luiz Fernando dos Passos, fl. 86).

Em vista do caderno probatório contido nos autos, não há tipificar a conduta como injúria, uma vez que esta exige o dolo de dano e o elemento subjetivo que é a intenção de ofender, condição expressamente determinada pelo tipo penal do artigo 140 do Código Penal, no qual o crime se constitui pela ofensa “à dignidade ou ao decoro”.

Ademais, em demorada leitura dos autos, não se denota em nenhuma oportunidade o requisito essencial subjetivo que configura o delito, qual seja, a intenção criminosa.

Sobre o tema, é voz corrente na jurisprudência:

“Não há injúria, por ausência do elemento subjetivo, se é fruto de incontinência verbal, provocada por explosão emocional durante acirrada discussão” (TACrimSP, RT 544/353; TJDF, RT 780/642) (Código Penal Comentado, Celso Delmanto, 6^a ed., Renovar, p. 305)”.

Por outro lado, cumpre ressaltar que, muito embora não se caracterize a injúria se a manifestação do agente decorre do exercício regular de direito ou de cumprimento de dever jurídico, denota-se, no caso dos au-

tos, que a situação passou dos limites do exercício regular do direito que o recorrente (síndico) possuía de informar aos condôminos sobre as despesas e receitas do condomínio.

É que ficou cediço dos autos que a alegada “apropriação indébita” imputada ao esposo da recorrida era assunto antigo e resolvido, já conhecido pelos condôminos, porém que o recorrente insistia em retomar o assunto em cada assembléia, acalorando as discussões sobre o tema, conforme se observa do relato das testemunhas acima transcritos.

Ademais, restou constatado que o fato nem mesmo ocorreu durante sua gestão e que condomínio e acusado de apropriação indébita já haviam devidamente composto o débito. A esse respeito, salutar transcrever a informação do ex-síndico e do depoente Luiz Fernando dos Passos, fls. 86 e 87, na qual esclareceu:

“que o depoente foi síndico do condomínio e que em sua gestão foi apurado o débito do marido da autora do fato; que diz que houve aceitação ou confissão do débito perante o conselho do condomínio, e que o depoente, juntamente com o Sr. Edemir, compareceram ao escritório de advocacia de uma advogada de nome Judite (advogada do condomínio) para tratarem do parcelamento da dívida, que o depoente tem certeza de que o valor das parcelas e o montante da dívida fora consignado em ata de AGO; que na época, compunham o conselho a Sra. Vera Regina, a Sra. Nádia e a Sra. Maria de Lourdes; que diz que antes

de ir para o escritório, reuniu-se com o conselho supracitado, dando-lhe ciência do débito, tratando da melhor maneira como poderia ocorrer a quitação; que durante a gestão do depoente, o marido da autora do fato vinha pagando as parcelas convencionadas”.

Considerando esse tópico, efetivamente cai por terra a tese defensiva, posto que o suposto “exercício regular de um direito” do recorrente não mais se fazia presente, porquanto o débito pendente (e já objeto da composição) não era novidade alguma para ser constantemente narrada pelo recorrente aos condôminos nas consecutivas assembléias-gerais.

Inarredável que se deve considerar o contexto em que as expressões foram proferidas, ou seja, devem ser integradas à situação que as gerou e não analisá-las isoladamente. Assim sendo, no caso concreto, verifica-se que as palavras foram ditas em calorosa discussão, sempre após a iniciativa do recorrente no assunto.

Sobre o tema, colaciona-se da jurisprudência:

“Para que se configure o delito de injúria, imprescindível é a presença do dolo, pois se as expressões injuriosas foram proferidas no auge e no calor da discussão e em razão de provocação direta e reprovável do próprio ofendido, descaracterizada estará a conduta, conforme prescreve o art. 140, § 1º, I, do CP” (RT 769/610).

“Não configuram o delito de injúria as expressões proferidas no auge

e no calor de discussão, por faltar ao agente o dolo indispensável à configuração da infração” (RT 579/349).

“Não há falar em injúria se as palavras havidas por ofensivas foram proferidas no calor de debate em entrevista coletiva, como retorsão imediata e no exercício da legítima defesa” (STF, RT 593/414).

No que tange à calúnia, verifica-se que não há configurar a calúnia pela acusação de que o recorrente cometeu o crime de extorsão.

É que o crime de calúnia exige para sua configuração a imputação falsa de “fato definido como crime” (art. 138 do Código Penal), ou seja, “no fato imputado precisam estar presentes todos os requisitos do delito, ou não se poderá falar em fato definido como crime e, conseqüentemente, em calúnia” (STF, RHC n. 64.175, DJU 5-9-86, p. 15.833).

In casu, as testemunhas que presenciaram o fato relataram que a recorrida acusou o recorrente do crime de extorsão, porém em nenhuma oportunidade houve a imputação de fato que constitua o crime com todas as circunstâncias, elemento imprescindível para a configuração do delito do art.138 do CP.

Assim, exigia a calúnia que o fato fosse preciso e determinado, pois a imputação vaga e imprecisa de que determinada pessoa é estorsionária não se amolda ao crime do delito em comento, sendo que nem mesmo se configuraria ante a ausência do elemento subjetivo, porque fruto de in-

continência verbal no decorrer de acirrada discussão (TACrimSP, RT 544/381).

Diante disso denota-se que não restou caracterizado o crime de calúnia.

Derradeiramente, merece reforma a sentença no que concerne ao ônus da sucumbência.

Isso porque, ao julgar improcedente o pedido exordial postulado em ação penal privada, o juízo monocrático condenou o recorrente vencido ao pagamento de custas e honorários advocatícios, não obstante tal condenação não conter previsão legal.

É cediço que no processo penal não existe o princípio do ônus sucumbencial como ocorre no processo civil, havendo apenas a norma contida no art. 804 do Código de Processo Penal que estabelece a obrigação do condenado de arcar com as custas processuais, se tiver condições econômicas para isso, sendo omissa com relação aos honorários advocatícios.

Já se manifestou a jurisprudência sobre o tema:

“Inexistindo no processo penal o princípio da sucumbência, não se justifica a condenação do vencido ao pagamento dos honorários advocatícios da parte contrária” (RT 577/372).

Nesse contexto, dá-se provimento parcial ao recurso para excluir a condenação ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

III — Decisão

A Turma, por votação unânime, decidiu conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial para, mantendo a sentença que julgou improcedente a queixa-crime, absolvendo a querelada, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, excluir a condenação do recorrente ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Juízes Domingos Paludo e Maria Terezinha Mendonça de Oliveira.

Florianópolis, 2 de junho de 2005.

*Rejane Andersen,
Presidente e Relatora.*

SEGUNDA TURMA

APELAÇÃO CRIMINAL N. 154/05, DE IBIRAMA

Relator: Juiz Roberto Lepper

Apelação criminal — Direção perigosa (artigo 34 da Lei das Contravenções Penais) — Alegada contradição nos depoimentos testemunhais — Inocorrência — Ausência de perigo concreto — Desnecessidade — Crime de perigo abstrato.

*Para a configuração da contravenção penal descrita no artigo 34 da LCP (Decreto-Lei n. 3.688/41) é suficiente a comprovação de perigo abstrato. “Em regra, as contravenções penais são infrações de perigo, que se configuram com a própria atividade voluntária do agente [...]. Para a ocorrência da direção perigosa na via pública basta o perigo abstrato ou potencial, advindo da própria conduta, sob pena de tornar inútil o dispositivo legal” (Paulo Lúcio Nogueira, *Contravenções Penais Controvertidas*, 3ª ed., Leud: São Paulo, 1993, p. 36 e 37).*

Manobras perigosas realizadas em via pública como os conhecidos “cavalos-de-pau” e, por outro lado, a execução, pelo motorista, de curvas alternadas e bruscas com o intuito de reduzir a aderência dos pneus traseiros do veículo conduzido, a ponto de fazê-lo “dançar”, são exemplos de práticas de direção perigosa.

Sentença confirmada por seus próprios fundamentos (artigo 82, § 5º, da Lei n. 9.099/95).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 154/05, da comarca de Ibirama (2ª Vara), em que é apelante Gilson Meneghelli e apelada a Justiça Pública:

ACORDAM, em Segunda Turma de Recursos, à unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo-se a sentença de primeiro grau por seus próprios fundamentos.

Custas na forma da lei.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Juiz Luiz Felipe Siegert Schuch e dele participou, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Juiz Álvaro Luiz Pereira de Andrade. Funcionou nesta sessão como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Flávio Duarte de Souza.

Blumenau, 21 de junho de 2005.

*Luiz Felipe Siegert Schuch,
Juiz Presidente;
Roberto Lepper,
Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 2.544/05, DE TIMBÓ

Relator: Juiz Luiz Felipe Siegert Schuch

Apelação cível — Pedido de assistência judiciária requerido pela apelante autora — Possibilidade de análise em sede recursal — Declaração de hipossuficiência presente — Deferimento.

Ação de indenização por acidente de trânsito — Atropelamento de pedestre — Recurso de ambas as partes — Contexto probatório que não permite o juízo de certeza a respeito da alegada conduta culposa do motorista — Ônus que competia à autora da demanda — Vítima que tentava realizar a travessia da via urbana sem tomar as devidas cautelas — Conduta imprudente — Culpa exclusiva da vítima — Sentença reformada.

Se a autora apelante não conseguiu comprovar a culpa do condutor do veículo, ônus que lhe competia, sujeita-se ao indeferimento de seu pedido, e, por conseqüência, não há atribuir ao proprietário do veículo a responsabilidade civil pelos danos sofridos pela vítima.

Recursos conhecidos. Improvimento do recurso interposto pela autora e provimento daquele do requerido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2.544/05, da comarca de Timbó (1ª Vara), em que são apelantes e apelados Anilda Schuetze e Supermercado Carlos Gessner Ltda.

ACORDAM, em Segunda Turma de Recursos, por unanimidade, conhecer de ambos os recursos, julgando improcedente o interposto pela autora e procedente aquele do requerido, para o fim de reformar a sentença atacada, reconhecendo a culpa exclusiva da vítima, e, em consequência, indeferir os pedidos formulados na inicial.

I — Relatório

Na comarca de Timbó, Anilda Schuetze aforou ação de indenização por ato ilícito cumulada com indenização por danos morais, materiais e estéticos contra o Supermercado Gessner Ltda., sustentando, em síntese, que, no dia 16-2-96, por volta das 14 horas, ao efetuar a travessia da Rua Gal. Osório, no centro da cidade de Timbó, foi atropelada pelo veículo Kombi, placa LWV 7462, ano 1995, de propriedade do requerido, conduzido na oportunidade por Amarildo Francisco Klemz, causando-lhe traumatismo cranioencefálico, com contusão frontal D, hemorragia subaracnoideia, insuficiência respiratória aguda, cujas lesões levaram a autora ao coma por

12 dias, período em que ficou internada na UTI, e por mais 30 dias de internação.

Aduz, ainda, que, em decorrência das graves lesões sofridas, permanece com seqüelas de ordem pessoal, estética e moral, tais como semi-paralisia do lado direito do corpo, perda de memória, problemas para deambular normalmente (manca ao locomover-se), constantes variações de humor e fácil irritabilidade, ficando agressiva.

Fundamentou seus pedidos e juntou documentos. Por fim, pugnou pela procedência da ação com a condenação do requerido ao pagamento das seguintes despesas:

a) danos materiais no valor de R\$ 861,26 (oitocentos e sessenta e um reais e vinte e seis centavos), além de quaisquer outras despesas futuras para tratamento da autora em decorrência do acidente;

b) lucros cessantes de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) mensais, tendo em vista estar impossibilitada de trabalhar;

c) indenização a título de danos morais e estéticos a ser arbitrada;

d) pensão mensal vitalícia proporcional à incapacidade, ou, enquanto durar a incapacidade laboral, com base no que a requerente auferia à época em que exercia atividade laboral;

e) despesas processuais e honorários advocatícios.

Pugnou pela produção de prova pericial, arrolou testemunhas e juntou documentos.

Por fim, requereu o benefício da assistência judiciária.

O feito teve regular tramitação, com a produção das provas requeridas pelas partes.

Sobreveio então a sentença, a qual julgou parcialmente procedentes os pedidos da autora, para o fim de reconhecer a culpa concorrente e condenar o requerido ao pagamento de “pensão alimentar no valor mensal correspondente a 0,75% do salário mínimo, inclusive 13º salário (que deverá ser pago a qualquer empregado que a autora porventura venha a contratar para lhe auxiliar na execução dos serviços domésticos), até que a credora venha a completar sessenta e cinco anos de idade, ou, então, que sobrevenha qualquer causa extintiva da obrigação, além da recomposição das despesas hospitalares e/ou farmacêuticas, sem esquecer os gastos com tratamentos médicos a que ela tenha-se submetido ou que ainda venha a se submeter em razão do atropelamento, desde que comprovadas em *quantum* a ser apurado em liquidação de sentença. O cálculo deverá embutir juros legais (6% a.a.) a partir da citação (CC, artigo 1.536; Súmula 163 do STF, e art. 219 do CPC; JC 54/111). As prestações vencidas (que deverão ser pagas de uma só vez), bem como as vincendas, serão reajustadas con-

forme a evolução do valor do salário mínimo, atualizadas as parcelas já vencidas pelos índices oficiais de inflação”.

Impôs, ainda, ao réu a constituição de capital cuja renda assegure, de forma idônea, o cumprimento das prestações alimentícias, e condenou-o ao pagamento de indenização no valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), devidamente corrigido, a título de danos morais e estéticos.

Inconformados com a decisão, ambas as partes interpuseram recurso de apelação: a autora buscando a reforma da sentença para o fim de ser reconhecida a culpa exclusiva do condutor do veículo Kombi, e, em consequência, a condenação do requerido ao pagamento integral das verbas indenizatórias pleiteadas; por sua vez, o requerido clama pela reforma da decisão atacada, objetivando a total improcedência da ação, sob alegação de culpa exclusiva da vítima no evento.

Contra-razões às fls. 168 a 175 e às fls. 204 a 206.

Os autos ascenderam à Turma Recursal.

II — Voto

Trata-se de ação de indenização decorrente de acidente de trânsito. Ambas as partes interpuseram recurso de apelação, no qual atribuem um ao outro a culpa exclusiva pelo acidente em questão.

O recurso da autora foi interposto tempestivamente, todavia sem o recolhimento das custas e preparo a que faz menção o § 2º do art. 42 da Lei n. 9.099/95.

Da análise dos autos, entretanto, verifica-se que, desde a inicial, a autora apelante pugna pela concessão da justiça gratuita, cujo pedido não restou apreciado, razão pela qual determinei, à fl. 211, que esta juntasse aos autos declaração de hipossuficiência ou procuração com poderes especiais, sob pena de indeferimento do pedido. O despacho foi cumprido às fls. 213 e 214.

Assim, imprescindível a sua apreciação por este colegiado.

Ante a declaração de hipossuficiência firmada pela autora (fl. 214), é de ser-lhe deferido o pedido nos termos da Lei n. 1.060/50.

A respeito já se decidiu:

“Deferimento de assistência judiciária em sede recursal. Possibilidade.

“Comprovado que a parte não dispõe de condições para arcar com as despesas processuais, o benefício da assistência judiciária pode ser concedido a qualquer momento, inclusive em grau de recurso” (Ap. Cív. n. 1998.006881-9, de Itajaí, Terceira Câmara Civil, julgado em 1º-12-1998, TJSC, rel. Des. Silveira Lenzi).

No mérito, sustenta o apelante requerido que o evento se deu por culpa exclusiva da vítima, a qual, de inopino, tentou atravessar a rua sem se certificar de que poderia fazê-lo.

Segundo se extrai dos autos, o acidente em discussão ocorreu na Rua General Osório, no centro da cidade de Timbó, quando a autora vítima procedia à travessia da citada rua e foi colhida pelo veículo Kombi, de propriedade do apelado requerido, conduzido, na oportunidade, por Amarildo Francisco Klemz.

Tem-se como fatos incontroversos: o acidente de trânsito, os danos físicos sofridos pela vítima e o nexo de causalidade entre um e outro. O impasse, entretanto, persiste com relação à culpabilidade pelo infortúnio.

Dispõe o Código de Processo Civil:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

“I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

“II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Em suas razões, alega o apelante requerido que as provas contidas nos autos dão conta de que a culpa do evento foi exclusiva da vítima, a qual, inadvertidamente e de inopino, imprimiu travessia da via pública, vindo a ser colhida pelo veículo conduzido pelo preposto da empresa Supermercado Carlos Gessner Ltda., sem que este tivesse tempo para impedir o atropelamento.

É sabido que a responsabilidade civil subjetiva pressupõe a existência dos seguintes antecedentes: a) dano suportado pela vítima; b) culpa

ou dolo do agente; c) nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano. Cabe ao autor comprovar tais elementos, a teor do que determina o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido:

“Apelação cível — Responsabilidade civil — Ato ilícito — Ônus da prova.

“Em se tratando de responsabilidade civil por ato ilícito, o ônus da prova, em regra, cabe ao lesado, que deve demonstrar, além da existência do dano, também a culpa do réu no evento, sob pena de ver inacolhido o seu pleito” (Ap. Cív. n. 1997.008460-9, rel. Des. Eder Graf).

E, ainda:

“Responsabilidade civil — Atropelamento — Vítima que, de inopino, atravessou a rua, surpreendendo o condutor do veículo que por ali passava — Ausência de demonstração de culpa concorrente do réu — Ônus.

“Em se tratando de responsabilidade civil automobilística, o ônus da prova, em regra, cabe ao lesado, que deve demonstrar, além da existência do dano, também a culpa do réu no evento, sob pena de ver inacolhido o seu pleito” (Ap. Cív. n. 1996.002016-0, de Itajaí, rel. Des. Eder Graf).

A autora juntou aos autos o boletim de ocorrência, foto do local do acidente e notas das despesas médicas e hospitalares suportadas em razão do sinistro.

Contudo, tais documentos não são capazes de lhe garantir uma re-

paração pelos danos sofridos. Isso porque deixou de comprovar que o preposto do apelado Supermercado Carlos Gessner Ltda. não tomou as cautelas necessárias, ou seja, que o empregado deste conduzia o veículo com velocidade incompatível para o local ou de forma imprudente, negligente ou com imperícia.

Ao contrário do que diz a autora apelante, testemunhas presenciais afirmam, de forma segura e coerente, que a vítima saiu entre os ônibus estacionados e ingressou no leito carroçável sem nenhuma cautela, em passos largos, não permitindo ao condutor do veículo nenhuma manobra para evitar o choque, apesar da baixa velocidade que imprimia, tanto que parou quase próximo à vítima após a colisão.

Assegurou Gervásio Borghesan (fl. 95) que “Assistiu o acidente que aconteceu na parte da tarde. A autora saiu do pátio da rodoviária entre dois ônibus ali estacionados e logo foi atravessando a Rua Gal. Osório, sendo que não olhou para o lado no sentido em que os veículos trafegavam (trata-se de via de mão única). A Kombi vinha da Av. Getúlio Vargas e ingressou na Rua Gal. Osório. A autora deu 4 (quatro) passos e foi atingida [...] A Kombi parou cerca de um metro após o ponto de impacto [...]”.

No mesmo sentido, declara Cyro José Schögel (fl. 97) que “[...] assistiu o evento. Havia diversos ônibus estacionados no pátio da rodoviária. A autora saiu pelo lado de um ônibus estacionado, acreditando o de-

poente que apenas olhou para o lado oposto e atravessou a rua, sendo atingida pelo meio. A Kombi seguia pela Av. Getúlio Vargas sentido Timbó/Indaial, e no local ingressou na Rua General Osório. O ponto de impacto deu-se no meio da pista da Rua Gal. Osório [...] A autora saiu do pátio da rodoviária junto a outras pessoas, que pararam, e a mesma seguiu adiante atravessando a rua”.

Não discrepa a versão de Angelo Oss-Emer (fl. 98): “[...] Percebeu que um ônibus estava estacionado bastante recuado, com a traseira quase no meio-fio da Rua Gal. Osório. A vítima seguiu pelo pátio da rodoviária ao lado do dito ônibus, e não olhou para o lado de onde veio a Kombi, tendo olhado apenas para o outro lado, e logo seguiu adiante atravessando a rua, sendo que no terceiro passo que deu a Kombi a atingiu. Acredita que o motorista da Kombi nem chegou a frear, sendo que após o impacto não andou mais de um metro [...]”.

As outras duas testemunhas ouvidas Gonlad Tomasoni (fl. 96) e Irineu Steuck (fl. 106) não presenciaram o acidente, nada sabendo informar sobre ele.

Extraí-se, ainda, do depoimento do condutor do veículo Kombi, Sr. Amarildo Francisco Klemz (fl. 99): “[...] Parou totalmente o carro na placa ‘pare’ próximo do canteiro, e reiniciou a marcha quando fez a segunda marcha percebeu a autora em sua frente. Frenou o veículo. Não foi possível evitar a colisão porque a autora apareceu de repente. Percebeu a vítima

caminhando rápido. O acidente aconteceu num ‘piscar de olhos’. Acredita que a autora saiu do pátio da rodoviária. Parou cerca de um metro após o ponto de impacto, que aconteceu na pista da direita da Rua Gal. Osório, mais ou menos no meio. [...] Nem sabe de onde veio tão rápido a vítima [...]”.

Finalmente, acrescenta-se que o fato de o acidente ter ocorrido após uma placa com sinal de “pare” e de ter o veículo parado a mais ou menos um metro do ponto de impacto deixa claro que o empregado do requerido procedeu de forma correta na condução do veículo, não teve a intenção de causar o acidente em questão, tampouco agiu com culpa, posto que cabia à autora, igualmente, tomar as devidas cautelas ao atravessar a via pública, especialmente por ser em local central e com intensa movimentação, tanto de pedestres quanto de veículos.

Não há, pois, reconhecer a culpa do preposto do réu apelado no evento. Nesse sentido, a jurisprudência já sufragou:

“Acidente de trânsito – Atropelamento – Responsabilidade civil do motorista – Inexistência – Culpa exclusiva da vítima.

“Responsabilidade civil. Atropelamento. Culpa exclusiva da vítima. A culpa da vítima que, inopinada e inadvertidamente, se lança à transposição da via pública sem os cuidados indispensáveis a sua própria segurança, exclui o nexo de causalidade capaz de gerar a responsabilidade civil do mo-

torista do veículo atropelador. Recurso desprovido” (Ap. Cív. n. 0067559-4, de Curitiba — Ac. 5566 — unân. — 3ª Câm. Civ.— rel. Juiz Teimo Cherem).

De igual forma:

“Responsabilidade civil – Acidente de trânsito – Atropelamento – Via urbana – Indenização – Culpabilidade do condutor do veículo não comprovada – Imprudência do transeunte caracterizada ao tentar atravessar a via sem as devidas cautelas.

“Não há como atribuir a responsabilidade civil ao motorista que, dirigindo seu veículo com a cautela necessária, é surpreendido por pedestre que de inopino e descuidadamente cruza a pista pública” (Ap. Cív. n. 2001.025784-0, rel. Des. Luiz César Medeiros).

Por último:

“Em se tratando de responsabilidade civil por ato ilícito, a lei impõe o ônus da prova à parte que alega a existência do dano, bem como a culpa do réu pelo evento; não sendo provados os fatos alegados, para os quais busca o ressarcimento almejado, impõe-se negada a respectiva tutela. Assim se, em ação de reparação de danos, não logra o autor deixar evidenciada a culpa atribuída àquele contra quem a ação foi deflagrada, a improcedência há de ser ditada, máxime quando, ao contrário, o que ressaí dos autos é a sua própria culpa no acidente (Ap. Cív. n. 2000.005068-7, rel. Des. Mazoni Ferreira)” (Ap. Cív.

n. 1998.005429-0, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato).

Ao encerrar, cumpre registrar que, mesmo que se admita não ser de todo imprevisível a presença de eventuais pedestres descuidados, é de se considerar que existem casos em que a ação culposa da vítima prepondera, não havendo culpar o motorista, como no caso dos autos, quando a pedestre, ao atravessar inesperadamente o leito carroçável, foi a única responsável pelos danos sofridos.

Não se menospreza, enfim, o sofrimento suportado pela autora ao ser atropelada, nem as lesões e seqüelas produzidas em decorrência do acidente com as quais tem que conviver. Contudo, não comprovou, estreme de dúvidas, a culpabilidade do condutor do veículo e, por via de consequência, a culpa *in eligendo* do proprietário deste, do que resulta a ausência do dever de indenizar.

Por essas razões, voto pelo conhecimento de ambos os apelos, julgando improcedente o interposto pela autora e procedente aquele do requerido, para o fim de reformar a sentença atacada, reconhecendo a culpa exclusiva da vítima.

III — Decisão

Nos termos do voto *supra*, decide a Segunda Turma de Recursos da comarca de Blumenau, (SC), por unanimidade, conhecer ambos os recursos, julgando improcedente o inter-

posto pela autora e procedente aquele do requerido, para o fim de reformar a sentença atacada e indeferir os pedidos formulados na inicial.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs.

Drs. Álvaro Luiz Pereira de Andrade e Maria Teresa Visalli da Costa Silva.

Blumenau, 3 de maio de 2005.

Luiz Felipe Siegert Schuch,
Juiz Presidente e Relator.

TERCEIRA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL N. 1.816/04, DE MARAVILHA

Relator: Juiz Edir Josias Silveira Beck

Ação de indenização. Inadimplência contumaz do consumidor. Suspensão parcial dos serviços prestados pela operadora de telefonia. Notificação prévia. Sentença condenatória. Danos morais inexistentes. Recurso provido.

Sendo previamente notificado o consumidor, “transcorrido 30 (trinta) dias de inadimplência a Prestadora pode suspender, parcialmente, o provimento do STFC, com bloqueio das chamadas originadas” (artigo 68 da Resolução n. 85, de 30 de dezembro de 1998, da Anatel).

O contumaz inadimplente não pode ser beneficiado pela suspensão do serviço a qual deu causa ao não-pagamento da respectiva fatura, máxime se previamente notificado e cientificado do prazo limite para o adimplemento sem aquela consequência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1.816/04, da comarca de Maravilha, em que é apelante Brasil Telecom S.A. e apelado Altair Reinehr:

ACORDAM, em Terceira Turma de Recursos, por maioria de votos, conhecer e dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

II — Voto

De acordo com os artigos 67 e 68 da Resolução n. 85, de 30 de dezembro de 1998, da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações), que dispõe do Regulamento do Serviço de

Telefone Fixo Comutado – STFC, o prazo para suspensão parcial dos serviços prestados pela operadora é de *30 dias corridos* após o vencimento.

Vê-se:

“Art. 67. A Prestadora pode suspender o provimento do serviço ao Assinante que não honrar o pagamento de débito diretamente decorrente da utilização da modalidade do serviço prestado, após *transcorridos 30 (trinta) dias* de inadimplência.

“§1º A inadimplência se caracteriza pelo não-pagamento de débito objeto de documento de cobrança, de periodicidade regular, de prestação de serviço, sem contestação pelo Assinante.

“Art. 68. *Transcorrido 30 (trinta) dias de inadimplência* a Prestadora pode suspender, parcialmente, o provimento do STFC, com bloqueio das chamadas originadas” (grifos do subscritor).

Assim, há equívoco na respeitável sentença ao considerar “um mês” como prazo de pagamento, uma vez que a norma trata de um trintídio.

O documento de fl. 23, emitido pela apelante, cuida de então informar ao apelado da inadimplência quanto à fatura vencida no dia 27 de janeiro de 2003, bem como que “a falta de pagamento implicará na *suspensão parcial* dos serviços após 30 (trinta) dias do primeiro vencimento”. Aquele mesmo documento demonstra que o pagamento da reclamada fatura somente se fez em 27 de fevereiro de 2003.

Considerando-se que o mês de janeiro possui trinta e um dias, o prazo indicado pela notificação (na observância da norma já transcrita) se vencera no dia 26 de fevereiro de 2003.

Não há comprovação escoreita a propósito da data da suspensão do fornecimento, se no dia 27, se no 28. A inicial relata que foi no dia 28 de fevereiro de 2003 que o apelado deu conta de que o telefone não estava operando, na mesma data noticiado à apelante o pagamento e solicitando a religação da linha, a qual teria-se concretizado somente no dia 5 de março de 2003. Consultado o respectivo calendário, observa-se que o dia 28 de fevereiro de 2003 foi uma sexta-feira, bem como que os dias 3 e 4 de março de 2003 (segunda e terça-feira) destinaram-se aos festejos carnavalescos, valendo dizer, feriados. A já mencionada Resolução da Anatel dava à apelante o prazo de vinte e quatro horas para o restabelecimento do serviço. Não seria de se obrigá-la, porém, a exigir de seus funcionários que trabalhassem em cada cidade deste Estado aos sábados, domingos e feriados, de tal sorte que a religação se fez no primeiro “dia útil” após a data do corte, valendo dizer que dentro dos padrões normativos já suscitados.

Não bastasse, os autos revelam que o apelado é useiro e vezeiro no não-pagamento das faturas de telefonia nas datas contratuais, fazendo-o de forma contumaz muito além do prazo do respectivo vencimento.

Assim, um contumaz inadimplente não pode ser beneficiado pela

suspensão do serviço a qual deu causa ao não-pagamento da respectiva fatura, máxime se previamente notificado e cientificado do prazo limite para o adimplemento sem aquela consequência.

Por tais razões, em que se pese o brilhantismo do prolator da sentença recorrida, voto pelo conhecimento do recurso e seu provimento.

III — Decisão

Decide esta Terceira Turma de Recurso, por maioria de votos, conhe-

cer do recurso e dar-lhe provimento para ter por improcedente o pedido formulado pelo apelado. Vencido o Exmo. Juiz Presidente que votou pela manutenção da sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Juiz Márcio Rocha Cardoso.

Chapecó, 25 de maio de 2005.

Selso de Oliveira,
Juiz Presidente;
Edir Josias Silveira Beck,
Juiz Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1.958/2005, DE CHAPECÓ

Relator: Juiz Selso de Oliveira

Indenização por danos morais – Devolução de cheque por ausência de provisão de fundos – Depósito na conta do próprio emitente, em outra agência bancária – Não comprovação da dor alegadamente sofrida — Ausência de um dos elementos indispensáveis à configuração do dever de indenizar – Aplicação do direito ao caso concreto — Sentença incensurável – Apelo improvido.

“No plano do dano moral não basta o fator em si do acontecimento, mas, sim, a prova de sua repercussão, prejudicialmente moral” (Ap. Civil n. 173.181-1, Mogi das Cruzes – Lex n. 143, p. 88).

Impossível cogitar-se de responsabilidade sem a culpa e sem o dano.

“O elemento central do conceito de dano é a existência de um prejuízo, da perda ou desfalque de algo que ao sujeito é passível de ser integrado, quer em termos de patrimônio, quer por inerente ao seu corpo ou a sua personalidade. Porque ocorreu o dano, deixamos de ter o que tínhamos ou se fez impossível obter o que

certamente conseguiríamos. [...] Não são os meus valores os tuteláveis juridicamente, sim os socialmente institucionalizados, porque é da essência mesma do direito seu caráter de regulação social da vida humana. [...] Assim como os danos materiais têm que ser cumpridamente provados, os danos morais, essa misteriosa ‘dor’ que se oculta no íntimo das pessoas, deve vir à luz com um mínimo de força de convencimentos” (Calmon de Passos).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1.958/2005, da comarca de Chapecó, em que é apelante Geraldo José Padilha dos Santos e apelado Banco Bradesco S. A.:

ACORDAM, em Terceira Turma de Recursos, por maioria, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

I — Relatório

Geraldo José Padilha dos Santos ajuizou ação de indenização por danos morais contra Banco Bradesco S. A. aduzindo que, sendo representante comercial, na primeira quinzena de dezembro de 2002, rescindiu seu contrato de trabalho, acordando com a empregadora que as verbas rescisórias seriam por ela depositadas diretamente em sua conta corrente. De sorte que, em 11 de dezembro de 2002, extrato bancário de sua conta corrente na agência do Banco réu informava saldo positivo no valor de R\$ 25.415,33 (vinte e cinco mil quatrocentos e quinze reais e trinta e três centavos). Acreditando que o valor se referia ao depósito, pela empregadora, de suas verbas rescisórias, emitiu um

cheque no valor de R\$ 20.000,00 para ser depositado em outra conta corrente de sua própria titularidade, na Caixa Econômica Federal, cheque que restou devolvido por falta de fundos; que no mesmo dia emitiu outro cheque no valor de R\$ 4.815,33 para depósito em outra conta corrente de sua titularidade no Unibanco, também foi devolvido por falta de fundos. Ao verificar o motivo da devolução, foi informado de que havia ocorrido um engano provocado por prepostos do réu, que creditaram em sua conta valor a mais. Aduziu, enfim, que, em virtude do erro cometido pelo banco réu, sofreu transtorno, constrangimento e vergonha por ter emitido cheque sem fundos, maculando sua conduta até então sempre idônea, propugnando indenização pelos danos morais decorrentes.

Citado, o réu compareceu à audiência conciliatória (fl. 22), que resultou inexitosa, apresentando contestação às fls. 23 a 41, na qual afirmou que os cheques foram devolvidos porque o autor em momento algum possuiu saldo para sua quitação, já que o saldo de sua conta corrente era de apenas R\$ 12.073,38. Enfatizou que o autor não provou os prejuízos mo-

rais, que o Banco não obrou com culpa nem dolo, incorrendo o dever de indenizar. Aduziu que a indenização não pode estar fincada somente na prova da existência do fato, mas deve levar em consideração os efeitos produzidos, ou seja, a comprovação dos danos, uma vez que estes são a fonte do dever de indenizar. Ao final, pugnou pela improcedência do pedido.

Impugnação à contestação às fls. 48 a 52.

Na audiência de instrução e julgamento (fl. 53), foi tomado o depoimento pessoal do preposto do réu e ouvida uma testemunha arrolada pelo autor.

Sobreveio sentença, às fls. 57 a 59, julgando improcedente o pedido, objeto de embargos declaratórios, às fls. 61 a 67, que restaram rejeitados pela decisão de fls. 70 e 71.

Interposto então o presente recurso, às fls. 77 a 86, com contra-razões às fls. 103 a 116, subiram os autos a esta Terceira Turma de Recursos.

II — Voto

Afirma o recorrente que “a sentença eximiu-se de considerar o fato de que, as instituições bancárias, se cometem erros, devem ser legalmente responsabilizadas, na condição de prestadoras de serviços que são [...] negou uma presunção absoluta do direito [...] o dano moral de quem tem o nome apontado nos cadastros restritivos de crédito prescinde de qualquer

prova, é presumido”. Enfatizou o nexo de causalidade no fato de o equívoco do réu gerar a inclusão do nome do autor no Banco Central, “causa eficiente sem a qual o dano não se teria verificado”.

Sustenta, enfim, o apelante que foi induzido em erro pelo recorrido, porquanto prepostos deste efetuaram depósito a mais em sua conta corrente, fazendo-o acreditar que possuía saldo positivo superior.

A sentença é incensurável, julgando improcedente o pleito ao fundamento de que os fatos narrados, ainda que ocorridos, não geraram dano moral indenizável, porquanto não comprovado efetivo abalo deste naipe sofrido pelo recorrente.

Vale a transcrição da r. sentença *a quo*, a pena da digna Juíza Ligia Boettger (fls. 57 a 59):

“Embora tenha sido injustificado o crédito lançado na conta do autor (conforme fl. 11), para que incida o dever de indenizar faz-se necessário que a parte dita lesada comprove efetivamente os danos por ela sofridos, tanto materiais quanto morais.

“*In casu*, não há que se olvidar que o autor tinha uma expectativa de receber os valores atinentes à sua rescisão de contrato, mas não mencionou, em sua petição escoteira, qual o valor esperado. Ora, ao ter seu contrato de trabalho rescindido, com certeza, tinha uma noção aproximada do *quantum* a que teria direito e poderia prever que não seria o dobro do que efetivamente constou em sua conta.

Tenho, pois, que o autor agiu de maneira imprudente, eis que, ao verificar em sua conta lançamento de valor superior ao que efetivamente esperava receber por sua rescisão contratual, o mesmo tratou de imediatamente lançar os cheques para depósito do valor em outros bancos em que mantinha conta, assumindo, pois, o risco da falta de provisão de fundos.

“Outrossim, conforme demonstrado nos autos, em que pese a devolução dos cheques, tal situação não foi exposta a terceiros, eis que sequer houve lançamento em cadastro de proteção ao crédito, não tendo o fato chegado a afetar a honra e a moral do requerente, o que basta para que se descaracterize a invocada lesão moral e material. Repito, ainda, que os cheques emitidos pelo autor, em face do valor a maior em sua conta, foram para depósito em sua outra conta e não para pagamento de outrem.

“De outra banda, ainda que se considerasse que o autor não tivesse noção do valor a que fazia jus em face de sua rescisão, há que se considerar que o cotidiano impõe contratempos, desventuras e situações desconfortáveis que devem ser superadas. O dano moral extrapola os meros aborrecimentos, constituindo-se em inestimável ofensa a um direito que não se manifesta no mundo sensível das coisas, ou seja, não produz prejuízo financeiro mensurável, mas sim retalhação no âmago do ser. *In casu*, não vislumbro no fato narrado pelo autor uma situação que lastreie uma indenização a título de danos morais

pela empresa ré, fenecendo, pois, qualquer direito do autor ao lenitivo buscado nestes autos.

“Veja-se o seguinte acórdão, a cujos jurídicos fundamentos venho aderir: ‘*Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos*’ (TAMG, Ap. Civ. n. 200301729-0, rel. Juiz Lauro Bracarense, 7ª C.Cív., j. 2-3-2000)” (grifei).

“Ainda, ‘Na tormentosa questão de saber o que configura o dano moral, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da sensibilidade ético-social normal. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível e o homem de extremada sensibilidade. *Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar, não bastando mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada*’ (TJRJ, Ap. Civ. n. 8611/95 –

Reg. 100596 – Cód. 95.001.08611, de Angra dos Reis, rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, 2ª C.Cív., j. 12-3-1996)” (grifei).

De fato, de acordo com o extrato bancário de fl. 10, emitido em 11 de dezembro de 2002 às 12h28min, o apelante possuía disponível em sua conta saldo positivo no valor de R\$ 25.415,33 (vinte e cinco mil quatrocentos e quinze reais e trinta e três centavos). Dizendo acreditar ser esse o valor que lhe fora creditado pela empregadora a título de verbas rescisórias, emitiu os cheques para transferência dos valores a outras contas correntes suas, em agências bancárias distintas, cheques esses devolvidos por falta de provisão de fundos, já que no mesmo dia o réu providenciou o devido estorno.

É bom frisar que, embora o afirme o recorrente, em verdade não comprovou tenha sido seu nome inscrito nos cadastros do Banco Central e Serasa.

Como ressaltou a digna prolatora, a indenização por dano dito moral representa uma compensação pelo abalo decorrente do evento. Ocorre que o tão-só fato de o apelante ter dois cheques devolvidos por falta de provisão de fundos, em depósitos que fez em contas bancárias próprias (em agências bancárias distintas), não se comporta reconhecimento de dano moral indenizável.

Yussef Said Cahali leciona:

“[...] tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-

lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral” (Dano Moral. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 20 e 21, *in* Ap. Cív. n. 2003.008786-9, de Sombrio, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento).

Não vislumbro, *in casu*, nenhuma dessas circunstâncias.

Em substancioso artigo, titulado “O imoral no dano moral”, Calmo de Passos anota da necessária reflexão prévia sobre o que entendemos por *dano, litteris*:

“Tenho para mim que o elemento central do conceito é a existência de um prejuízo, da perda ou desfalque de algo que ao sujeito é passível de ser integrado, quer em termos de patrimônio, quer por inerente ao seu corpo ou a sua personalidade. Porque ocorreu o dano, deixamos de ter o que tínhamos ou se fez impossível obter o que certamente conseguiríamos.

[...]

“Tenho para mim que se deve afirmar como necessário, para serem atendidos, uns e outros, os critérios fundamentadores da liquidação dos danos materiais devem ser precisamente provados, repelindo-se, tanto como critério para certificação de sua existência quanto para sua estimativa, o juízo de valor que a vítima faz de si mesma, cingindo-se rigorosamente a padrões socialmente institucionalizados, o que assegura o mínimo de objetividade exigido de toda e qualquer aplicação do direito ao caso concreto.

[...]

“O que será o dano moral puro, ou seja, possível de existir inexistindo danos materiais ou que nenhuma relação mantém com os mesmos? Só nos resta afirmar que nos situamos, aqui, no espaço do que se qualifica como valor, algo especificamente humano e insuscetível de objetivação, salvo se considerado em sua legitimação intersubjetiva. Sem esse consecratório, torna-se aleatório, anárquico, inapreensível e inobjetivável. Não são os meus valores os tuteláveis juridicamente, sim os socialmente institucionalizados, porque é da essência mesma do direito seu caráter de regulação social da vida humana.

[...]

“Não se indaga se aquele que se enche de furor ético porque teve recusado um cheque de sua emissão teve, por força disso, forte abalo emocional, ou é simplesmente um navegador esperto no mar de permissividades e tolerância que apelidamos de ousadia empreendedora.

[...]

“Destarte, pensar a responsabilidade civil e o ressarcimento dos danos morais não escapa dessa exigência, sendo mera falácia pretender-se argumentar em termos de valores absolutos eternos supra-históricos e universais. Assim como os danos materiais têm que ser cumpridamente provados, os danos morais, essa misteriosa “dor” que se oculta no íntimo das pessoas, deve vir à luz com um mínimo de força de convencimentos” (*in* Publicação Oficial do Instituto de Ciências Jurídicas — Informativo Incijur, Ano IV – n. 46 – Maio/2003, p. 1 a 5).

III — Decisão

Decide a Terceira Turma de Recursos, por maioria, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Condena-se o apelante, porque vencido, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor atualizado dado à causa, verbas que, diante da concessão da assistência judiciária, sujeitam-se à regra do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Vencido o Exmo. Sr. Juiz Antônio Augusto Baggio e Ubaldo, que votou no sentido de prover o recurso e condenar o apelado a pagar ao apelante indenização de R\$ 1.000,00.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Juiz Edir Josias Silveira Beck.

Chapecó, 25 de maio de 2005.

*Selso de Oliveira,
Presidente e Relator.*

QUARTA TURMA**APELAÇÃO CÍVEL N. 3.118, DE CRICIÚMA****Relatora Juíza Vânia Petermann Ramos de Mello**

Plano de assistência médica — Ação de indenização decorrente da recusa de cobertura de material cirúrgico — Contrato firmado com a Unimed de Florianópolis — Demanda proposta contra a Unimed da Região Carbonífera — Intercâmbio entre as cooperativas médicas para atendimento de associados — Ilegitimidade passiva ad causam configurada — Extinção do processo sem análise de mérito.

I — O usuário não tem direito de ação contra a empresa que não fez parte do contrato, pois, sem o vínculo obrigacional, é impossível exigir-se a satisfação de cláusula contratual inadimplida.

II — Demais disso, o intercâmbio mantido pela Unimed com os demais pares para melhor atendimento ao consumidor, per si, não autoriza a conclusão da responsabilidade solidária entre as diversas Unimeds espalhadas pelo Brasil, haja vista cada núcleo regional deter estatuto próprio, CGC distinto e autonomia financeira na gestão dos ativos e passivos.

III — Outrossim, o usuário somente poderá acionar a Unimed a que está vinculado por força de um contrato, pois é esta a responsável, exclusivamente, pela arrecadação das mensalidades e custeio das despesas advindas do uso do plano de saúde.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 3.118, da comarca de Criciúma (Juizado Especial Cível), em que é apelante Unimed de Criciúma – Cooperativa de Trabalho Médico da Região

Carbonífera Ltda. e apelada Nairde Zilli dos Santos:

ACORDAM, em Quarta Turma de Recursos, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento

para julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito, com base no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

I — Relatório

Nairde Zilli dos Santos aforou ação de indenização e recebimento de seguro e danos morais, contra a Unimed de Criciúma – Cooperativa de Trabalho Médico da Região Carbonífera, almejando receber as verbas ali especificadas.

Para tanto, afirmou ser beneficiária de trato de saúde, necessitando realizar uma cirurgia com uso de uma fita Safyre, cujo pagamento (desta fita) lhe foi negado sob o argumento de falta de cobertura contratual.

Em audiência, inexitosa a conciliação, a ré apresentou contestação, arguindo preliminares ao mérito, e, nesta sustentou a ausência de cobertura do contrato.

Houve réplica.

O feito foi instruído e julgado, ocasião em que foram refutadas as prejudiciais e, no mérito, os pedidos foram acolhidos.

Foram opostos embargos de declaração, rejeitados pelo Juízo de primeiro grau.

Insatisfeita com a prestação jurisdicional, a vencida interpôs recurso de apelação, repisando suas teses de defesa.

Após as contra-razões, os autos ascenderam a esta colenda Turma de Recursos.

É o breve relato.

II — Voto

A Unimed de Criciúma agiu em intercâmbio com a Unimed de Florianópolis: este fato é incontroverso nos autos.

Assim, o primeiro ponto a ser investigado respeita à responsabilidade obrigacional da Unimed local em face do contrato firmado pela Unimed da Capital.

Compulsando os autos, denota-se que as Unimeds em comento são pessoas jurídicas distintas, com estatutos próprios e CGCs diversos.

A decisão de primeiro grau, nesse contexto, entendeu que a Unimed local é solidariamente responsável em face de agir como cooperadora da Unimed de Florianópolis, nos termos do art. 7º do CDC, assegurado, no entanto, o direito de regresso.

O art. 3º do *Codex* Processual prescreve:

“Art. 3º. Para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade”.

Sobre o tema, cabe colacionar o escólio de Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho:

“Não basta que o autor alegue uma pretensão suscetível de reconhecimento judicial e demonstre o seu interesse: mister se faz, ainda, possua qualidade para agir.

[...]

“O autor deve ter título que o habilite a estar em juízo.

“Diziam os praxistas que o autor deve ser o próprio da relação jurídica controvertida.

“Para receber a demanda, não é suficiente que o juiz declare existente o direito, mas faz-se mister o julgue pertencente ao autor e contrário ao réu; ou seja, que reconheça a identidade da pessoa do autor com a pessoa a quem a lei favorece e a identidade da pessoa do réu com a pessoa a quem é contrária a vontade da lei (Chiovenda, ob. cit., n. 39)” (*in* Curso de Direito Processual Civil. Saraiva: São Paulo, 1968, p.160).

In casu, resta evidente que a acionada não possui legitimidade para atuar no pólo passivo da lide em apreço, tendo em vista que, no momento da propositura da ação, não vigorava nenhuma avença entre as partes para que se autorizasse o pedido de adimplemento das obrigações provenientes do contrato celebrado.

O contrato foi firmado em razão da Unimed de Florianópolis, sendo esta a responsável pelas obrigações decorrentes do contrato firmado entre as partes, por meio da associação a que pertence a apelada.

A solidariedade, em face do intercâmbio entre as Unimeds, não está prevista no contrato nem decorre da lei, descabendo a presunção, pois ela

não restou abarcada pelo nosso sistema jurídico.

Com efeito, é inaplicável o art. 7º do CDC, pois este respeita aos vícios do produto, enquanto que nesta sede se discute o ressarcimento de valores por inadimplemento contratual e os danos morais dele decorrentes.

Logo, extrai-se de forma hialina a necessidade da parte autora de recorrer ao Judiciário contra aquele que é o responsável, por contrato (em tese), para a obtenção do ressarcimento do objeto necessário ao tratamento médico almejado.

Ex positis, há de se excluir a apelante da relação processual.

III — Decisão

Nos termos do voto da Relatora, a Turma conheceu do recurso e julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, com fulcro no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, as Juízas Gabriela Gorini Martignago Coral e Janice Goulart Garcia Ubiali.

Criciúma, 23 de junho de 2005.

Gabriela Gorini Martignago Coral,
Presidente;
Vânia Petermann Ramos de Mello,
Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2.864, DE LAGUNA**Relator: Juiz Guilherme Nunes Born**

Apelação cível – Inscrição indevida nos órgãos de restrição de crédito – Fatura telefônica quitada por intermédio de débito automático – Repasse extemporâneo de valores pela instituição bancária – Responsabilidade da concessionária em disponibilizar o serviço para o consumidor – Dano moral configurado – Indenização devida.

1) Uma vez disponibilizado o serviço de pagamento de faturas telefônicas mediante desconto automático em conta corrente, a concessionária assume o risco na hipótese de ocorrência de erro quando do repasse de informações e valores por parte do banco conveniado.

2) Nesse diapasão, o consumidor que autorizou o débito automático de valores em sua conta bancária não poderá suportar os prejuízos decorrentes da inscrição indevida de seus dados nos órgãos restritivos de crédito.

Quantum indenizatório – Exorbitância — Adequação do valor em consonância à realidade fática dos autos – Aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade — Recurso provido para tão-somente minorar o valor arbitrado em sentença.

1) A fixação do quantum indenizatório, em ação na qual se busca a reparação por danos de ordem moral, visa, precipuamente, a coibir a reiteração de práticas desta natureza por parte do fornecedor de serviço, assim como apaziguar os transtornos causados ao consumidor lesado.

2) Mister considerar-se, portanto, as circunstâncias obtidas do caso concreto, tais como a condição socioeconômica das partes, e também a situação fática por intermédio da qual a parte lesada sofrera a ofensa, de modo a evitar o enriquecimento sem causa, e, em contrapartida, compensar o abalo de crédito sofrido em decorrência da prática abusiva.

3) Destarte, restando configurado o excesso do valor indenizatório arbitrado no bojo da sentença vergastada, impõe-se a redução nos moldes dos casos análogos já submetidos à apreciação por este Colégio Recursal.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2.864, da comarca de Laguna (1ª Vara), em que é apelante Brasil Telecom S.A., sendo apelada Maria Auxiliadora Dutra da Silva.

ACORDAM, em Quarta Turma de Recursos, por unanimidade, prover em parte o recurso, para tão-somente minorar o valor indenizatório relativo aos danos morais.

Custas legais.

A douta sentença de primeiro grau, da lavra do Dr. Maurício Fabiano Mortari, é mantida em parte por seus próprios fundamentos, servindo a súmula de acórdão, *ex vi* do art. 46 da Lei n. 9.099/95.

Anota-se:

Brasil Telecom S. A. interpôs recurso de apelação, visando à reforma da sentença de mérito que a condenou ao pagamento do valor de R\$ 9.600,00, a título de indenização por danos morais, em virtude da inscrição indevida dos dados da recorrida nos órgãos de restrição ao crédito. Aduz que a culpa pela conduta acima tipificada é de ser imputada exclusivamente ao Banco do Brasil S.A. e à própria titular da linha telefônica, uma vez que

esta última foi quem autorizou o pagamento das faturas sob a modalidade de débito automático, assim como a instituição bancária deixou de repassar os valores em tempo hábil para a prestadora de telefonia fixa, acarretando na ausência de baixa do pagamento.

Sustenta também a ausência de provas acerca da inclusão dos dados da recorrida nos registros de inadimplentes, visto inexistir certidão emitida por tais órgãos a ensejar o deferimento do pedido ventilado na peça inicial. Não obstante, a companhia telefônica recorrente insurge-se quanto ao valor arbitrado pelo Juízo monocrático, alegando afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pugnando-se pela minoração do *quantum* no patamar de R\$ 1.000,00.

A parte recorrida, por ocasião da apresentação das contra-razões recursais, ressaltou a tese narrada na peça vestibular, argüindo, em síntese, que efetuou o pagamento da fatura objeto de notificação emitida pela Brasil Telecom no primeiro dia útil após o vencimento, por meio de débito automático efetuado em conta corrente bancária. Dessa forma, destaca a recorrente não poder assumir a culpa pelo cancelamento do contrato e en-

vio de seus dados para os órgãos do SPC/Serasa, porquanto a instituição financeira é prestadora de serviços da Brasil Telecom, devendo esta responder pela conduta ilícita praticada. Quanto à prova dos fatos ventilados na exordial, a recorrente aduz que a notificação acostada à fl. 15 é suficiente a corroborar a tese de remessa de seus dados para os órgãos de restrição ao crédito.

Com efeito, compulsando-se os autos vislumbra-se que a recorrente é titular da linha telefônica n. 647-1691, de modo que na fatura de serviços de telecomunicações (fl. 10) consta evidente que o pagamento efetua-se mediante débito automático.

Nesse diapasão, infere-se que a Brasil Telecom, para fins de facilitar a quitação de faturas pelos seus clientes, disponibiliza-lhes o serviço de débito automático em conta corrente bancária. Tal serviço constitui na existência de convênio com as agências bancárias, de modo que o titular do ramal telefônico autoriza o débito em sua conta, vindo a instituição bancária automaticamente a repassar os valores para a companhia telefônica, a qual finalmente procede a baixa nas faturas. Não há olvidar que dito serviço ofertado pela recorrente reverte-se também em benefício dela, a qual recebe o pagamento pelos serviços prestados de forma pontual, assegurando-se contra a inadimplência.

Nesse norte, seria de todo inviável afastar a responsabilidade da Brasil Telecom na hipótese de ocorrência de erro no repasse dos valores

efetuados pelo banco conveniado, ou diante de eventual falha no processamento de informações entre o sistema da instituição financeira e o banco de dados da operadora de telefonia.

A tese fundamenta-se na assertiva de que o convênio em questão se refere à relação jurídica alheia àquela existente entre a concessionária e o titular da linha telefônica, uma vez que este último procura usufruir do serviço disponibilizado pela Brasil Telecom justamente para evitar maiores percalços advindos do pagamento em atraso da fatura telefônica, tais como a suspensão dos serviços e a remessa dos dados para os órgãos de inadimplentes.

Tal hipótese foi o que efetivamente ocorreu com a parte recorrida, a qual logrou demonstrar que a fatura com vencimento em 9-2-2003, no valor de R\$ 42,64, foi automaticamente debitada em conta corrente, na data de 10-2-2003, como se infere do extrato bancário de fl. 13. Não obstante, na data de 1º-4-2003, a titular do ramal telefônico em questão recebeu notificação da Brasil Telecom, a qual apontou a existência de débito em aberto com relação à fatura vencida em 9-2-2003 (fl. 14), vindo, no mês seguinte, mais precisamente em 30-5-2003, a informá-la acerca da remessa dos dados para os órgãos de restrição ao crédito, assim como da rescisão do contrato de prestação de serviço.

Tal fato encontra-se devidamente corroborado mediante notificação acostada à fl. 15, tornando-se despi-

cienda a apresentação de certidão dos órgãos do SPC/Serasa para comprovar a existência de registro. Destaca-se que a prova acerca da ausência de apontamento nos cadastros de inadimplentes incumbe à Brasil Telecom, já que a recorrida comprovou a efetiva remessa por intermédio da notificação supramencionada (fl.15), cabendo à operadora de telefonia produzir prova em sentido contrário, a teor do artigo 333, II, do Código de Processo Civil.

Destarte, o MM. Juiz sentenciante agiu com acerto ao pugnar pela responsabilidade civil da Brasil Telecom em virtude da inscrição indevida dos dados da autora no cadastro de inadimplentes, uma vez que perfeitos os pressupostos ensejadores da obrigação de indenizar o consumidor lesado, quais sejam: culpa sob a forma de negligência por parte da operadora de telefonia fixa, a qual deixou de certificar-se acerca do pagamento da fatura na data de seu vencimento perante a instituição bancária; dano presumivelmente causado à recorrida, a qual teve seus dados remetidos indevidamente aos registros de crédito, causando, por si só, abalo de crédito passível de indenização; nexo de causalidade entre a conduta abusiva praticada pela concessionária recorrente e os danos causados à recorrida.

Por outro lado, vislumbra-se que o *quantum* indenizatório fixado pelo Juízo *a quo*, no importe de R\$ 9.600,00, à época da decisão, merece sofrer a devida redução, porquanto

dito valor vai de encontro às circunstâncias aferíveis no caso concreto, tais como o grau de culpa da recorrente, o tempo em que a recorrida permaneceu privada do uso do serviço de telefonia, bem como a condição social e econômica da titular do ramal telefônico, sob pena desta incorrer em manifesto enriquecimento sem causa. Portanto, minora-se o valor indenizatório para R\$ 6.000,00, valor razoável a compensar os prejuízos causados à recorrida.

III — Decisão

Por todo exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, para tão-somente reduzir o *quantum* indenizatório em R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

De modo que a parte apelante restou vencida em maior parte do recurso, arcará integralmente com as despesas e honorários sucumbenciais, estes nos quais arbitro em 20% sobre o valor da condenação, com fulcro no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, as Exmas. Sras. Dras. Juízas Vânia Pettermann de Melo e Eliza Maria Strapazzon.

Criciúma, 17 de fevereiro de 2005.

Guilherme Nunes Born,
Presidente e Relator.

QUINTA TURMA**RECURSO CÍVEL N. 2.112/05, DE GUARAMIRIM****Relator: Juiz Antônio Zoldan da Veiga**

Responsabilidade civil. Morte de aves decorrente da interrupção do fornecimento de energia elétrica. Imposição do pagamento de indenização. Aplicação de juros conforme taxa Selic. Indexador sem previsão em lei. Impossibilidade. Aplicação do art. 161, § 1º, do CTN.

Ação de reparação de danos. Insubordinação ao limite de quarenta salários mínimos, por se tratar de causa inserida no art. 275, II, c, do CPC. Análise extensiva do termo prédio. Interpretação teleológica e conjunta com a regra do art. 79 do Código Civil. Sentença reformada.

Conforme a exegese do art. 406 do Código Civil, os juros moratórios devem ficar limitados àqueles prescritos por lei à atualização dos impostos federais, o que importa observância ao limite fixado pelo art. 161, § 1º, do CTN. É incabível a atualização dos juros pela variação da taxa Selic, por não se tratar de índice legal.

A expressão “prédio”, contida na letra do art. 275, II, c, do CPC, deve ser interpretada de modo amplo a abarcar não só a edificação, mas toda acessão incorporada ao imóvel, natural ou artificialmente. Assim, versando a demanda sobre danos decorrentes de prejuízos a aviário, não fica ela limitada ao patamar fixado pela Lei n. 9.099/95.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Cível n. 2.112/05, da comarca de Guaramirim, no qual figuram como recorrentes e recorridos Centrais Elétricas de Santa

Catarina S.A. – Celesc, e Orlando Betoni:

ACORDAM, em Quinta Turma de Recursos, por maioria, conhecer e

dar provimento ao recurso interposto pela ré, e, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso do autor.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Guaramirim, Orlando Betoni aforou a presente ação de reparação de danos contra Centrais Elétricas de Santa Catarina — Celesc em razão dos prejuízos suportados com a morte de aproximadamente 8.000 aves, decorrente da falta de manutenção do aviário por interrupção do fornecimento de energia elétrica.

Devidamente citada, a ré apresentou contestação alegando que não existe responsabilidade pelo dano sofrido pelo autor, tendo em vista ter sido originado por um vendaval (caso fortuito), de sorte estar isenta da responsabilidade. Ademais, reclamou a redução do *quantum* indenizatório em caso de procedência da ação, originalmente fixado em R\$ 28.960,00 (vinte e oito mil novecentos e sessenta reais).

Realizada audiência de instrução e julgamento, foram ouvidos testigos. Após, foram juntados novos documentos pelo autor.

Sentenciando, o Juízo *a quo* julgou a ação parcialmente procedente, condenando a ré ao pagamento de R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Inconformada, a ré formulou apelo tão-somente para reformar o *decisum* no que toca à fixação de ju-

ros moratórios com base na taxa Selic, reclamando a aplicação dos juros fixados pelo Código Civil vigente.

Por outro lado, o autor também recorreu, aduzindo que o caso em análise se subsume à hipótese descrita no art. 275, II, c, do Código de Processo Civil, e por isso não estaria limitado ao valor de quarenta salários mínimos.

Em contra-razões, o autor pugnou pela manutenção da aplicação da taxa Selic como fator de atualização dos juros. A ré não contra-arrazoou.

Ascenderam os autos para julgamento nesta 5ª Turma de Recursos.

II — Voto

Assiste razão aos recorrentes. Analiso, primeiramente, o recurso da ré.

Ao sentenciar, o Magistrado aplicou como fator de atualização dos juros a taxa Selic. Porém, o índice não é aplicável à espécie.

A “taxa” Selic é índice aplicável às obrigações de natureza tributária, de que se vale, principalmente, o ente federal. Tratando-se, todavia, de simples reparação de dano extracontratual, deve-se aplicar o valor estabelecido pela lei civil.

Conforme o que dispõe o art. 406 do Código Civil vigente, em tais hipóteses deve-se aplicar os juros para pagamento dos impostos devidos à Fazenda Nacional. Isso, no entanto, não implica no emprego da taxa Selic, pois não se trata de um índice “le-

gal”, mas, tão-somente, índice criado pelo Banco Central, com o pretexto de vigiar o mercado financeiro e de capitais, e foi adotado, discricionariamente, pela União Federal na atualização das obrigações tributárias de que é credora.

Sem olvidar algum dissenso doutrinário, ainda persistente em lugar da taxa Selic, deve-se primar pela aplicação dos juros à luz do art. 161, § 1º, do CTN, que assim dispõe:

“Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês”.

Este sim, que é índice legal, é que deve ser aplicado às indenizações para fins de atualização. Nesse contexto, a propósito, colho do magistério de Nelson Nery Júnior:

“Quando não convencionados pelas partes, os juros de mora são legais, isto é, fixados pela lei. A taxa de juros moratórios legais, a que se refere a parte final da norma comentada, em vigor para pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, é a prevista no CTN 16 § 1º, isto é, de 1% (um por cento) ao mês” (Código Civil Anotado e Legislação Extravagante, RT, 2004, p. 326).

O mesmo entendimento resultou da Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e orientada pelo STJ (enunciado n. 20), realizada durante a transição do *Codex Civile*.

É inaplicável, portanto, a Selic como fator de atualização dos juros moratórios.

Passo a analisar o recurso do autor.

Lê-se da inicial que o autor recorrente reclama indenização pela perda das aves em face da interrupção do fornecimento de energia elétrica, o que não teria permitido fazer uso dos ventiladores e com isso evitar a morte das aves.

A causa foi valorada muito além do limite deste Juizado Especial (o qual fixou o valor em R\$ 28.960,00), o que motivou o Magistrado sentenciante a fixar o limite da indenização em quarenta salários mínimos (vigentes a época do sinistro).

Em suas razões, o autor recorrente aduziu que o sinistro se subsume à hipótese prevista no art. 275, II, c, do CPC, o que lhe afastaria da limitação prevista pela lei que rege os Juizados Especiais.

E o faz com razão. Na dicção do preceptivo em comento, não ficam adstritas ao patamar fixado na Lei n. 9.099/95 o “ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico”.

Ao termo “prédio”, na acepção do Código Buzaid, deve ser conferido o mais amplo conteúdo semântico. Em seu conceito se insere não só as edificações urbanas e rurais, mas, também, tudo ao que for ali incorporado, natural ou artificialmente, conforme preceitua o art. 79 do Código Civil.

Sobre o tema, a propósito, colho do escólio doutrinário de Joel Dias Figueira Júnior, que assim se manifesta ao comentar o art. 275 da lei processual:

“O vocábulo ‘prédio’ está empregado na alínea *c* do inc. II do art. 275 em seu mais amplo sentido, não se limitando apenas a indicar as moradias ou casas urbanas ou rurais. Na verdade, a acepção da palavra transcende o conceito de edificação, significando a posse, o domínio ou a propriedade com todas as suas acessões (construção de obras ou plantações) e respectivas benfeitorias” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 4, tomo I, RT, 2001, p. 355).

Portanto, tendo-se em vista ser o ordenamento jurídico um mecanismo sistêmico e harmônico, deve-se interpretar a regra do art. 275, II, *c*, do CPC com vistas ao art. 79 do Código Civil, que define como imóvel tudo o que lhe incorporar, natural ou artificialmente, sob pena de tolher a finalidade da norma processual. Sobre o tema, a propósito, colho precedente do eg. Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

“É cabível o rito sumaríssimo na ação indenizatória por danos causados a plantações, existentes em prédio rústico (CPC, art. 275, D; CC, art. 43).

“Agravamento regimental desprovido” (AgRg no AG n. 8438/PR, Quarta Tur-

ma, rel. Min. Athos Carneiro, julgamento em 21-5-91).

Assim, versando a demanda sobre dano ocorrido em aviário, que faz parte do imóvel do autor recorrente, há subsunção à regra do art. 275, II, *c*, do CPC, e não há cogitar a limitação imposta pela Lei n. 9.099/95, o que impõe o reconhecimento *in totum* do pedido formulado na exordial.

III — Decisão

Dessa forma, decide a Quinta Turma de Recursos, por maioria, conhecer e dar provimento ao recurso da ré para que seja aplicado os juros moratórios de 1% ao mês na atualização da indenização devida e, de outro lado, por unanimidade, dar provimento ao recurso do autor, elevando a indenização ao valor de R\$ 28.962,00 (vinte e oito mil novecentos e sessenta e dois reais).

Custas na forma da lei. Sem honorários, vencido o Relator.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Juiz Otávio José Minato e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Juiz Alexandre Moraes da Rosa.

Joinville, 29 de junho de 2005.

Antônio Zoldan da Veiga,
Presidente e Relator.

RECURSO CÍVEL N. 2.139/2005, DE JOINVILLE**Relator: Juiz Alexandre Morais da Rosa**

Violação de conta corrente – Hacker – Aplicação do CDC – Responsabilidade objetiva da instituição financeira – Inarredável a inversão do ônus da prova – Prevalência das assertivas do consumidor — Recurso conhecido e desprovido.

Se a ré confirma a ocorrência do saque (salami slicing), mas não comprova suas alegações, prevalece a afirmação do autor de que não foi o executor das movimentações financeiras descritas na inicial, uma vez que a inversão do ônus da prova obriga o fornecedor a comprovar sua tese. Não satisfeito este ônus, prevalece a afirmação do autor consumidor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso Cível n. 2.139/05, da comarca de Joinville (JE), em que é apelante o Banco do Estado de Santa Catarina S. A. – Besc e apelado Osmário Davet Filho.

ACORDAM, em Quinta Turma de Recursos, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, condenando a apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor corrigido da condenação (art. 55, 2ª parte, Lei n. 9.099/95). Condeno, ainda, a ré como litigante de má-fé (art. 17, VII, CPC), impondo-lhe a multa de 1% e reparação de danos na ordem de 20%, ambas incidindo sobre o valor dado à causa (art. 18, *caput*, e § 2º, CPC).

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de ação de indenização por danos materiais aforada por Osmário Davet Filho contra o Banco do Estado de Santa Catarina S. A. — Besc, alegando: ser cliente (durante 23 anos) da empresa ré e a ocorrência de saques na sua conta corrente (n. 005.126-5) que totalizaram o valor de R\$ 7.300,00. Afirma que não executou nenhuma das mencionadas operações bancárias, e que provavelmente tenham sido executadas por um *hacker*, salientando a existência de falhas no sistema de segurança da ré. Afirma, ainda, que, após o ocorrido, relatou o acontecido à autoridade policial, juntando boletins de ocorrência (fls. 12 e 13). Por conta disso, enfrentou dificuldades financeiras, motivo pelo qual foi forçado a obter empréstimo bancário (no valor de R\$ 10.000,00), alienando fiduciariamente seu veículo com o fim de saldar débi-

tos. Assevera ter procurado a ré, porém não obteve êxito. Concluiu requerendo a citação, a reparação dos danos materiais sofridos e a condenação nas verbas sucumbenciais de estilo. À causa atribuiu o valor de R\$ 6.579,60 e juntou documentos (fls. 7 a 20).

Devidamente citado (fl. 23v.), o réu compareceu à audiência conciliatória que restou inexitosa, na qual ofereceu defesa na forma de contestação (fls. 26 a 32). Argüiu, preliminarmente, o sobrestamento do feito, nos termos do art. 265, IV, a, CPC, bem como a necessidade de produção de prova técnica. No mérito, alega a inexistência de qualquer responsabilidade de sua parte, sustentando a inocorrência da invasão de seu sistema de informática, mas, sim, do computador pessoal do requerente. Ao final, indicou assistente técnico, formulou quesitos, pleiteou a improcedência do pedido e juntou documentos (fls. 33 a 36).

Intimado, o autor impugnou a contestação ofertada e repisou as teses descritas na inicial. Deferida a dilação probatória, a nova tentativa de conciliação restou inexitosa, tendo sido dispensada (por ambas as partes) as demais provas.

Ao sentenciar, o Juízo monocrático julgou procedente em parte o pedido, condenando o réu à reparação do valor de R\$ 5.000,00 (devidamente corrigido e com a incidência de juros moratórios), refutando, contudo, a indenização referente aos juros pleiteados (R\$ 1.579,60). Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação,

reeditando a matéria aduzida anteriormente, pleiteando, ainda, pela declaração de nulidade da sentença, fundada no cerceamento de defesa. Finalizou requerendo o provimento da apelação.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Turma de Recursos.

É o breve relato.

II — Voto

1 – Recurso de apelação conhecido, pois presentes os pressupostos legais de admissibilidade (interesse, legitimidade, adequação, tempestividade e regularidade formal).

2 – Necessário se faz salientar que a presente relação se enquadra como consumerista (art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.078/90), portanto inarredável a aplicação das normas descritas no Código de Defesa do Consumidor, de fundamental importância na solução da presente demanda. Alerto também a apelante de que as matérias veiculadas pelo CDC são de ordem pública e de interesse social (art. 1º), portanto cabíveis de serem aplicadas, inclusive *ex officio*.

3 – O réu em suas razões de apelação, reeditou toda a matéria antes ventilada no processo de conhecimento, porém sustentando nesta fase, também a declaração de nulidade da sentença, fundada no cerceamento de defesa.

4 – Com relação à necessidade de produção de prova técnica e ao

pedido de declaração de nulidade (fundada no cerceamento de defesa), nenhuma razão socorre ao apelante. Com acerto e precisão, decidiu o Juízo monocrático, cujas razões vou buscar para fundamentar a rejeição (fundamentação *per relatione*), somando-a a novas afirmações e exposições a seguir descritas.

“Também não há lugar para a produção de prova pericial, requerida pelo réu, vez que, em razão da complexidade desta, não se mostra o rito previsto na Lei n. 9.099/95 como adequado para tal fim, já que o diploma legal em cotejo prioriza a tramitação de causas de menor complexidade. Ainda há que se ressaltar que compete ao banco réu fazer prova de suas alegações, o que lhe é bastante possível, no sentido de comprovar em juízo, se for o caso, a inviolabilidade de seu sistema e a sua irresponsabilidade em casos como o presente” (f. 44 – item 2).

Os Juizados Especiais (Cíveis e Criminais) foram criados com a finalidade precípua de agilizar o processo e entregar, o quanto antes, a tutela pretendida àqueles que procuram o Judiciário. Por conta disso, os princípios que os norteiam são a celeridade, economia processual, informalidade, oralidade e simplicidade (art. 2º, Lei n. 9.099/95). Verifica-se, portanto, que a intenção última do legislador foi empregar aos processos que tramitam perante os Juizados, uma velocidade tal (obedecidos os princípios da legalidade e do *due process of law*) que os identifiquem dessa forma, separando-

os da chamada “vala comum”, na qual os processos são morosos, atravancados, cheios de mazelas e sujeitos à interposição de intermináveis insurgências recursais.

Com base nisso, firmou-se entendimento doutrinário e jurisprudencial de que, em se tratando de causas complexas (nas quais seja imprescindível a realização de prova pericial), incompatível seria a tramitação por meio do rito especial (simplificado) descrito na Lei n. 9.099/95. Contudo, a verificação acerca da necessidade ou não da realização da prova requerida pelas partes fica sempre ao alvêdrio do magistrado, fundado no princípio da persuasão racional do juiz, que garante a ele (juiz) decidir de acordo com seu livre convencimento. Por isso, afasto a tese da necessidade de produção de prova técnica.

5 – Já com relação ao mérito, novamente sem razão o apelante. Como salientado anteriormente, estamos diante de relação de consumo, e, portanto, cabível a inversão do ônus da prova, inclusive *ex officio*. Portanto, em função disso, entendo que cabia ao réu comprovar sua tese defensiva.

6 – No presente caso, estamos diante do que a doutrina e a jurisprudência norte-americana passaram a chamar de *salami slicing*, no qual o *hacker* (invasor ou intruso) adentra nos sistemas informáticos e capta senhas bancárias, transferindo, pouco a pouco (*slicing*), os valores da conta do lesado para as suas contas pessoais, ocorrendo, posteriormente, saques em

caixas eletrônicos. Diante da legislação penal brasileira, podemos enquadrá-lo como furto qualificado pelo emprego da fraude (art. 155, II, CP). Contudo, surge, também, de forma anômala (em decorrência das diversas novas situações trazidas pela internet), a responsabilização (objetiva) do réu (como prestadora de serviços que é) quando defrontamos tal situação com o CDC.

Sabemos que referida lei estabeleceu a responsabilidade objetiva dos fornecedores, dividindo-a em razão dos acontecimentos ocorridos pelo fato (situações que geram dano ao consumidor) e pelo vício (relativas à qualidade e à quantidade) do produto ou serviço. Constatamos que a presente demanda enfoca a responsabilidade pelo fato do serviço, portanto, plenamente exercitável.

No presente caso, a responsabilidade invocada está lastreada no dano ocorrido em função da deficiente prestação do serviço apontado pelo autor, nos termos do art. 14, CDC:

“O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos” (grifei).

Podemos também conceituar como defeituoso o serviço prestado pelo réu, já que possibilita (e isso é fato público e notório) a ocorrência de invasões (*hacking*) como a descrita na

inicial, causando graves danos aos correntistas, que obviamente não podem ser suportados pelos consumidores. Importante destacar a art. 14, § 1º, CDC:

“O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes [...]” (grifei).

Assim, ainda que não levássemos em conta a inversão do ônus da prova (nos termos do CDC), da mesma forma caberia ao réu a prova de suas alegações, com base no art. 333, II, CPC, já que apresentou defesa de mérito indireta. Ou seja, aceitou o fato em que se fundou o pedido do autor, contrapondo fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito alegado. O réu, ao confirmar os saques alegados e ao afirmar que tais movimentações se deram por problemas com o computador pessoal do autor (e não no seu sistema de informática — Bescnet), imputou a este a responsabilidade pelas movimentações financeiras, sem contudo prová-la.

Portanto, se o réu confirma a ocorrência dos saques mas não comprova suas alegações, prevalece a afirmação do autor de que não foi o executor das movimentações financeiras descritas na inicial, uma vez que a inversão do ônus da prova obriga o fornecedor a comprovar sua tese defensiva. Não satisfeito esse ônus, prevalece a tese do autor consumidor.

Dessa forma, seja pela inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC),

seja pela aplicação do art. 333, II, CPC, cabia ao réu a prova das alegações que fez perante esta Turma Recursal, o que verifico não ter sido feito. Plenamente convencido de que estamos diante de relação de consumo, inafastável o comando descrito no CDC:

“Art. 6º – São direitos básicos do consumidor: VI – *a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos*” (grifei).

7 – Verificada a hipossuficiência do consumidor, a inversão do ônus da prova é medida indiscutível e necessária à busca da verdade. Não comprovando o fornecedor as alegações que faz em juízo, não de ser consideradas como verdadeiras aquelas feitas pelo autor na inicial, e o improvimento da apelação é a medida mais adequada a ser tomada.

8 – Vencida a fase meritória, verifico (*ex officio*) que o apelante atuou como litigante de má-fé (art. 17, VII, CPC). Apesar de o direito à insurgência recursal estar previsto constitucionalmente (art. 5º, XXXV, CF/88), e, portanto, assegurado a todos que se sentirem lesados por qualquer decisão judicial, observa-se não ser direito absoluto, pois submetido a certos requisitos (juízo de admissibilidade) tendentes a evitar a eternização das demandas. Como já anteriormente mencionado, tais requisitos restaram devidamente preenchidos; contudo, a despeito do preenchimento desses pressupostos, nada impede que, posteriormente, venha a ser enquadrado como recurso caracterizador da li-

tigância de má-fé, até mesmo porque as razões dos recursos só são analisadas após seu conhecimento. Observo que a matéria aduzida na apelação expressa o inconformismo do apelante, por meio da simples reedição da matéria já aduzida no processo de conhecimento, sem que tenha produzido prova em sentido contrário. Portanto, tinha como única intenção a protelação da satisfação do direito já reconhecido em primeiro grau, plenamente devida em face da relação de consumo havida.

III — Decisão

À unanimidade de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, condenando a apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor corrigido da condenação (art. 55, 2ª parte, Lei n. 9.099/95). Condeno, ainda, a ré como litigante de má-fé (art. 17, VII, CPC), impondo-lhe a multa de 1% e reparação de danos na ordem de 20%, ambas incidindo sobre o valor dado à causa (art. 18, *caput* e § 2º, CPC).

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Juiz Otávio José Minatto.

Joinville, 29 de junho de 2005.

Antônio Zoldan da Veiga,
Presidente, com voto;
Alexandre Morais da Rosa,
Relator.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 72, DE JOINVILLE**Relator: Juiz Otávio José Minatto**

Mandado de segurança contra ato judicial. Pedido de expedição de alvará judicial. Decisão que determinou a habilitação de herdeiros em face de presumível comoriência. Inexistência de direito líquido e certo. Segurança denegada.

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, 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 sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais” (Hely Lopes Meirelles, in Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data, 16ª ed., Malheiros, 1995, p. 28 e 29).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 72, da comarca de Joinville (JE), no qual figura como impetrante Alzira Rech Heerdts e impetrada a Juíza de Direito substituta do Juizado Especial Cível da comarca de Joinville:

ACORDAM, em Quinta Turma de Recursos, por unanimidade de votos, conhecer e negar a segurança do writ of mandamus. Isenção de custas.

I — Relatório

Dispensado o relatório, na forma do art. 46 da Lei n. 9.099/95.

II — Voto

Conheço do recurso porque presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

Alzira Rech Heerdts impetrou o presente mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato da Juíza de Direito substituta do Juizado Especial Cível desta Comarca, alegando que, nos autos da Ação de Alvará Judicial n. 038.03.029381-0, foi determinada a habilitação dos ascendentes de Lucas Kock. Aduziu, em prol de sua tese, que, apesar de a certidão de óbito indicar a morte simultânea, a certidão de ocorrência expedida pelo Corpo de Bombeiros indica que Eonice Heerdts

Koch falecera posteriormente, circunstância que descarta a alegada comoriência.

O MM. Juiz *a quo* prestou as informações (fl. 39), não foi concedida a liminar postulada (fls. 40 e 41) e o Ministério Público opinou pelo indeferimento da segurança (fls. 45 e 46).

Segundo anotado pelo MM. Juiz Titular do Juizado Especial desta Comarca, “conforme consta das certidões de fls. 3 e 5, Eonice Heerdt Koch, Lucas Koch e Willian Heerdt Koch faleceram exatamente no mesmo horário (20h30min) do dia 20-6-03, evidenciando a comoriência.

“Em que pese a juntada da declaração de fl. 22, noticiando que Eonice Heerdt Koch faleceu a caminho do hospital (e, portanto, após o filho e o marido), tenho não ser tal declaração prova bastante para ilidir a habilitação dos herdeiros, tal qual determinada na interlocutória combatida.

“Sem olvidar da lisura do documento juntado pelo autor (posto que não no original), é a certidão de óbito o documento hábil a comprovar em que situação ocorreram os falecimentos. Qualquer incorreção no assento de óbito não pode ser suprimida neste juízo por simples declaração. Salvo melhor juízo, deve, sim, ser o assento retificado no juízo competente”.

Conclui-se, na mesma forma do parecer ministerial ao deixar assenta-

do que “na verdade, procura a impetrante retificar por via transversa o registro de óbito, circunstância que não pode ser admitida por gerar esta retificação efeitos muito além do simples pedido constante no alvará” e não vislumbrar a ocorrência do direito líquido e certo da impetrante “por não ser possível a retificação da certidão de óbito em procedimento de alvará, mormente pela decisão não alterar a certidão, mas apenas gerar efeito diverso do constante na certidão de caráter público que possui presunção de veracidade.

É como voto.

III — Decisão

Ante o exposto, decidiu a Quinta Turma de Recursos, por votação unânime, conhecer e negar a segurança do *writ of mandamus* por considerar que não há direito líquido e certo do impetrante. Isenção de custas.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Juízes Alexandre Moraes da Rosa e Carlos Adilson Silva. Lavrou parecer, pela douta Promotoria de Justiça, a Exma. Sra. Promotora de Justiça Dra. Rosemary Machado Silva.

Joinville, 23 de maio de 2005.

Otávio José Minatto,
Juiz Presidente e Relator.

SEXTA TURMA

APELAÇÃO CRIMINAL N. 349, DE ITUPORANGA

Relator: Juiz Luiz Neri Oliveira de Souza

Apelação criminal. Crime de ameaça praticado pelo primeiro réu. Conduta típica caracterizada pela previsão de mal injusto à vítima. Desacato cometido pelo segundo réu. Depoimentos testemunhais que confirmam o ato delitivo. Tipicidade de ambas as condutas cabalmente verificadas. Reforma da sentença tão-somente para afastar a reincidência com relação ao primeiro acusado. Dosimetria da pena alterada. Pena aplicada de dois meses de detenção a ser cumprida em regime aberto. Recurso conhecido, confirmando a sentença quanto à ocorrência das condutas típicas.

Vistos, relatos e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 349, da comarca de Ituporanga (Vara Cível, Crime e Anexos), em que são apelantes Neudir Bruschi e Jânio Schwindem, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Sexta Turma de Recurso, por unanimidade, confirmar a sentença no que diz respeito à ocorrência das condutas típicas, afastando-se a reincidência com relação ao denunciado Jânio Schwindem, impondo-lhe o cumprimento da pena no regime aberto.

Trata-se de recurso interposto por Neudir Bruschi e Jânio Schwindem, acusados de cometerem os crimes de ameaça e desacato, respectivamen-

te, a fim de que seja reformada a sentença, posto que não houve a comprovação das infrações, bem como de suas tipificações.

Contra-razoado o recurso, ascenderam os autos a esta Sexta Turma de Recursos.

É o breve relato.

Insurge-se a defesa de que a tipicidade não está presente em nenhum dos delitos praticados pelos dois acusados. Tal argumento não merece prosperar, senão vejamos.

A tipicidade da conduta do réu Jânio Schwindem está estampada pela grave intimidação que sofreram as vítimas, vale dizer, qualquer homem comum seria intimidado com a possibilidade de haver uma arma sob as

roupas do agressor, podendo tal ação resultar num mal maior. Nesse sentido já decidiu esta Turma de Recursos:

“O delito de ameaça é crime formal e instantâneo, consumando-se independentemente da obtenção do resultado lesivo prometido pelo agente. A conduta típica configura-se em o agente anunciar à vítima a prática de mal injusto e grave, que pode ser um dano físico, moral ou econômico” (Apelação Criminal n. 146, de Curitiba).

No tocante ao delito atribuído ao réu Neudir Bruschi, a conduta de desacatar o policial está verificada pela prova testemunhal produzida. Além disso, a versão dos fatos narrados pelo acusado, qual seja, a de que nada fez para que os policiais desferissem golpes contra sua pessoa, não encontra nenhum amparo em outras provas. Sobre a caracterização do delito, colhe-se o seguinte julgado:

“O agente que, embora em estado colérico, profere qualificativos injuriosos contra guardas municipais, durante o exercício de sua função, pratica o crime de desacato, pois o dolo, para configuração desse delito, é genérico, ou seja, não exige o fim determinado de ofender o prestígio da administração pública, bastando a vontade de proferir a expressão aviltante” (RT 750/636).

Assim sendo, as condutas típicas dos acusados estão cabalmente demonstradas.

Entretanto, a sentença recorrida merece reparo tão-somente no que

tange ao reconhecimento da reincidência do acusado Jânio Schwindem.

Na segunda fase da dosimetria da pena, o Juízo a quo considerou a circunstância agravante da reincidência pelo fato de o acusado possuir antecedentes. Entretanto, neste ponto a sentença necessita ser modificada, tendo em vista que não restou comprovada a referida agravante.

Com efeito, o que se obtém dos antecedentes criminais acostados às fls. 16 a 18 e apenas a concessão dos benefícios da Lei n. 9.099/95, sendo que estes não são computados para efeitos de reincidência, mas somente para a impossibilidade de recebimento de novos benefícios. Nesse sentido, o artigo 76, III, § 4º, do aludido Diploma Legal é claro:

“§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, *que não importará em reincidência*, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos (grifado).

Dessa forma, passo à análise das circunstâncias judiciais para a aplicação da pena, de acordo com o artigo 59 do Código Penal.

A culpabilidade foi normal à espécie já que o réu estava ciente de seu ato.

Os antecedentes não lhe são favoráveis, visto que constam registros de procedimentos criminais em seu desfavor.

Sua conduta social e personalidade são desabonadoras, apresentando-se agressivo e voltado à prática de delitos.

O motivo, as circunstâncias e as conseqüências foram normais ao tipo legal cometido pelo agente.

Ademais, o comportamento das vítimas em nada contribuiu para o delito.

Analisadas as circunstâncias judiciais acima referidas, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 2 (dois) meses de detenção.

Ausentes agravantes ou atenuantes, fixo a pena em caráter definitivo em 2 (dois) meses de detenção a ser cumprida em regime aberto.

Substituo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consubstanciada na prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade.

Por essas razões, a Sexta Turma de Recursos dá provimento ao recurso para reformar a sentença para tão-somente afastar a reincidência do denunciado Jânio Schwindem, impondo-lhe o cumprimento da pena no regime aberto.

Lages, 8 de junho de 2005.

Luiz Neri Oliveira de Souza,
Presidente e Relator.

SÉTIMA TURMA

RECURSO INOMINADO N. 860/05

Relator: Juiz Osvaldo João Ranzi

Recorrente: Auto Center Lamerj Ltda.

Advogada: Dra. Heliete Denise Machado de Aragão

Recorrida: Cristine dos Santos Tempaku

Advogada: Dra. Giana Lucia Caldas dos Anjos

Juiz Sentenciante: Dr. Eduardo Mattos Gallo Júnior

Ementa

Recurso inominado – Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade objetiva – Culpa exclusiva do consumidor (§ 3º, inciso II, do art. 14 do CDC) – Excludente de responsabilidade

demonstrada – Prova unilateralmente produzida – Princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC) — Ausência de nexo de causalidade entre o dano e a conduta do prestador do serviço – Não comprovação da solicitação do serviço que veio a dar causa ao defeito do veículo.

“A responsabilidade objetiva prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor é afastada quando provada a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

“Recurso não conhecido” (Recurso Especial n. 365.008/MG, STJ, 4ª Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha).

“Vício de serviço. Veículo. Troca de óleo motor. Ausência de comprovação pela empresa proprietária da camioneta Suzuki de que tenha solicitado a troca de óleo do motor do veículo à oficina autorizada requerida. Demonstração apenas da solicitação de outros serviços que foram executados. Sentença de improcedência mantida. Apelação desprovida” (Ap. Cív. n. 70002730331, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, rel. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, julgada em 24-10-2001).

“Ação de indenização por dano decorrente de defeito de fabricação do produto. Responsabilidade do fabricante, ante a ausência de prova do uso inadequado pelo consumidor. Prova pericial unilateralmente produzida: inexistindo requisição de nova perícia, vale a única prova existente, pois é das partes o ônus da prova [...]” (Ap. Cív. n. 595150624, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, rel. Alfredo Guilherme Englert, julgada em 29-2-1996).

Recurso conhecido e provido – Sentença reformada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Inominado n. 860/05, do Juizado Especial Cível da comarca de Itajaí, em que é recorrente Auto Center Lamerj Ltda. e recorrida Cristine dos Santos Tempaku:

ACORDAM, os Juízes da Sétima Turma de Recursos (Itajaí), por

unanimidade de votos, conhecer do recurso inominado e dar-lhe provimento.

Custas de lei.

I — Relatório

Perante o Juizado Especial da comarca de Itajaí, Cristine dos San-

tos Tempaku propôs ação de indenização contra Auto Center Lamerj Ltda., objetivando, em suma, o ressarcimentos dos prejuízos materiais declinados na inicial, por ter solicitado serviços de manutenção no automóvel de sua propriedade, que veio, posteriormente, a apresentar defeitos, os quais somente foram solucionados com a contratação de prestação de serviços com outra empresa.

Citada, a requerida apresentou resposta, sustentando, à guisa de prefacial, ilegitimidade passiva *ad causam*, por ausência de responsabilidade do evento danoso.

No mérito, sustentou, em resumo, que o problema é totalmente diverso daquele pelo qual a ré foi contratada, que dizia respeito a uma avaliação do sistema de injeção eletrônica.

Ponderou que o parecer técnico assinado pela revenda autorizada Ford apontou a falta de manutenção regular do motor por ausência de lubrificação, fato este que é de exclusiva responsabilidade da própria autora.

Compondo a lide, o Magistrado *a quo* acolheu parcialmente o pedido inicial para condenar a ré a indenizar a autora pelos prejuízos sofridos no montante de R\$ 2.786,50.

Irresignada com a prestação jurisdicional, a ré interpôs o presente recurso, pugnando pela reforma do *decisum*.

Em contra-razões, a autora aplaudiu a sentença vergastada, defendendo sua manutenção.

Contados e preparados, os autos erigiram a esta Sétima Turma de Recursos.

É o sucinto relatório.

II — Fundamentação

O recurso merece ser provido, com a conseqüente reforma do *decisum*, porque, ousando discordar do entendimento esposado pelo MM. Juiz *a quo*, a solução dada à lide não fez a melhor justiça.

Consigna-se, de início, que os fatos articulados no pedido inicial são incontroversos.

Cumprido, pois, analisar agora se é possível atribuir qualquer responsabilidade à recorrente pelo evento danoso capaz de ensejar obrigação de indenizar.

A relação jurídica estabelecida entre recorrente e recorrida tem natureza consumerista, estando sob a égide do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, nessa esteira, cumpre observar que a recorrente é considerada fornecedora de serviços ao usuário, e, como tal, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, responde, independentemente de existência de culpa, pela reparação dos danos por serviços defeituosos.

Preconiza o artigo 14 da aludida norma:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da

existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

“§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

“I – o modo de seu fornecimento;

“II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam”.

Entretanto, não se pode olvidar que o § 3º do mesmo dispositivo legal dispõe acerca da excludente de responsabilidade do prestador de serviço, a saber:

“§ 3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

“I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

“II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro” (grifou-se).

Vê-se, pois, que a responsabilidade da recorrente é objetiva, a quem, *para eximir-se da obrigação, cumpre comprovar que o defeito do serviço se deu por culpa da recorrida ou de terceiro ou, ainda, que decorreu de caso fortuito ou de força maior.*

Do caderno processual em exame, sobressai comprovada a excludente de responsabilidade da recorrente, qual seja, a de que o defeito ocorreu por culpa exclusiva da recorrida.

A prova pericial realizada, embora unilateral, não teve seu conteúdo impugnado pela recorrida, a qual limitou-se a destacar, tão-somente, que o parecer técnico não estabelece nenhum liame entre a quilometragem do veículo com o defeito apresentado. Entretanto, esse fato não é suficiente para ilidir a credibilidade daquela prova.

Apesar de não haver sido submetida ao crivo do contraditório, não há razão para desconsiderar o referido laudo técnico, porquanto produzido por empresa autorizada idônea, cujo conteúdo, conforme já ficou dito acima, sequer foi objeto de impugnação por parte da autora.

A esse respeito, veja-se o que ensina a jurisprudência:

“Ação de indenização por dano decorrente de defeito de fabricação do produto. Responsabilidade do fabricante, ante a ausência de prova do uso inadequado pelo consumidor. Prova pericial unilateralmente produzida: inexistindo requisição de nova perícia, vale a única prova existente, pois é das partes o ônus da prova. Sentença confirmada. Apelo improvido”¹.

A perícia realizada no motor do automóvel da recorrida constatou que houve “Fadiga prematura do bronzamento de bielas e conseqüente fundimento da biela do 4º cilindro” (*sic*).

1 Apelação Cível n. 595150624, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, rel. Alfredo Guilherme Englert, julgada em 29-2-1996.

Do referido laudo conclui-se, ainda, que a causa provável para o ocorrido tem relação com a “falta de lubrificação, possivelmente ocasionada por queima excessiva de óleo ou falta ou fuga de pressão de óleo” (*sic*), conforme parecer técnico acostado à fl. 83.

O laudo técnico não deixa dúvida quanto à pretérita fragilidade do motor, indicando que este já apresentava fadiga adiantada.

Da prova testemunhal colhida, a mais contundente e de maior credibilidade foi a de Fabiano Maes, profissional especializado que, à época, ficou responsável pela assistência ao automóvel da recorrida.

A testemunha confirma enfaticamente que o motor do carro, ao ser submetido ao teste computadorizado a 2000 RPM, apresentou defeito com origem em falta de lubrificação, nada obstante o fato de não apresentar vazamento de óleo (fl. 107).

Vê-se que o motor do veículo já se apresentava vulnerável, propenso a fundir a qualquer momento, como de fato ocorreu.

Assim, com base no laudo técnico, apreciado em consonância com os demais elementos probatórios do processo, e consubstanciado no princípio do livre convencimento do julgador insculpido no art. 131 do CPC, conclui-se que o evento aconteceu por culpa exclusiva da recorrida, a qual não mantinha o seu veículo nas condições ideais para uso, fato este decisivo para a ocorrência do dano, não podendo ser atribuído a defeito do serviço prestado pela recorrente.

Sobre a matéria em comento, colhe-se o seguinte precedente do Superior de Tribunal de Justiça:

“Consumidor. Responsabilidade objetiva. Culpa do consumidor e de terceiro.

“A responsabilidade objetiva prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor é afastada quando provada a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

“Recurso não conhecido”².

O Magistrado singular considerou que a recorrente negligenciara nos procedimentos básicos na prestação do serviço para o qual fora contratada, apesar de sua notável experiência e inquestionável estrutura. Porém, respeitadas as razões lançadas pelo nobre Julgador, a tese esposada não reflete a realidade dos autos.

É fato incontroverso que a recorrente fora contratada para realizar serviço de avaliação e conserto do sistema de injeção eletrônica de combustível e limpeza dos bicos injetores, conforme se infere do orçamento de fl. 87, em face de problemas que vinha apresentando o veículo por ocasião do acionamento de partida do motor.

Destarte, não se vislumbra nenhuma relação entre o serviço contratado com o defeito que veio a apresentar o motor.

2 Recurso Especial n. 365.008/MG, STJ, 4ª Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha.

Assim, contrariamente ao que foi consignado na sentença, não resultou configurado o nexo de causalidade entre o dano e a atuação da recorrente prestadora de serviço.

Ademais, exigir que a recorrente tivesse tido a cautela de verificar o nível de óleo do motor antes de fazê-lo funcionar, mesmo não sendo previamente advertida no tocante ao defeito específico apresentado pelo veículo nem contratada para tanto, extrapolaria as obrigações decorrentes da relação jurídica firmada entre as partes.

Em caso análogo, já decidiu a jurisprudência:

“Vício de serviço. Veículo. Troca de óleo motor. Ausência de comprovação pela empresa proprietária da camioneta *Suzuki* de que tenha solicitado a troca de óleo do motor do veículo à oficina autorizada requerida. Demonstração apenas da solicitação de outros serviços que foram exe-

cutados. Sentença de improcedência mantida. *Apelação desprovida*”³.

Destarte, o recurso merece ser acolhido com a reforma da sentença objurgada.

III — Decisão

À unanimidade de votos, decidiu a Sétima Turma de Recursos conhecer do recurso, e, no mérito, reformar a sentença de primeiro grau para julgar improcedente o pedido inicial.

Sem custas e honorários advocatícios.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Juízes Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva e José Agenor de Aragão.

Itajaí, 21 de março de 2005.

Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva,
Presidente;
Oswaldo João Ranzi,
Relator.

3 Apelação Cível n. 70002730331, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, julgada em 24-10-2001.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 102/05, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Apelante: Paulo Roberto Farah

Apelada: A Justiça Pública

Juiza Sentenciante: Dra. Marivone Koncikowski Abreu

Relator Juiz: Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva

Apelação criminal – Intempestividade das razões da apelação – Inobservância do art. 82, § 1º, da Lei n. 9.099/95 – Recurso não conhecido.

O prazo para interpor a apelação criminal é de 10 dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, conforme exegese do art. 82, § 1º, da Lei n. 9.099/95.

Diversamente do sistema previsto no Código de Processo Penal, entretanto, as razões da apelação devem ser apresentadas com aquela peça, sob pena de ausência de pressuposto de admissibilidade do recurso.

Prescrição retroativa – Conhecimento de ofício – Lapso decorrido entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença (art. 61, CPP) – Extinção da punibilidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 102/05, da comarca de Balneário Camboriú, em que é apelante Paulo Roberto Farah, sendo apelada a Justiça Pública.

ACORDAM, em Sétima Turma de Recursos (Itajaí), por unanimidade, não conhecer da apelação, por intempestiva, mas, de ofício, decretar extinta a punibilidade em razão da prescrição retroativa.

II — Voto

Trata-se de apelação criminal interposta com o objetivo de ver reformada a decisão prolatada nos autos.

O recurso não pode ser conhecido, pois as razões foram protocoladas intempestivamente, em desacordo com o disposto no art. 82, § 1º, da Lei n. 9.099/95:

“Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de 3 (três) juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

“§ 1º — A apelação será interposta no prazo de 10 (dez) dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente”.

Compulsando os autos, verifica-se que o recorrente interpôs recurso de apelação, na data de 16-7-2004, fl. 104, desacompanhado das devidas razões da apelação.

Apesar de o defensor ter protocolado o recurso no prazo legal, o fez desacompanhado das respectivas razões, que somente foram apresentadas no dia 9-9-2004, segundo se observa à fl. 111.

Contudo, a apelação foi interposta pelo defensor do acusado desacompanhada das razões de recurso, as quais deveriam ter sido oferecidas simultaneamente, sob pena de não conhecimento da apelação.

Quanto à necessidade do oferecimento das razões na apelação, já prelecionou Julio Fabbrini Mirabete:

“Como uma das exceções ao princípio da oralidade, a apelação deve ser interposta por petição escrita, entregue à Secretaria do Juizado, em que se deduzirá o pedido, nos termos do art. 599 do Código de Processo Penal, mas, ao contrário do que se prevê nesse Estatuto, as razões de apelação devem acompanhar a petição. No encontro de Juizados Especiais realizado em Curitiba, ficou decidido: ‘A apelação deve ser interposta por petição escrita da qual, desde logo, conterà as razões e o pedido do recorrente’. Nada impede, porém, que a parte apele por termo nos autos desde que ofereça as razões no referido prazo, sob pena de não se conhecer do recurso” (Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 213).

E, ainda:

“Recurso criminal. Razões do inconformismo apresentadas fora do prazo de dez dias. Intempestividade. Não conhecimento.

“Para a apelação criminal ser conhecida, é indispensável que, no prazo de dez dias, o inconformado apresente as suas razões. Trata-se de

pressuposto de admissibilidade do recurso criminal no procedimento do Juizado Especial, *ex vi* do art. 82, § 1º, da Lei n. 9.099/95” (Primeira Turma de Recursos de Santa Catarina, Recurso Criminal n. 0039, rel. Juiz Ronaldo Moritz Martins da Silva, data da decisão 13 de outubro de 1998).

“Apelação criminal – Transporte de lenha nativa – Contravenção prevista no Código Florestal – Sentenciamento do indiciado – Interposição de recurso – Ausência das respectivas razões – Art. 82, § 1º, da Lei n. 9.099/95. Não conhecimento.

“A Lei n. 9.099/95, em seu artigo 82, inovou em relação à interposição do recurso de apelação, na espécie criminal, dilatando o prazo ao oferecimento do inconformismo, para um decêndio, assim como impôs ao procedimento a anexação das correspondentes razões, no ato da interposição, pena de não conhecimento” (Primeira Turma de Recursos, Apelação Criminal n. 040, de São João Batista, rel. Juiz Dionízio Jenczak).

Destarte, voto pelo não conhecimento do recurso extemporâneo.

Todavia, nos exatos termos do r. parecer do Ministério Público de primeiro grau (fls. 129 e 130), referendado pelo também r. parecer de segundo grau, sob firma do Exmo. Sr. Dr. Norival Acácio Engel (fls. 137 a 140), entendo em votar pelo acolhimento *ex officio* da prescrição retroativa.

É o meu voto.

Diante de tudo exposto, a Sétima Turma de Recursos de Itajaí, por votação unânime, decidiu não conhecer do recurso, por intempestivo, e, de ofício, declarar extinta a punibilidade por operação da prescrição retroativa.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Juízes José Agenor de Aragão e Os-

valdo João Ranzi. Pela douta Promotoria de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Norival Acácio Engel.

Itajaí, 2 de maio de 2005.

Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva,
Presidente e Relator.

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇAS CÍVEIS E CRIMINAIS

JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DA CAPITAL
PROCESSO N. 023.02.009925-0

JUIZ DE DIREITO: CLÓVIS MARCELINO DOS SANTOS

Autor: Espólio de Amélio Cardoso
Ré: Companhia Catarinense de Águas e Saneamento — Casan

Vistos, etc.

Trata-se de ação de retrocessão com pedido de indenização por perdas, danos materiais, morais e lucros cessantes, cumulado e alternativo, com pedido de tutela antecipada na qual o autor alega, em síntese, que a sua administradora e o falecido cônjuge eram legítimos possuidores de uma área de terra descrita nas matrículas n. 5.360 (fl. 68) e 5.359 (fl. 67). Relatou que aludida área foi desapropriada pela ré em decorrência da utilidade pública exteriorizada no Decreto Estadual n. 11.588/80 para a construção da Lagoa de Estabilização do Sistema de Esgotos Sanitários da Área

Insular de Florianópolis. Noticiou que tentou anular referido decreto expropriatório, vindo o casal a receber, em 9-6-1981, o equivalente ao momento da propositura da ação, de R\$ 47.501,35 (quarenta e sete mil quinhentos e um reais e trinta e cinco centavos). Disse que as obras citadas pelo decreto expropriatório não mais seriam feitas, seja porque tal projeto já foi efetivado próximo às pontes de acesso à Ilha, seja porque naquela área há um campo de futebol, criadores de animais (inclusive com contrato de comodato com a ré). Afirmou que referida área está avaliada, até o momento da propositura desta ação, em R\$ 2.135.000,00 (dois milhões cento

e trinta e cinco mil reais). Entende ter ocorrido desvio de finalidade da desapropriação, o que possibilita a retrocessão do bem. Pediu: (1) procedência do pedido de retrocessão do imóvel desapropriado (182.408,00m², matrículas *supra*); (2) condenação, cumulativamente, ao pagamento de indenização pelas perdas e danos, lucros cessantes, danos morais, aferidos por todo o período desde a data da publicação do Dec. Estadual n. 11.588/80; (3) devolução da área ao autor, com reconhecimento de desvio de finalidade; (4) concessão de um prazo para que o autor devolva à ré o valor pago na época, devidamente atualizado; ou, alternativamente, (5) que seja deduzido do valor da condenação o valor a ser devolvido à ré; (6) sucessiva e alternativamente a condenação ao pagamento das perdas e danos materiais, morais e lucro cessante apurados desde a publicação do ato expropriatório; (7) condenações de praxe; (8) condenação da ré ao pagamento de ressarcimento pelo empobrecimento e exploração predatória do solo; (9) benefício da justiça gratuita e assistência judiciária; (10) liminar no sentido de impedir que a ré renove qualquer contrato de comodato ou arrendamento já existente. Valorou a causa e juntou documentos de fls. 17 a 91.

Na fl. 92 este Juízo deferiu a justiça gratuita e determinou a citação da ré.

Devidamente citada (fls. 94 e 94v.) contestou, tempestivamente, sustentando a extinção do feito pela

prescrição do direito do autor. Quanto ao mérito falou sobre: a continuidade da instalação de locais para tratamento de esgoto, sendo que aquela área litigada comportará uma obra para o mesmo fim; que a compra aconteceu de forma amigável, tendo sido pago o valor correto da época e que não foi dada destinação diversa ao terreno daquela que motivou a desapropriação. Imiscuindo-se mais detalhadamente quanto aos apontamentos do autor, falou nunca ter autorizado a construção ou uso de qualquer parte do terreno que pudesse caracterizar doação ou empréstimo do local, que nunca autorizou a construção do campo lá existente, não tendo nenhuma responsabilidade quanto ao pagamento das benfeitorias lá instaladas. Pertinente à área apontada pelo autor como destinada ao plantio de cana-de-açúcar, afirmou que foi procurada por ex-proprietários para dar continuidade ao plantio e que, por se tratar de atividade de subsistência, cultivo renovável e semestral, autorizou com a ressalva de que não se construísse nenhuma benfeitoria. Na mesma oportunidade manifestou-se, alegando não ter privilegiado quem quer que seja com tais autorizações. Com o intuito de demonstrar o cuidado que possui sobre as terras, juntou comprovante contratual de serviços de vigilância e zeladoria. Defendendo-se dos pedidos de indenizações, alegou que não cabem pelos motivos acima, e referente ao lucro cessante e perdas e danos (material e moral) não há falar em suas incidências sobre matéria de retrocessão. Juntou documentos de fls. 101 a 149.

Em impugnação à contestação, o autor espancou a pretensa prescrição, rebatendo a defesa do réu nos seguintes termos: juntou uma entrevista do presidente da ré oferecendo toda a área desapropriada ao governo estadual para a construção de casas populares; que cabe a condenação em lucros cessantes, dano moral e perdas e danos; atacou a entrega das terras desapropriadas a terceiros (contrato de comodato – fls. 118 a 120) e a conseqüente “doação de valores econômicos” (fl. 161) por não ter havido licitação; caracterizou tal conduta da ré como “doação de uso”, desviando a finalidade e desrespeitando os princípios da onerosidade e da cumulatividade. Abordou a litigância de má-fé pelo fato de as alegações ditas na peça contestatória não estarem de acordo com o conjunto probatório amealhado. Vociferou a documentação juntada pela ré, isto nas fls. 167 a 170. Reiterou os pedidos formulados na inicial. Juntou documentos de fl. 181. Deu-se vista ao réu para falar sobre documento juntado (entrevista do jornal), fl. 154.

Em decisão interlocutória (fls. 188 a 190), este Juízo saneou a questão da prescrição suscitada dizendo que esta não ocorreu. Fundamentou sobre o prazo prescricional começar a fluir, no caso de abandono (expropriante não dá destinação motivadora do ato expropriatório), a partir deste momento. Considerando a reportagem juntada aos autos, afirmou que este prazo teria começado no momento da construção da Lagoa de Estabilização de Esgotamento Sanitário instalada na

cabeceira das pontes e que ali o terreno teria ficado ocioso. No mesmo sentido, trouxe à baila os ensinamentos do Desembargador Trindade dos Santos (Ap. Cív. n. 1998.012078-0). Na oportunidade marcou audiência de conciliação.

Peticionou o autor em seguida (fls. 191 a 193 e fls. 195 a 197), reiterando o pedido de julgamento antecipado da lide, bem como argüindo a intempestividade da petição do réu que falou sobre a documentação de fl. 181, pedindo pelo seu desentranhamento.

Este Juízo, decidindo na fl. 198v., disse ser impossível o julgamento antecipado da lide, pois os pedidos da inicial exigem provas, e, ante a intempestividade da petição da ré de fls. 184 a 187, determinou-se o desentranhamento. Registrou, na mesma ocasião, que tal desentranhamento não prejudicaria a ré porque a decisão que afastou a preliminar de prescrição foi dada quando referida petição ainda estava nos autos e porque a ré poderia falar da reportagem em suas alegações finais. Decisão cumprida (fls. 184 a 187).

Autor juntou rol de testemunhas (fls. 200 e 201).

Aberta audiência de conciliação, esta restou inexistosa. Procurador da ré informou a inexistência de obras no local. Houve a desistência recíproca dos depoimentos pessoais das partes. Pugnaram pela produção de prova testemunhal e a expedição de mandado de verificação do imóvel para

que o sr. meirinho respondesse às questões constantes nas fls. 202 e 203. Estabeleceu-se o ponto controvertido da demanda: “o desvio de finalidade do ato de desapropriação, o abandono da área pelo expropriante e dos objetivos que levaram à desapropriação, bem como a configuração dos danos materiais, morais e lucros cessantes” (fl. 203). Marcou-se, na mesma oportunidade, audiência de instrução e julgamento.

Mandado de verificação juntado à fl. 211. Às fls. 219 a 225, o autor pediu intimação do oficial de justiça para completar algumas informações, juntando, ainda, fotos e negativos de fls. 226 a 262.

Em audiência de instrução e julgamento (fl. 264) não houve conciliação. Ouviu-se testemunhas das partes. O autor desistiu do esclarecimento solicitado nas fls. 219 a 225 por ter o procurador da ré admitido “que no local existe um funcionário contratado pela Casan que administra todo o imóvel” (fl. 264). As partes não quiseram produzir mais provas, pugnando pela juntada das alegações finais por memoriais. Depoimento das testemunhas do autor nas fls. 265 a 269 e dos informantes da ré nas fls. 270 a 274.

O autor juntou seus memoriais nas fls. 277 a 286, reiterando os pedidos e argumentos da inicial, bem como a liminar pleiteada na inicial, pugnando agora, também liminarmente, pelo pagamento indenizatório, no todo ou em parte, em prestações mensais. As alegações finais da ré foram juntadas às fls. 288 a 296, repisando a tese da prescrição e sua defesa.

O Ministério Público manifestou-se às fls. 298 a 304, entendendo pela parcial procedência do pedido para condenar a ré a ressarcir (= indenizar) o autor nas perdas e danos compensando o preço recebido. Pertinente aos danos morais e lucros cessantes entendeu não ser passível de tais condenações.

Autor falou sobre o parecer do Ministério Público nas fls. 305 a 307 e a ré nas fls. 312 a 314. O autor pugnou outras vezes pelo julgamento antecipado da lide: fls. 320, 324 a 329 e 331.

É o relato.

Decido

Na tese da defesa suscitou-se, em preliminar, a possibilidade de o direito do autor ter sofrido as consequências da prescrição (registre ser tal questão matéria de mérito). Aludida linha de defesa já foi resolvida na decisão *não recorrida* de fls. 188 a 190, decidindo-se pelo não transcurso de tempo a ensejar a prescrição desta ação.

Parte-se, sem mais delongas, à análise da questão de mérito.

1 — Da retrocessão

Desapropriação caracteriza-se pela retirada da propriedade de determinado bem de um sujeito (pessoa física ou jurídica; particular ou pública), em decorrência de interesse público, transferindo-o para o patrimônio público. Nas palavras do doutrinador Cel-

so Antônio Bandeira de Mello: “pode-se dizer que desapropriação é o procedimento através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire, mediante indenização, fundado em um interesse público. Trata-se, portanto, de um sacrifício de direito imposto ao desapropriado” (*in* Curso de direito administrativo. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 758).

Registra-se que a “desapropriação opera-se em procedimento administrativo bifásico: a fase declaratória, com a indicação do bem, da necessidade, da utilidade pública ou do interesse social a ser alcançado, seja por lei ou decreto; a fase executória, com a estimativa da justa indenização e a consolidação da transferência do domínio para o Poder expropriante” (Rosa, Márcio Fernando Elias. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 150).

In casu, pertinente à primeira fase (declaratória), observa-se que ocorreu por meio do Decreto-Lei Estadual n. 11.588, de 16-7-1980 (fls. 62 a 63), no qual exterioriza o destino das terras alvo da desapropriação, nos seguintes termos: “Art. 1º — São declaradas de utilidade pública, para fins de aquisição por desapropriação amigável ou judicial, áreas de terras urbanas e rurais, com benfeitorias, totalizando uma área maior de aproximadamente 668.000,00m² (seiscentos e sessenta e oito mil metros quadrados), situada na localidade de Rio Tavares, nesta Capital, destinada à implantação da Lagoa de Estabilização do Sistema

de Esgotos Sanitários da área insular de Florianópolis [...]” (grifei — fl. 62).

Alusivo à segunda fase (executória) encontra-se dois documentos ligados a ela: *Escritura de desapropriação amigável*, de 7-8-1981, a qual enfatiza que “os imóveis descritos foram declarados de utilidade pública, destinando-se às obras de implantação do Sistema de Esgoto Sanitário da área insular da capital, de conformidade com o Decreto Estadual n. 11.588, de 16 de julho de 1980 [...]” (grifei — fl. 38); e o *recibo* de quitação do valor oferecido pelas terras do Sr. Amélio Augusto Cardoso de 9-6-1981, fl. 64.

Assim sendo, os requisitos para a perfeita e normal tramitação da desapropriação foram seguidos.

O problema, suscitado pela exordial e delimitado na audiência de conciliação (fls. 202 e 203), cinge-se “ao desvio de finalidade do ato de desapropriação, o abandono da área pelo expropriante e dos objetivos que levaram à desapropriação, bem como a configuração dos danos materiais, morais e lucros cessantes” (fl. 203).

Aconteceu que, tendo sido a motivadora da desapropriação a necessidade da construção da “Lagoa de Estabilização do Sistema de Esgotos Sanitários”, o autor, verificando ter sido esta construída na cabeceira das pontes de acesso e saída da Ilha e diante da ocupação das terras por terceiros (fls. 45 a 56, 118 a 120, 226 a 261 — documentos —, fls. 265, 266 e 268 — testemunhas), pretende a retrocessão ou a indenização por perdas e danos.

É de conhecimento dos operadores do direito que o êxito da ação de retrocessão, ou sua equivalente indenização por perdas e danos, depende da prova do desvio de finalidade. Ou seja: “Efetivada uma desapropriação, o Poder Público deve aplicar o bem, por tal modo adquirido, à finalidade pública que suscitou o desencadeamento de sua força expropriatória. Se não o fizer, evidentemente a desapropriação terá se revelado sem razão de existir. Daí reconhecer-se ao expropriado o direito a uma satisfação jurídica pelo fato. É esta circunstância que nos coloca diante do instituto da retrocessão” (Mello, Celso Antônio Bandeira de. *In* obra supracitada, p. 784). Ainda: “Retrocessão significa o retorno do bem expropriado ao patrimônio do antigo dono, quando não lhe foi dado o destino previsto. A retrocessão fundamenta-se na ausência do vínculo entre o sacrifício do direito do particular e a utilização concreta do bem; as justificativas para a desapropriação não se concretizaram. Pode ser vista, assim, como sanção em garantia do direito de propriedade, pois o proprietário tem direito de não ser privado do seu bem senão para atendimento do interesse público efetivamente ocorrido” (Medauar, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 428).

Para alcançar seu desiderato (retrocessão ou indenização por perdas e danos), o autor caracterizou o desvio de finalidade, ou o abandono da área anteriormente desapropriada, apontando a construção da obra não

no terreno desapropriado, o que não poderia ter acontecido segundo o Decreto Estadual n. 11.588/80, mas, sim, na cabeceira das pontes (fls. 82 a 83, fls. 85 a 91 — documentação — fls. 270 e 271, 272 a 274) e a ocupação das terras por terceiros (criadores de porcos, bois e galinhas, e plantadores de cana-de-açúcar: fls. 45 a 56; 118 a 120; 226 a 261 — documentos —; fls. 265; 266 e 268 — testemunhas), incluindo um campo de futebol, Clube Zaire (fls. 45 e 56, fls. 118 e 120, fls. 226 e 261 — documentos —; fls. 265, 266 e 268 — testemunhas, fl. 211 — resposta ao quesito da audiência de conciliação sobre a presença de um campo de futebol).

Juntou, ainda, reportagem jornalística (fl. 181) na qual o entrevistado é o Sr. Josué Dagoberto Ferreira, na época (23-4-2002) Presidente da ré. No referido documento o Presidente da ré anuncia o oferecimento de um terreno de 1,4 (um vírgula quatro) milhão de metros quadrados que “foi adquirido pela estatal em 1980, para a construção de uma estação de tratamento” (fl. 181). Que na “*mesma época, surgiu a possibilidade, depois concretizada, de construir a estação no aterro próximo às cabeceiras das pontes* Colombo Salles e Pedro Ivo Campos. *‘Com isso aquela área ficou ociosa, até hoje’*” (grifei — fl. 181). Concluiu o Presidente da ré: “Ainda não sabemos o que poderá acontecer com o terreno. *Só podemos dizer que há interesse da Casan em se desfazer da área e do governo do Estado em dar destinação adequada para um projeto no local, seja ele habitacional ou não*”

(grifei — fl. 181). Registra-se o seguinte trecho de fala do próprio presidente “*O terreno é amplo e pode servir para um projeto do governo. Nosso objetivo é conseguir uma utilidade adequada para essa área*” (grifei — fl. 181).

Em contrapartida, a ré contestou o referido desvio de finalidade alegando: que será instalado sim um Sistema de Esgotamento Sanitário naquela localidade, esperando-se, tão somente, a conclusão da obra já iniciada na parte da cabeceira das pontes; falou ter comprado de forma amigável o terreno, não sendo o caso de dizer sobre obrigação de venda a quem quer que seja; em relação ao campo de futebol, disse não ter autorizado a construção de nenhuma obra que caracterize doação ou empréstimo da área; pertinente às áreas ocupadas por agricultores, alegou ter dado autorização a estes, visto as plantações serem de cultivo semestral e que nenhum prejuízo adviria para a ré por ocasião da utilização efetiva de referida área, dizendo, ainda, ser mentirosa a afirmação de ter selecionado as pessoas que usariam aquelas terras. Para demonstrar a utilização daquelas terras para a implantação do Sistema Sanitário, juntou cópia não autenticada e não assinada pela contratada (Tecnosan Engenharia SC Ltda.) de fls. 108 a 112, e as informações dadas em Juízo pelo depoimento constante nas fls. 270 e 271 e fls. 272 e 274. Visando a demonstrar que não abandonara as terras desapropriadas, juntou documentos de fls. 122 a 130 (Contrato para Prestação de Serviços — PS n. 257/99 e três aditivos).

Houve a juntada de um Contrato de Comodato (fls. 118 a 120).

Por todo o contexto probatório trazido aos autos, verifica-se claramente que a ré não tem mais interesse no imóvel, pois já construiu a estação de tratamento de esgoto ao lado das pontes, desviando o objetivo fixado no decreto expropriatório.

Verifica-se o desvio de finalidade *nem tanto* em decorrência da ocupação da área desapropriada pelos agricultores ou pela instalação do campo de futebol (a exemplo do contrato de comodato de fls. 118 a 120, bem como se verifica tal ocorrido olhando-se as fotos — fls. 46, 51, 54, 226 a 261 — e testemunhos fls. 265 a 274) mas, *principalmente*, pela construção da obra na cabeceira das pontes. Digo isso por ver que o documento de fls. 37 e 41 (Escritura de Desapropriação Amigável) menciona que os imóveis desapropriados “foram declarados de utilidade pública, destinando-se às obras de implantação do Sistema de Esgoto Sanitário da área insular da capital, de conformidade com o Decreto Estadual n. 11.588, de julho de 1980” (fl. 38). Cópia deste citado Decreto se encontra nas fls. 62 e 63, o qual é explícito ao dizer sobre a utilidade pública da desapropriação das terras para a implantação do Sistema de Esgoto Sanitário naquele local. Se não bastasse, corroboram com o desvio de finalidade da desapropriação cópias do *site* da ré (www.casan.com.br) no qual se verifica em “1992 — (8 de janeiro) — Início das obras do Insular (Florianópolis)” (fl. 83) e em “1997 — (3 de outu-

bro) – Inauguração do Insular” (fl. 83) na cabeceira das pontes. Junto com a mesma documentação, à fl. 91, colhe-se que o projeto de sistema de esgoto da cidade de Florianópolis está “concluído”.

A ré, a quem competiria provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do alegado direito do autor (art. 333, II, do CPC), tentou fazê-lo por meio da juntada de cópia da Resolução n. 614/2000 (fls. 106 e 107), a qual autoriza providências no sentido de viabilizar consultoria para elaboração de projeto final de engenharia, tendo juntado, em seguida (fls. 108 a 112), “Contrato para Prestação de Serviços Técnicos Especializados – STE n. 412/2002”. Ocorre, entretanto, que dito contrato *não está nem assinado* pela contratada. Apesar deste contrato ser datado de 8-2-2002 e tendo sido juntado aos autos com a contestação (protocolada em 9-5-2002), não houve, até o momento desta sentença, nenhuma informação que demonstrasse a continuidade ou o início de qualquer obra que seja. Mesmo antes desta decisão, procedeu-se a uma verificação por meio de oficial de justiça, o qual respondeu a quesito feito por este Juízo em audiência (“foi determinado que o oficial esclareça se na área há alguma obra ou qualquer outro ato de execução relativo ao sistema de esgoto sanitário e se há alguma obra relativa à construção de conjuntos habitacionais” – fl. 203). Respondeu à fl. 211v. que “não existe nenhuma obra ou algum ato de execução relativo a sistema de esgoto sanitário” e “não existe nenhuma

obra relativa à construção de conjunto habitacional”.

Ressalta-se, mesmo assim, que a ré alegou em contestação que “em nenhum momento abandonou o projeto de aproveitamento das áreas desapropriadas, apenas está em fase de conclusão as edificações do Sistema de Esgotamento Sanitário da parte Central de Florianópolis” (fl. 96). Entretanto, conforme informações do próprio *site* da ré, mencionado anteriormente, e cópia juntada à fl. 83, em 3-10-1997, inaugurou-se o SES Insular sem qualquer início de obra na área desapropriada.

A ré juntou um “Contrato de Comodato” nas fls. 118 a 120, visando a demonstrar que este não ensejaria desvio de finalidade porque poderia tomar a qualquer hora as terras de volta. Acontece que este tipo de contrato com a administração não é, por si só, o motivo que leva à procedência do pedido desta ação, mas, sim, a construção da obra em local diverso.

Juntou, ainda, “Contrato para Prestação de Serviços – PS n. 257/99” (fls. 122 a 130), o qual visa “*à prestação de Serviços de Zeladoria para as Regionais de Florianópolis e Joinville/SC, relacionados e especificados na Autorização de Execução de Serviços – AES (s) n. (s) 161009910 e 162009910 anexo*” (fl. 122). Ora, o contrato juntado e os seus três aditivos em nada demonstraram estar o terreno vigiado ou não. Tal contrato protege, conforme se depreende dele, as Regionais de Florianópolis e Joinville, não informando sobre a zeladoria

no terreno. Até poderá dizer a ré que o terreno está inserido no conceito de “regional”, o que este Juízo não consegue concluir pelas informações constantes nos presentes autos. O que se pode presumir é que o rol de serviços a serem prestados estejam explicitados nas ditas Autorizações de Execução de Serviços – AES ns. 161009910 e 162009910, as quais não foram juntadas aos autos, sendo, conseqüentemente, impossível de saber quais serviços lá constam. Além disso, os ditos serviços mostram-se ineficazes, pois, o Clube Zaire apossou-se de parte do bem sem a aparente autorização da ré.

Por último, a ré tentou produzir em audiência prova no sentido de que havia a intenção de dar continuidade na implantação de um SES naquela localidade. Importante destacar alguns pontos trazidos pelos dois informantes do Juízo.

Primeiro o Sr. Edelmo Naschenweng: “foi instalado o sistema de tratamento por lodo ativado no aterro da baía sul, que foi por esta razão que o imóvel desapropriado não foi utilizado naquele momento [...] que há um processo licitatório em andamento, porém até hoje não houve a contratação [...] que talvez as lagoas de estabilização não possam ser feitas na aludida área uma vez que já se encontra atualmente bastante povoada, que acha que o processo licitatório será concluído ainda este ano [...] que não sabe informar ao certo se a aludida área será aproveitada [...] que a Casan mantém a intenção de utilizar a área

para o sistema de tratamento do sul da ilha [...] que o edital de licitação do projeto foi publicado no dia 13-11-2001” (fls. 270 e 271).

O segundo informante, Sr. Márcio Romeu Dutra, falou: “que a área é fundamental para a realização das obras do esgoto e tratamento do esgoto do sul da ilha, que o imóvel poderá ser aproveitado para vários sistemas de tratamento, tais como o sistema de lagoas de estabilização e o sistema de lodo ativado [...] que não sabe informar, pois não participou naquele momento, o motivo pelo qual não foi instalado o sistema de esgoto sanitário no imóvel, mas sim no aterro da Baía Sul [...] À notícia de fl. 181, concorda em que dos 1,4 milhão de metros quadrados possa ser utilizado para estação de tratamento apenas 200.000m²” (fls. 272 e 274).

Confrontando ambas as informações, tem-se que, mesmo tendo sido ouvidos como Informantes do Juízo por parte da ré, em muito corroboraram as declarações constantes na reportagem de fl. 181, apesar de continuarem afirmando sobre a utilidade pública das terras conforme o fim da desapropriação. Sobre referida reportagem, esta não foi vergastada pela ré em momento algum. E mais! As pretensas “testemunhas” da ré, as quais foram ouvidas como “informantes do juízo”, por terem interesse na causa (conforme se verifica no deferimento da contradita de fls. 270 e 272), corroboraram com parte dos trechos de dita reportagem. Ambos concordaram que a obra destinada àquela lo-

calidade fora edificada no aterro da baía sul nas cabeceiras das pontes. Apesar de eles falarem acerca de um processo licitatório para as obras do SES na área desapropriada, *nenhum dos dois, ou mesmo a ré, trouxeram documentos comprovando alegada licitação e o seu objeto*. O Sr. Edeldo Naschenweng, diretor administrativo da ré, foi mais explícito ao tratar sobre a possibilidade de não se aproveitar a área, no momento em que não deu certeza de seu aproveitamento (indo ao encontro da reportagem jornalística de fl. 181), e a provável impossibilidade de instalação das lagoas de estabilização no local em decorrência do odor produzido para a comunidade ali instalada. O Sr. Márcio Romeu Dutra, por sua vez, entende que este problema anterior é superável e concordou com a utilização de apenas 200.000m² (duzentos mil metros quadrados) citados na reportagem de fl. 181, não sendo preciso o 1.4 (um ponto quatro) milhão de metros quadrados lá existentes.

Os próprios informantes do Juízo foram incapazes de dar, ou demonstrar, segurança a favor da tese da ré.

Ad argumentandum tantum, não há falar em compra e venda amigável, como pretendeu fazer a ré em sua contestação. O que houve foi o aceite do preço oferecido em decorrência de um decreto expropriatório ante o interesse público. Feito isso, não que os expropriados quisessem vender suas terras e a ré demonstrasse interesse em comprá-las, acabaram aceitando

o preço de uma desapropriação, obviamente imposta, sem discussão judicial.

Importante frisar ainda que, como a desapropriação ocorreu em quantidade superior ao necessário, *caso se considere como certa a utilização dos alegados 200.000m², é possível a retrocessão da parte que ficou inutilizada*. Registra-se que, se há a possibilidade de retroceder parte do bem desapropriado por este não ter sido usado em sua totalidade para o fim de utilidade pública, por óbvio que se é capaz de retroceder o bem desapropriado do autor, o qual representa parte do total da desapropriação totalmente inutilizada. No caso em questão, a desapropriação abarcou 1.4 (um ponto quatro) milhão de metros quadrados e a área de terra do casal é de 182.408,00m² (cento e oitenta e dois mil quatrocentos e oito metros quadrados), representando pouco mais de 13% (treze por cento) do total da área desapropriada pela ré. Por certo que a redução do total da área desapropriada, diante do deferimento do pedido de retrocessão, não afetará em nada a *alegada* área utilizável de 200.000m² (duzentos mil metros quadrados), já que restará, ainda, mais de 1.2 (um ponto dois) milhão de metros quadrados de terra a ser utilizada.

Torna-se mais cristalina a possibilidade de retroceder o bem ao autor se se considerar o conteúdo constante no documento de fl. 181 (reportagem jornalística), bem como a informação prestada pelo informante judicial da própria ré Sr. Márcio Romeu

Dutra (fls. 272 e 274). Em ambos, há o reconhecimento da utilização, se por acaso algum dia a ré vier a utilizar aquele terreno desapropriado (só para argumentar), de apenas 200.000m² (duzentos mil metros quadrados). Retiramos do documento de fl. 181: “a Casan teria interesse em utilizar apenas 200.000 metros quadrados da área. O restante pode ser usado para outro projeto”. Da audiência da ouvida da informante tem-se na fl. 274: “À notícia de fl. 181, concorda em que dos 1.4 milhão de metros quadrados possa ser utilizado para estação de tratamento apenas 200.000m²”.

Em caso parecido, a jurisprudência do TJSC já se manifestou favorável ao deferimento de pedido de retrocessão quando parte da área desapropriada já sofreu obras públicas, *mutatis mutandis* já que no caso *sub iudice* nenhuma parte da área desapropriada foi utilizada, sendo, caso usada, apenas pequena parte do total, como anteriormente ressaltado:

“Retrocessão. Cessão, pelo órgão desapropriante, de parte do bem desapropriado à associação mantida por seus servidores. Desvio parcial de finalidade. Obrigação de indenizar irrecusável. Sentença, entretanto, denegatória do pleito. Reforma. Apelo acolhido.

“— A retrocessão, instituto de nítida feição real, permanece intacta enquanto não cumpridos à risca os motivos determinantes da desapropriação levada a cabo. Esse direito somente desaparecerá quando, no bem desapropriado, for efetivamente realizada obra útil à coletividade.

“— *Sendo parcial a utilização do bem na destinação pública que justificou a sua desapropriação, permanece intacto o direito do proprietário quanto à retrocessão em relação à parte do bem não utilizada, posto que essa não utilização estará a evidenciar a desnecessidade dela para a finalidade alegada.*

“— Em se tratando de desapropriação para fins de utilidade pública, a cessão de parte dele à associação recreativa mantida pelos servidores do próprio órgão expropriante constitui-se em desvio, ainda que parcial, de finalidade, uma vez que associações dessa natureza, lógico é, não servem à coletividade, senão a um grupo selecionado de pessoas. E, na impossibilidade de a parte sobre a qual incidiu o desvio de finalidade ser restituída ao desapropriado ou a seus sucessores, de todo admissível é a sua conversão em perdas e danos. Nessa hipótese, a indenização deverá ter como parâmetro a diferença entre o preço atualizado da desapropriação e o valor real e atual do imóvel, considerado o percentual não utilizado do bem e a porção ideal que, no mesmo, detinham cada um dos sucessores reclamantes” (grifei) (TJSC, Ap. Cív. n. 1998.012078-0, rel. Des. Trindade dos Santos, 4-5-1999).

Do corpo do mesmo acórdão retiramos os seguintes ensinamentos:

“Enfocando a questão, registra o abalizado Roberto Mattoso Câmara Filho:

‘Se só uma parte do bem foi empregada na destinação pública,

pode o proprietário exercer o direito à retrocessão em relação ao restante, desde que tal restante seja economicamente utilizável. É que a não-destinação da parte do bem evidencia a desnecessidade dela para o fim alegado. O decreto expropriatório e todo o procedimento nele baseado sofrem de vício parcial, relativo à desnecessidade pública desta parte' (A Desapropriação por Utilidade Pública, Ed. Lúmen Júris, p. 493)".

Registra-se que há, também, o fato de a desapropriação ter-se *efetivado* há mais de 23 (vinte e três) anos, em 7-8-1981 (fls. 38 a 41), e desde então não só o local foi ocupado por terceiros (agricultores e criadores de animais) como acabou instalando-se no local, há aproximadamente 21 (vinte e um) anos, um campo de futebol do chamado "Esporte Clube Zaire". Infere-se tais informações, não só pelas *fotos* já mencionadas anteriormente de maneira exaustiva, as quais demonstram a criação de animais, as plantações e o próprio campo de futebol com o respectivo bar e vestiário, mas também pelo *mandado de verificação* (fl. 211v.), o qual constatou a existência de "um campo de futebol com traves e várias placas de propagandas. 2 — uma construção de madeira que serve de bar e vestiários com inscrições Zaire Futebol Clube. 3 — criação de gado *vacum*, porcos e cavalo. 4 — nos fundos existe uma grande plantação de cana-de-açúcar, onde tem um barraco para estoque e com máquinas para limpeza de cana-de-açúcar [...]" e os *testemunhos* dados na audiência de instrução (fls. 265 a

274) que afirmam estar o campo de futebol, plantações e criações de animais no terreno que pertencia ao casal. Sr. Batuel Apolônio da Cunha, por exemplo, disse: "que atualmente o lugar onde havia plantações existe um campo de futebol, que a pessoa que ocupa o imóvel atualmente tem plantações de cana e cria porcos, galinhas, gado [...]" (fl. 265). Sr. Adilson Leonel Cameu afirmou no mesmo sentido: "que atualmente existe um canavial, um campo de futebol e criação de porcos no local, que as fotos acostadas são atuais e se referem ao imóvel de Elacidina que foi desapropriado, que não sabe o nome do morador do imóvel [...]" (fl. 266). Igualmente o Sr. José Carlos Bento falou: "que a maior parte das fotos acostadas se referem ao imóvel de Elacidina" (fl. 269). A própria ré acabou aduzindo no mesmo sentido por meio de seus informantes sobre a existência dos agricultores e suas criações e do campo de futebol, não sabendo a maneira como ocorreu tal instalação.

Pelas informações dos autos, tal clube de futebol Zaire está instalado há aproximadamente 21 (vinte e um) anos, como registrou a documentação juntada pela ré em correspondência dirigida ao Vice-Governador Eduardo Pinho Moreira, em 29-8-2003 (fl. 319), na qual pediu autorização para instalação de vestiários e alambrados. Registram-se algumas passagens de referida solicitação: "O Clube já tem sua sede neste terreno há 20 anos e a Casan nunca requereu. [...] Achamos que não há necessidade de entrar com processo de usucapião já que o clube

está há mais de 20 anos nesse terreno, o que queremos não é a doação do terreno, e sim a autorização para que seja construído os vestiários e alambrados” (fl. 319). Está mais do que evidente o ânimo de permanência do clube futebolístico naquele local.

Nesse quadro fático, no qual se conjuga (1) desvio de finalidade por ter sido a obra realizada em local diverso; (2) a área estar há aproximadamente 23 anos sem qualquer destinação pública (= abandonada pela ré observada a finalidade do ato expropriatório); (3) em ocorrendo suposta utilização do bem pela ré, precisaria apenas de, aproximadamente, 13% (treze por cento) da área desapropriada; (4) estar sobre as terras que um dia foi da representante do autor um campo de futebol, plantações e criações de terceiros que em nada primam pela coletividade; é imperioso e se faz medida de justiça o deferimento do pedido de retrocessão do bem.

A ré, almejando endossar a argumentação sobre o total controle sobre os que se encontram nas referidas terras (seja o campo de futebol, sejam os agricultores), afirma que estes seriam retirados ou se retirariam no momento da utilização das terras, conforme se vê abaixo.

Quanto ao campo de futebol do Clube Zaire assim falou na contestação: “A Requerida possui conhecimento que existe um local de planície onde a Comunidade do Rio Tavares adaptou-a para a prática de esportes futebolísticos, *todavia em nenhum mo-*

mento a requerida autorizou legalmente o uso definitivo do campo ou a construção de qualquer benfeitoria que viesse caracterizar a doação ou empréstimo daquela área, mesmo porque quando efetivamente for usado o local para as atividades a que se propõe à Requerida bastará passar maquinários sobre aquela área e transformar em canteiro de obras, não tendo qualquer responsabilidade a nível de direito de retenção ou de indenização” (grifei) (fls. 97 e 98). Reiterou, nos mesmos termos, em suas alegações finais: “*que o campo de futebol é apenas uma ocupação irregular, que não mantém vínculo jurídico e que a qualquer tempo a Requerida quando efetivamente necessitar da área poderá entrar no imóvel com uma retroescavadeira e derrubar toda e qualquer construção e ou edificação que tenha sobre a área*” (grifei) (fl. 293).

Visando a demonstrar o controle sobre os que lá se encontram com o intuito de plantar e criar animais, assim falou, ainda em sede de contestação: “A Requerida após análise e verificando que se tratava de cultivo semestral, renovável, bem como os animais criados eram apenas para consumo da família, poderia dar autorização, *pois que quando da necessidade do uso da área, seria somente possível um aviso para a retirada da plantação e dos animais e a terra estaria limpa, naquela condição também foi proibida a construção de benfeitorias úteis, evitando-se situações de indenizações e ou brigas judiciais, fato que foi aceito pelas partes envolvidas e até a presente data está sendo res-*

peitado” (grifei) (fl. 98). Nas alegações finais, a ré ratificou a questão posta anteriormente sobre os agricultores, seus plantios e criações: “por solicitação da família a empresa entendeu viável o empréstimo provisório até a sua efetiva ocupação, mesmo porque trata-se de cultivo temporário e que *em nada afetaria as atividades da empresa em caso de necessidade de ocupação da área para as finalidades previstas*” (grifei) (fl. 295).

Logo, tendo a ré pleno domínio sobre a situação dos que lá estão instalados no momento da necessidade de utilizar referidas terras para o fim que porventura viesse a dar, conforme fez questão de frisar, *concedo o prazo de 30 (trinta) dias*, contados do trânsito em julgado desta decisão, para que providencie a retirada dos que lá se encontram: toda e qualquer instalação do Zaire Futebol Clube; os que se utilizam das terras para moradia, plantação e criação de animais, sendo, também, estes retirados. Consectário lógico e legal da retrocessão das terras é a devolução pecuniária do que os expropriados receberam por elas (art. 1.150 do CC/16). Logo, *deverá o autor, ou os seus legítimos sucessores, devolver à ré o valor recebido pelas terras*: Cr\$ 3.438.555,00 (três milhões quatrocentos e trinta e oito mil quinhentos e cinquenta e cinco cruzeiros) devidamente atualizados monetariamente pelos índices da Corregedoria-Geral da Justiça (*vide* em página www.tj.sc.gov.br/corregedoria o seguinte histórico das atualizações monetárias usadas para corrigir cálculos de decisões judiciais: ORTN de abril/

81 a fevereiro/86, Lei n. 6.899/81 e Decreto n. 86.649/81; OTN de março/86 a janeiro/89, Decreto-Lei n. 2.284/86; BTN de fevereiro/89 a maio/89, Leis ns. 7.730/89 e 7.777/89; IGP-M de junho/89 a maio/94, Res. n. 12/94-GP, Circ. 36/94 e Circ. 52/94; URV em junho/94, Res. n. 12/94-GP; IPC-r de julho/94 a junho/95, Res. n. 12/94-GP e Circ. 32/95; INPC de julho/95 em diante, Provimento n. 13/95). Por não ter o autor condições de arcar com as custas processuais, tanto que se beneficiou com o deferimento da justiça gratuita (fl. 92), *defiro o prazo de 1 (um) ano*, a contar do trânsito em julgado desta decisão, para que o autor, ou seus legítimos sucessores, paguem à ré a dita importância.

Dessa maneira, pelos motivos supracitados, julgo procedente o pedido de retrocessão, observado o disposto no parágrafo *supra*.

2 — Dos lucros cessantes

O autor pleiteia os lucros cessantes pertinentes a todo “o período em que despojou a parte autora de sua legítima propriedade, ou seja, desde a data da publicação do Decreto n. 11.688, de 16-7-1980 [...]” (fl. 11). A ré ilidiu tal pretensão argumentando com a própria defesa do mérito, ou seja, que não cabe esse tipo de indenização porque as terras receberiam o destino previsto no decreto expropriatório. Após ouvida de testemunhas na audiência de instrução e julgamento, o autor concluiu que caberia indenização por lucros cessantes a ser arbitrada pelo Juízo a partir das informações colhidas naquele momento. As

testemunhas alegaram percepção do casal na faixa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 3.000,00 (três mil reais) por mês segundo informações de José Carlos Bento (fl. 268); ou, conforme José Domingos dos Santos (fl. 267) e Adilson Leonel Cameu (fl. 266), variando entre 15 (quinze) e 20 (vinte) salários mínimos; ainda, baseado no testemunho de Batuel Apolônio da Cunha (fl. 265), podendo oscilar entre R\$ 10.000 (dez mil reais) e R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). A ré reiterou, em sede de alegações finais, o não cabimento desse tipo de indenização.

O autor sucumbe nesse pedido pois não trouxe indícios persuasivos e muito menos provas contundentes ou robustas (sequer a produziu) que corroborassem no sentido de que os valores pretendidos a título de indenização por lucros cessantes fossem aqueles ou qualquer que seja.

Ora, para um decreto condenatório neste sentido é necessário mais do que meras conjecturas sobre eventual valor auferido naquela época, há mais de 23 (vinte e três) anos. Causa estranheza, ainda, considerar-se que ditas testemunhas referiram-se a valores tão longínquos temporalmente com tamanha precisão já convertida em real. Mesmo porque, aqueles que se referiram à quantidade de salários mínimos não especificaram o valor de quando (se os de hoje ou os da época atualizados) e os que se referiram aos valores em reais variaram entre R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) por mês.

Para que se configure a obrigação do pagamento de lucros cessantes, é necessária a prova efetiva de sua ocorrência por parte de quem os alega, no caso o autor, para então ser indenizado. Não foi o caso dos autos. Humberto Theodoro Júnior, em caso análogo, citou em obra de sua autoria julgado do TJMG: “Os lucros cessantes só podem ser indenizados mediante prova efetiva de sua ocorrência. A simples paralisação do veículo acidentado para reparos, sem prova de ter deixado de prestar serviço certo durante aquele período, não justifica a pretensão de lucros cessantes” (*apud* Humberto Theodoro Jr., Responsabilidade Civil — Doutr. e Jurispr., p. 154).

Conforme entendimento da Corte Catarinense, extraído do Acórdão de n. 1998.011547-7: “A concessão de lucros cessantes está na dependência da efetiva prova dos mesmos. E, não produzida prova, não se pode concedê-los” (JC 25/203 e 62/132). Ainda:

“Responsabilidade civil — Comprovação da conduta ilícita do réu e dos danos havidos — Dever de indenizar reconhecido *ex vi* do artigo 159 do Código Civil.

‘Na linguagem do direito brasileiro, reparar e restituir compreendem a recomposição natural e a recomposição pelo equivalente. O dever de indenizar supõe ter havido dano.

‘Sempre que há dano, isto é, desvantagem no corpo, na psique, na vida, na saúde, na honra, ao nome, no crédito, no bem-estar, ou no patrimônio, nasce o direito à indenização.

‘A fonte mais freqüente dos dedores reparar é a falta cometida pelo autor do dano, entendendo-se por falta a culpa pela prática do ato ou da omissão, quer se trate de ato ilícito absoluto, quer de infração de obrigação contratual (ato ilícito relativo)’ (Pontes de Miranda).

“*Lucros cessantes — Ausência de prova*

“*Os lucros cessantes, para que possam ser indenizados, devem estar demonstrados através de provas sólidas, de modo que não se admite indenização por lucros imaginários.*

“*Ipso facto, se o autor da ação se restringiu a postular a indenização pelos lucros cessantes, sem trazer aos autos prova de que iria auferir lucros caso o réu não houvesse praticado a conduta danosa, não se há falar em reparação*” (grifei) (TJSC, Ap. Cív. n. 1998.015951-2, de Tangará, rel. Des. Éder Graf, Terceira Câmara Civil, j. 4-4-2000).

Na mesma senda:

“Direito civil. Rescisão de contrato de promessa de compra e venda. Culpa da construtora. Descumprimento do prazo para entrega do imóvel. Inaplicação da pena convencional em razão da interpretação da cláusula que a estabeleceu. Incidência do enunciado 5 da Súm./STJ. *Indenização dos danos emergentes e lucros cessantes. Necessidade da demonstração de sua efetiva ocorrência.* Recurso desacolhido.

“I — Mesmo afirmada a culpa da construtora, que não entregou o

imovel no prazo convencionado, e deferida a resolução do contrato, com o retorno das partes ao *status quo ante*, não há superfície no recurso especial, por expressa vedação sumular (verbete 5), para apreciação da interpretação dada nas instâncias ordinárias à cláusula que estipulou a pena convencional, calcada na assertiva de que não seria a penalidade aplicável em face da inocorrência do pressuposto contratual nela inscrito.

“II — *A indenização dos danos emergentes e dos lucros cessantes não prescinde da sua particularização desde a inicial, assim como da prova cabal da sua existência*, de sorte que, restando definida a sua ocorrência, reste apenas o seu *quantum* por liquidar” (grifei) (STJ, REsp n. 72.998, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 8-6-1998).

Considerando o tipo de provas produzidas visando à condenação em lucros cessante, bem como sua fragilidade para conseguir tal desiderato, penso não terem ficado provados nos autos os prejuízos devidos a título de lucro cessante.

3 — Dos danos morais

Pretende o autor receber indenização por danos morais. A ré, como no pedido anterior, refutou-o pelos mesmos argumentos com os quais contesta o mérito da causa.

Esse pedido, da mesma sorte que o anterior, é de ser desacolhido.

Primeiramente, porque nosso ordenamento jurídico *veda* que al-

guém pleiteie direito alheio em nome próprio. Ou seja: o autor (espólio) não pode pleitear pretensão direito à indenização por dano moral da Sra. Elacidina de Aguiar Cardoso em seu nome (art. 6º do CPC). Esta senhora desejando ver-se ressarcida de eventual dano moral deverá pessoalmente figurar no pólo ativo da competente demanda.

Segundo, porque não cabe o pedido feito pelo espólio de indenização por danos morais sofrido pelo falecido Sr. Amélio Cardoso, em nome do falecido. É que o pedido de dano moral possui caráter eminentemente pessoal e não se transmite aos herdeiros. Caso o Sr. Amélio Cardoso tivesse intentado referida ação enquanto vivo (exteriorizando assim seu abalo psíquico), obviamente o espólio o substituiria no caso de seu falecimento durante o processo, vindo este a receber a indenização no caso de seu deferimento. Contudo, o Sr. Amélio Cardoso não o fez enquanto vivo, vindo, dessa forma, a presumir não se ter sentido moralmente afetado, afligido, com qualquer atitude da ré. Logo, não pode agora o autor (espólio) pleitear indenização por suposto dano moral daquele senhor, uma vez que este não se incomodou. Já foi decidido nestes termos por nosso Tribunal de Justiça:

“Apelação cível — Ação de indenização por danos morais e patrimoniais — Substituição processual — Processo extinto com fulcro no art. 267, inc. IX, do CPC — Transmissibilidade da ação ao espólio — Recurso provido.

‘Embora sendo *subjetivo o direito à indenização por dano moral e inerte à pessoa do ofendido, tendo este acionado seu direito com o ajuizamento da ação e vindo a falecer no curso da demanda, a substituição processual se impõe*, nos termos do art. 43 do Código de Processo Civil, *pois sendo a natureza da ação patrimonial, transmite-se aos herdeiros*’ (Agravamento n. 70002704377, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, rel. Des. Sérgio Pilla da Silva, julgado em 9-8-01)” (grifei) (TJSC. Ap. Cív. n. 2000.018729-1, rel. Des. José Volpato, 29-10-2002).

Do corpo do mesmo acórdão retira-se o seguinte ensinamento:

“Ressalte-se, por fim, que a legitimidade do espólio refere-se tão somente à substituição processual, nos termos do art. 43 do Código de Processo Civil, mas não à iniciativa de propositura da ação para pleitear eventual direito moral e patrimonial do *de cujus*, na hipótese de este, durante a vida, ter-se quedado inerte”.

Assim, não é legítima a parte autora para pleitear a indenização por dano moral da Sra. Elacidina de Aguiar Cardoso, bem como não é legítima para pedir a indenização em nome de quem já falecera e nunca se manifestou no sentido de qualquer desgosto moral.

4 — Da indenização pela destruição de árvores

Pediu o autor nas fls. 11 e 12 que a ré indenizasse a destruição de centenas de árvores frutíferas. Para a

verificação de tal fato, solicitou a realização de perícia. O réu contestou baseado em sua defesa de mérito, ou seja, necessidade da desapropriação e sua utilidade pública.

Indefiro este pedido de indenização porque não ficou demonstrada nos autos a destruição de nenhuma centena de árvores que seja. Não é porque na fl. 237 aparece o corte de uma árvore que signifique o desmatamento da área.

Registro que o autor no momento da audiência de instrução e julgamento afirmou não querer produzir mais provas, estando satisfeito com as provas já trazidas aos autos.

5 — Do ressarcimento pelo empobrecimento do solo

Pedi a condenação da ré “pelo empobrecimento e exploração predatória do solo com as lavouras ali existentes, durante mais de duas décadas, danos à terra que merecem ser apontados, juntamente com a destruição do pomar” (fl. 14). A ré contestou baseado em sua defesa de mérito, ou seja, necessidade da desapropriação e sua utilidade pública.

Da mesma maneira este pedido é indeferido pela ausência de provas no sentido da análise do empobrecimento das terras. Ressalto, novamente, que na audiência de instrução e julgamento o autor afirmou não desejar a produção de mais provas.

6 — Da litigância de má-fé

Ao impugnar a contestação, o autor entendeu que a ré estava não

só deduzindo argumentação em sua defesa contra fato incontroverso (art. 17, I, do CPC), como também alterando a verdade dos fatos (art. 17, II, do CPC). Pediu, por isso, a condenação por litigância de má-fé. A ré nada falou sobre tal pretensão.

Primeiramente, cumpre analisar em que momento ocorreriam as condutas apontadas acima. Sobre deduzir defesa contra “fato incontroverso”, a respeitável doutrina de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery configuram-no como sendo: “impossibilidade de seu desconhecimento pela parte que deduz suas alegações no processo” (*in* Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 371). Acerca de “alterar a verdade dos fatos”, os mesmos doutrinadores ensinam que: “Consiste em afirmar fato inexistente, negar fato existente ou dar versão mentirosa para fato verdadeiro. A Lei n. 6.771/80 retirou o elemento subjetivo ‘intencionalmente’ desta norma, de sorte que não mais se exige a intenção, o dolo de alterar a verdade dos fatos para caracterizar a litigância de má-fé. Basta a culpa ou o erro inescusável” (mesma obra supratranscrita, p. 372).

Corretamente o autor suscitou a litigância de má-fé por parte da ré. Como se pode observar no documento de fl. 181 (reportagem jornalística), o qual foi por várias vezes citado nesta decisão, ficou explícita a não utilização de referidas terras para o fim apontado, e único possível, pelo De-

creto Estadual n. 11.588/80. Considerando que referida reportagem é datada de 23-4-2002 (fl. 181) e a contestação é de 9-5-2002 (fl. 95v.), a qual renite, juntamente com as informações prestadas em audiência de instrução e julgamento (fls. 270 a 274), que o terreno seria utilizado para o fim de construir um sistema de esgoto sanitário, penso ser tranqüilamente aferível a tentativa de alterar a verdade dos fatos como eles realmente são, bem como a dedução de defesa contra fato incontroverso.

Ora, como poderia, numa diferença de 16 (dezesseis) dias, a ré oferecer as terras para o Governo do Estado, manifestando na mesma ocasião a falta de destinação para referida área, sendo o caso de desfazer-se dela, e depois, além de não mais oferecer a área para o governo estadual e não se ter nenhuma destinação, garantir que o sistema de estação sanitária seria implantado naquela localidade? Isso considerando o tempo transcorrido entre a reportagem (23-4-2002) e a protocolização da contestação (9-5-2002) que foi de 16 (dezesseis) dias. Caso considere o momento em que dita reportagem foi feita e a data em que o sr. oficial de justiça procedeu à citação da ré (26-4-2002 – fl. 94) o tempo é de 3 (três) dias de diferença!

Está presente não só a *alteração da verdade dos fatos* (art. 17, II, CPC), fatos estes exteriorizados pelo próprio presidente da ré dias antes de sua citação e contestação, como também a *dedução de defesa contra fato*

incontroverso (art. 17, I, CPC), já que não teria como o restante da empresa ré não saber sobre as palavras de seu próprio presidente (visto que até estas saírem na mídia muito se comenta e se estuda sobre tal consideração nos corredores da ré), cabendo, por sua vez, a condenação por litigância de má-fé no valor de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, de acordo com art. 18 do CPC.

7 — Das antecipações de tutela

O autor fez dois pedidos liminares durante o transcorrer da ação, almejando: (1) que a ré não renovasse “qualquer contrato de comodato ou arrendamento, ou, ainda, de qualquer outra forma de alienação da propriedade ou de direitos relativos à área que diz respeito aos imóveis expropriados” (fl. 179); (2) que seja “o valor indenizatório, no todo ou em parte, pago desde já, em forma de pensão mensal, em valor a ser arbitrado pelo prudente arbítrio desse MM. Juízo [...]” (fl. 285).

Quanto ao primeiro pedido, de firo-o. Registra-se que, se para haver o deferimento de liminar no início da ação judicial, procede-se a uma análise perfunctória (= superficial, sumária) das informações postas naquele momento inicial, aqui, neste momento processual, inegavelmente, apesar da análise acerca da presença dos requisitos da verossimilhança do direito alegado e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, será estudada e concedida com uma análise mais acurada (= profunda, exaurien-

te) por já ter ocorrido toda a fase de instrução processual e ampla defesa possível. Dessa forma, penso estarem presentes os pressupostos autorizados da liminar, ou seja: a verossimilhança do direito alegado, já que com o deferimento nesta sentença do pedido de retrocessão é certo, até o momento, que as terras voltarão para a propriedade do autor; perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, consubstanciado no prejuízo advindo para o autor da contratação pela ré (a que título for) de terras que não mais lhe pertencem com terceiros, estes, a princípio, de boa-fé. O dano será também de grande tumulto ao andamento célere desta entrega jurisdicional.

Já o segundo pedido liminar é indeferido em decorrência de o pedido deferido ter sido o principal (retrocessão das terras) e não o sucessivo de indenização por perdas e danos (pecuniária).

Ante o exposto, julgo *parcialmente procedente* esta ação de retrocessão com pedido de indenização por perdas, danos materiais, morais e lucros cessantes, cumulado e alternativo, com pedido de tutela antecipada, para, em consequência, *retroceder* ao autor as suas terras desapropriadas pela ré (Decreto n. 11.588/80), ou seja, “todo o imóvel desapropriado (182.408,00m² — Matrículas ns. 5.360 e 5.359, do 2º CRI de Florianópolis) devolvido e escriturado às expensas da parte Ré em favor do Espólio de Amélio Cardoso, ora Autor” (fl. 11). *Determino* ao autor que cumpra o disposto ao final do tópico “I - Da Retro-

cessão” desta sentença, ou seja: pagamento à ré, dentro do prazo de um ano do trânsito desta decisão, do montante recebido (fl. 64) devidamente atualizado. *Concedo* o prazo de 30 (trinta) dias, depois do trânsito em julgado desta sentença, para que a ré retire dos terrenos, ora retrocedidos, todos que lá se encontram (agricultores e suas criações), bem como o Clube Zaire de Futebol, *sob pena de multa diária* de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais). O autor poderá, também, buscar seu direito de reaver o bem, independentemente da ação da ré.

Indefiro, pelos motivos acima expostos, os pedidos de: lucros cessantes, danos morais, indenização pela destruição de árvores, ressarcimento pelo empobrecimento do solo.

Condeno a ré ao pagamento de 1% (um por cento) sobre o valor da causa corrigida (INPC e 0,5% juros ao mês) a título de litigância de má-fé, conforme fundamento anterior.

Defiro o pedido de antecipação de tutela para determinar à ré que se abstenha de “renovar qualquer contrato de comodato ou arrendamento, ou, ainda, de qualquer outra forma de alienação da propriedade ou de direitos relativos à área que diz respeito aos imóveis expropriados” (fl. 179) que abarcam os constantes nas matrículas ns. 5.359 e 5.360 (fls. 67 e 68 respectivamente). Por sua vez, *indefiro* o segundo pedido de tutela antecipada, a qual visava ao pagamento parcelado de pretensa indenização a ser recebida pelos motivos já exteriorizados.

Em decorrência da sucumbência recíproca, *condeno* a ré ao pagamento de metade das custas processuais, estando o autor isento do pagamento de sua metade pelo deferimento da justiça gratuita (fl. 92). *Condeno*, ainda, a ré ao pagamento dos honorários advocatícios arbitrados em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). *Condeno* o autor ao pagamento dos honorários advocatícios arbitrados, também, em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), sendo, contudo, suspensa a exigibilidade deste crédito até que a ré demonstre (= prove) a possibilidade de pagamento por parte do autor

(ou os sucessores legítimos), observado o prazo prescricional inserido no art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Remeta-se cópia desta decisão aos Autos de Inventário n. 023.02.008325-7, localizado no Regime de Exceção Sucessões e Registro Público da Capital, endereço constante à fl. 322.

P. R. I.

Florianópolis, 21 de setembro de 2004.

Clóvis Marcelino dos Santos,
Juiz substituto e. e.

JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE ASCURRA
PROCESSO N. 104.05.000124-0

JUÍZA DE DIREITO: CÂNDIDA INÊS ZOELLNER

Requerentes: P. L. e V. F. M. L.

Vistos, etc.

I — Trata-se de pedido de alteração de regime de bens, aforado por P. L. e V. F. M. L., objetivando chancela judicial para modificar o regime da comunhão parcial de bens, optado por ocasião das núpcias, para o regime da separação total.

Aduzem que contraíram casamento no dia 24 de dezembro de 1998, consoante certidão que juntam, optando pelo regime da comunhão parcial de bens; que naquela época o requerente já era sócio cotista de duas

empresas e proprietário de um imóvel; que na constância da sociedade conjugal não amealharam nenhum patrimônio.

Asseveram que “a empresa tem tido dificuldades em realizar suas transações comerciais, principalmente as bancárias, pois exigem a assinatura da requerente”, fazendo-se necessária a modificação do regime de bens para evitar a inviabilização de operações financeiras e não prejudicar a saúde financeira das empresas.

Juntam procuração e documentos às fls. 5 a 40. Recolhem custas à fl. 41.

É o relato.

Decido

II — Os requerentes fundam o seu pedido no artigo 1.639, § 2º, do Código Civil, que assim dispõe:

“Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

[...]

“§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

Consoante se infere da certidão de casamento constante à fl. 6, os requerentes contraíram casamento em 24-12-1998, na vigência, portanto, do Código Civil de 1916.

Em que pesem os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em contrário, entendo que a alteração do regime de bens somente é juridicamente possível para os casamentos realizados a partir da entrada em vigor da Lei n. 10.406, de 11-1-2002, atual Código Civil brasileiro.

O regime de bens entre os cônjuges, no escólio de Sílvio de Salvo Venosa, “compreende uma das consequências jurídicas do casamento” e

*“é o estatuto que regula as relações patrimoniais entre os cônjuges, e entre estes e terceiros”*¹.

Daí, possível afirmar que a escolha e a adoção do regime de bens constitui-se em um ato jurídico, que se torna perfeito com a celebração do casamento.

Logo, ao se tratar da modificação do regime de bens, não se pode ignorar o que dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXVI:

“Art. 5º [...]

[...]

“XXXVI — a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Tampouco ao que dispõe o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil:

“Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

“§ 1º *Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*”.

Em comentários ao dispositivo legal em referência, leciona Maria Helena Diniz:

“A nova lei só deverá incidir sobre os fatos que ocorrerem durante a sua vigência, pois não haverá como

1 *Direito Civil. Direito de Família*, vol. 6, São Paulo: Atlas, 2003, p. 169.

compreender que possa atingir efeitos já produzidos por relações jurídicas resultantes de fatos anteriores à sua entrada em vigor.

“Apesar de ter eficácia imediata, a nova lei só poderá alcançar situações futuras, não podendo abarcar as que se consolidaram em épocas pretéritas”².

Dessa forma, diante do princípio da irretroatividade das leis, a questão relativa ao regime de bens, no caso vertente, deve observar as normas constantes do Código Civil de 1916, que vedava a mutabilidade do regime, assim dispondo:

“Art. 230 O regime dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento e é *irrevogável*”.

Além disso, estabelece o Código Civil vigente em suas Disposições Finais e Transitórias:

“Art. 2.039 O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”.

Como bem ressalta Leônidas Filippone Farrula Junior, “de fato, a redação deste dispositivo deixa muito a desejar, pois, a partir de sua literalidade, não é de todo insensato interpretar-se que somente os regramentos de cada regime permanecerão re-

gulando os casamentos já celebrados quando da entrada em vigor do novo Código e que os demais o serão por este, incluindo-se aí o Princípio da Mutabilidade. Todavia, quando a nova lei menciona ‘é o por ele estabelecido’, se está referindo a todo o ordenamento atinente aos regimes de bens, abrangendo também as normas correlatas, como, por exemplo, a disposta no artigo 230, onde é previsto o Princípio de Imutabilidade”³.

Diante da *interpretação sistemática* de todos os dispositivos legais citados, conclui-se que, efetivamente, o pedido formulado pelos requerentes não encontra respaldo legal, sendo, por isso, juridicamente impossível.

III — Isso posto, julgo extinto o processo, sem apreciação, por serem os requerentes carecedores do direito de ação, em face da impossibilidade jurídica do pedido formulado, o que faço com fundamento no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Custas pelos requerentes.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Cumpridas as formalidades legais, archive-se.

Ascurra, 14 de abril de 2005.

*Candida Inês Zoellner,
Juíza de Direito.*

² *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 180.

³ *O Novo Código Civil. Do Direito de Família*. Coordenadora Geral: Heloisa Maria Daltro Leite. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 316.

AUTOS: N. 075.05.001650-9**Classe: Ação com Valor Inferior a 40 Salários Mínimos****Autor: Lédio Rosa de Andrade****Ré: Universidade do Sul de Santa Catarina — Unisul***Vistos etc.*

Cuida-se de ação com valor inferior a 40 salários mínimos, na qual Lédio Rosa de Andrade refere que, durante a graduação no curso de Psicologia ministrado pela Universidade do Sul de Santa Catarina — Unisul, teria-se matriculado regularmente nos 2 (dois) níveis da disciplina de *estágio curricular supervisionado*, sendo que, muito embora fossem ministradas aulas no equivalente a apenas 12 (doze) créditos, a Universidade teria exigido o adimplemento do valor relativo a 120 (cento e vinte) créditos, razão pela qual, invocando a proteção conferida pela Lei n. 8.078/90, com a inversão do ônus da prova, e atendendo à disposição contida no § 3º do art. 3º da Lei n. 9.099/95, pugna pela condenação da *ré* ao pagamento do valor de R\$ 10.400,00 (dez mil e quatrocentos reais), monetariamente corrigido, acrescido de juros de mora, relativo à repetição, em dobro, do valor excessivamente despendido para as aludidas disciplinas (fls. 2 a 7).

Na *contestação*, em preliminar, a Unisul arguiu a decadência do direito do *autor*, asseverando, para tanto, que Lédio teria colado grau ainda em 2000, ao passo que a ação teria sido proposta em fevereiro de 2005, estan-

do a pretensão material fulminada pela disposição contida no art. 26 da Lei n. 8.078/90.

No mérito, espancou integralmente a pretensão deduzida pelo *autor*, afiançando que os valores cobrados pelas disciplinas de estágio curricular supervisionado “*foram referentes a serviços efetivamente prestados, com custos e implicações previamente definidas*” (fl. 21), argumentando, de outro vértice, que a restituição, em dobro, dos valores almejados por Lédio Rosa de Andrade, estaria destituída de substrato embasador.

De outra banda, invocando o preceito contido no Enunciado n. 188 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, sobressaiu que eventuais juros de mora devem incidir apenas após transitada em julgado a decisão definitiva, e no limite de 0,5% (meio por cento) ao mês, conclamando, ao final, pela concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (fls. 19 a 27).

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 foi o relatório em apertada síntese (art. 38 da mesma lei).

Importante destacar que possível e mesmo recomendável o julgamento da lide no estado em que se encontra, visto que, nos termos do art. 330, inciso I, da *Lex Instrumentalis*, que pode ocorrer quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produção de prova em audiência.

Acerca do assunto, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam que “o dispositivo sob análise autoriza o juiz a julgar o mérito de forma antecipada, quando a matéria for unicamente de direito, ou seja, quando não houver necessidade de fazer-se prova em audiência. Mesmo quando a matéria objeto da causa for de fato, o julgamento antecipado é permitido se o fato for daqueles que não precisam ser provados em audiência, como, por exemplo, os notórios, os incontrovertidos etc. (CPC 334)” (Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 607).

O aludido art. 330 do Código de Processo Civil determina expressamente que “o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I — quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência [...]”.

A natureza jurídica da demanda, bem como seu respectivo embasamento fático evidenciam a absoluta desnecessidade de dilação da instrução do feito.

Amolda-se ao caso precioso ensinamento de Marcelo Colombelli Mezzomo, para quem, “fruto do aumento logarítmico da complexidade da vida moderna é a especialização cada vez mais exasperada, que traz como consequência a perda da visão do todo. Registramos, por esta razão, um fenômeno cada vez mais visível em nossos dias, que se consubstancia na desvalorização da base principiológica em detrimento da especialidade. O fato é que os juristas, de um modo geral, perderam de vista a perspectiva histórico-evolutiva dos institutos, em especial no mutante direito processual, o que representa uma concreta dificuldade à correta interpretação e compreensão dos institutos. Com a perda dessa perspectiva histórica, com o desleixo em relação à cultura jurídica clássica e de base que hoje verificamos na cátedra, deixamos de nos valer de fundamental instrumento de produção de uma ordem jurídica justa. Cremos nós que a análise de qualquer instituto de direito processual perpassa pelo resgate dessa dimensão histórica, hoje considerada reles ‘perfumaria jurídica’. Tantos quantos se enveredem pelos tortuosos caminhos do processo prescindindo de tal suporte, por certo encontrarão, ao fim e ao cabo de sua jornada, um resultado parcial e equívoco” (Mezzomo, Marcelo Colombelli. Jurisdição, ação e processo à luz da processualística moderna: para onde caminha o processo? *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 64, abril de 2003. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3902>>).

Por sua vez, Carlos Antônio de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco prelecionam que a jurisdição “é uma das funções do Estado, mediante a qual se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar atuação da vontade do direito objetivo que rege a lide que lhe é apresentada em concreto para ser solucionada; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressado autoritativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizado no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)” (Cintra, Carlos Antonio de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Candido Rangel. Teoria geral do processo. 6ª ed., São Paulo: RT, p. 83).

Pelo exercício da jurisdição, o Estado substitui, por meio do processo, os próprios titulares dos interesses conflitantes, agindo imparcialmente, determinando imperativamente a norma jurídica por uma sentença de mérito, que se torna factível pela execução forçada.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, de forma brilhante, ensinam que “a função jurisdicional só se independentizou das demais no século XVIII com a prevalência da Teoria de Montesquieu consistente já agora na clássica separação do poder. [...] Ao lado da função de legislar e administrar, o Estado exerce a função jurisdicional. Coincidindo com o próprio evoluir da organização estatal, foi ele absorvendo o papel de dirimir as

controvérsias que surgiam quando da aplicação das leis. [...] À função jurisdicional cabe este importante papel de fazer valer o ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez em que o seu cumprimento não se dê sem resistência. Ao próprio particular (ou até mesmo às pessoas jurídicas de direito público), o Estado subtraiu a faculdade de exercício de seus direitos pelas próprias mãos. O lesado tem de comparecer diante do Poder Judiciário, o qual, tomando conhecimento da controvérsia, se substitui à própria vontade das partes que foram impotentes para se comporem. O Estado, através de um de seus Poderes dita, assim de forma substitutiva à vontade das próprias partes, qual o direito que estas têm de cumprir” (Bastos, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 1 e 11 a 13).

De tal ensinamento, depreende-se que a função precípua de aplicação do direito e da justiça escapa das mãos dos particulares para repousar nas do Estado, via Judiciário.

Magnânimo raciocínio é expresso por José Roberto Santos Bedaque, para quem “tanto quanto as partes, tem o juiz interesse em que a atividade por ele desenvolvida atinja determinados objetivos, consistentes nos escopos da jurisdição” (Bedaque, José Roberto dos Santos. Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: RT, 1999).

O art. 130 do Código de Processo Civil, consentâneo aos hodiernos princípios instrumentais, preceitua

que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Já o art. 5º da Lei n. 9.099 refere que “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”. Não diverge o art. 6º da aludida legislação, segundo o qual “o Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”.

Sobre a matéria, colhe-se da jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina que “em matéria de prova o poder inquisitivo do juiz é maior do que em qualquer outra atividade processual. Sendo o destinatário da prova, não é mero espectador da luta de partes, podendo, por isso mesmo, deferir ou indeferir as diligências que, a seu juízo, são inúteis ou protelatórias. Conquanto o ônus da prova caiba às partes (art. 333) é o juiz que formula um juízo de conveniência, selecionando, dentre as requeridas, as necessárias à instrução do processo” (AI n. 1996.005699-8, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu), e, ainda, “o caráter eminentemente instrumental das regras e princípios de processo civil impõe o julgamento antecipado da lide, sempre que o elenco probatório constante nos autos seja suficiente para a formação segura do convencimento do Magistrado. O di-

reito à prova não é absoluto. Encontra limites na satisfação dos fins para os quais foi assegurado, isto é, na descoberta da verdade que conduz ao correto equacionamento do conflito de interesses deduzido em juízo” (Ap. Cív. n. 1997.005556-0 de Fraiburgo, rel. Des. Silveira Lenzi), mais, “se o Juiz, em face da pouca plausibilidade jurídica dos temas desenvolvidos na inicial, entende desnecessária a produção de provas outras afora as já existentes nos autos, pode e deve proferir julgamento antecipado, atendendo, assim, ao princípio da economia processual e tornando mais célere o procedimento” (Ap. Cív. n. 1996.008312-0, de Joinville, rel. Des. Eder Graf).

Desse modo, passo, de imediato, à decisão.

Em detida análise dos autos, constato que a preliminar de decadência do direito de Lédio Rosa de Andrade lastreia-se em prefalada inobservância da disposição contida no art. 26 do Código de Defesa do Consumidor.

Tal dispositivo legal disciplina que “o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I — 30 (trinta) dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis; II — 90 (noventa) dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis”.

Tecendo comentários sobre a matéria, Cláudia Lima Marques defende que no “[...] CDC, só é juridicamente relevante o que tiver por finalidade (direta ou indireta) o consumo ou o

atendimento de interesses e utilidades do consumidor. Este microsistema, pois, tem caráter eminentemente negocial. Os atos negociais nunca são neutros ou não-vinculativos, ao contrário, criam sempre deveres, de maior ou menor intensidade e, é justamente, esta intensidade que é regulada no CDC, nos deveres impostos aos fornecedores de serviço, contratual ou extracontratualmente. Em resumo, para aparecer no plano da existência como relação de consumo, o fornecimento de serviço já é vinculativo, já é negocial, já cria obrigações, vínculos e liames, maiores ou menores. Eis porque considero que a maior contribuição do CDC ao Direito Civil foi justamente esta, de tornar vinculativos atos e fatos de consumo que antes eram considerados juridicamente irrelevantes (logo, antes ‘fotografados’ no plano da existência, como ‘não-jurídicos’, não juridicamente relevantes)” (Marques, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor — a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 18, 2000, p. 35).

Prossegue a renomada doutrinadora, destacando que “o CDC inovava o sistema brasileiro ao introduzir uma noção de vício do serviço em seu art. 20, garantia legal imperativa (arts. 1º, 24 e 25 do CDC). Não que no sistema do direito civil tradicional não existisse remédio jurídico para a falha na execução do serviço contratado; simplesmente, o caso era considera-

do como inadimplemento contratual e não como vício redibitório. Os prazos de prescrição e decadência estendem-se a favor do consumidor, agente normalmente passivo e sem conhecimento de seus direitos (arts. 26 e 27 do CDC)” (*Ibidem*).

Não obstante, a conduta negocial adotada pela Universidade do Sul de Santa Catarina — Unisul, qual seja, de exigir inadequado e injustificado dispêndio monetário mensal por parte dos consumidores de seu serviço, não reclama, a meu sentir, a aplicação das normas de prescrição e decadência trazidas pela Lei n. 8.078/90.

Filio-me ao entendimento manifestado recentemente pelo TJSC, no julgamento da Apelação Cível n. 2002.007205-8, de Biguaçu, no qual foi *Presidente e Relator* o ilustre Des. Volnei Carlin, qual seja, que “a legislação consumerista, norteadas pelos princípios da confiança, transparência, boa-fé e equilíbrio contratual, destaca-se por seus aspectos inovadores, e representa as irradiações da previsão do legislador constituinte, que elevou a proteção do consumidor ao *status* de direito fundamental, no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil, e tratou-a, ainda, como princípio geral da ordem econômica, no artigo 170, inciso V, inibindo os reflexos negativos das relações padronizadas e massificadas que marcam os dias atuais e atenuando a desvantagem do consumidor perante o fornecedor de serviços e produtos”.

A exemplo da situação versada nos presentes autos, também na relação jurídica submetida à análise do colendo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a instituição ré argüiu, em preliminar, a decadência, invocando a disposição contida no art. 26, inc. II, da Lei n. 8.078/90. Todavia, os eminentes julgadores decidiram que “a presente demanda não deve ser solucionada pelos ditames reguladores do vício do serviço, já que prática abusiva ocorreu em razão de cobrança indevida. E, não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura de ação de repetição de indébito no estatuto consumerista, é de se aplicar, subsidiariamente, o prazo determinado pelo Código Civil de 1916, qual seja, a prescrição vintenária para as ações pessoais, prevista no artigo 177, *caput*. Ressalte-se, ainda, que tendo sido o Código de Defesa do Consumidor elaborado com o intuito de proteger o consumidor, que até então não era devidamente protegido pela legislação existente, despropositado interpretá-lo para prejudicar o destinatário final do serviço, ou então, as suas premissas restariam gravemente atingidas. Sendo assim, mesmo que já afastada a aplicação do prazo decadencial do vício do produto por inadequação ao presente caso, saliente-se que quando o dispositivo da lei consumerista mostrar-se mais gravoso do que o preceito do Código Civil, este, sempre que possível, deverá incidir, eis que aplicável a norma mais benéfica aos consumidores”.

Invocando o escólio de Cláudia Lima Marques, os Desembargadores

esclareceram que “nestes mais de dez anos de prática do CDC, discute-se se esta lei protetiva pode ser usada ‘contra’ os interesses do consumidor, assim, por exemplo, aplicando o juiz o prazo mais exíguo de prescrição ou decadência, se é maior o da lei geral ou direito civil comum. Relembre-se aqui que o art. 7º, do próprio CDC, considera este código um conjunto aberto de normas, incluindo aquelas outras normas ‘que assegurem direitos aos consumidores’, presentes em leis especiais, gerais ou em tratados ratificados pelo Brasil, como incluídas no CDC. O espírito da lei seria tutelar, aplicando o magistrado a norma mais favorável ao consumidor (*favor debilis*), no caso concreto, por expressa autorização da lei especial tutelar, o CDC. Assim ensina o Min. Ari Pargendler: ‘[...] não se pode esquecer, que essa legislação (o CDC) veio em benefício do consumidor e deve, sempre que possível, ser interpretada de forma a beneficiar-lhe. Não me parece lógico, nem jurídico, que casos como o dos autos, que envolvem a integridade física e moral da pessoa, possam, sem norma expressa nesse sentido, revogar o Código Civil, muito mais elástico em relação aos prazos do que a nova legislação [...] violação ao artigo 177 do Código Civil’ (Contratos no Código de Defesa do Consumidor — o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 748 e 749)”. E a autora, ainda, afirma: “Interessante observar que o antes mencionado ‘diálogo das fontes’ (Jayme) deve também existir entre o

CDC e o Código Civil de 1916, por exemplo, ou em matéria de prescrição e decadência, uma vez que o Código Civil Brasileiro (o de 1916 e o novo Código Civil aprovado em 2002) deve servir de base subsidiária *para a aplicação do CDC e pode conter 'direitos' do consumidor incluídos no CDC expressamente pelo art. 7º desta Lei n. 8.078/90*. Observa-se na prática que a jurisprudência estadual tem utilizado as normas do Código Civil, somente se mais positivas para o consumidor, em interpretação conforme da Constituição e dos arts. 7º e 47 do próprio CDC [...] Neste sentido, cabe destacar a linha jurisprudencial que valoriza o vocábulo 'direitos' do art. 7º do CDC e só aplica o próprio sistema de 'direitos' do CDC (no caso, equiparação da vítima do art. 17 e prescrição do art. 26 do CDC), se for mais favorável ao consumidor" (Marques, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 540 e 541).

Destarte, concluiu o colendo Tribunal que "[...] seja por não se tratar de reclamação por vício de serviço, seja por não haver previsão de prazo prescricional no Código de Defesa do Consumidor para a repetição de indébito, deve-se aplicar a prescrição vintenária disposta no artigo 177, *caput*, do Código Civil de 1916, legislação que deve ser aplicada subsidiariamente, mormente por se tratar, *in casu*, da norma mais benéfica" (Ap. Cív. n. 2002.007205-8, de Biguaçu, rel. Des. Volnei Carlin. Apelantes e apelados: Fundação Universidade do Vale do Itajaí e Ivo Silveira Neto e outros. Julgada em 4 de setembro de 2003).

In casu, mesmo considerando que a relação entre *autore* e *ré* adquiriu contornos obrigacionais ainda na vigência do Código Civil anterior, sujeitando-se às suas regras, a disposição inserida no art. 2.028 da Lei n. 10.406/2002 não obstaculiza o processamento da pretensão de Lédio Rosa de Andrade.

Ultrapassada a preliminar, passo, de pronto, à análise da *quaestio de meritis*.

A Universidade do Sul de Santa Catarina — Unisul, assevera que os valores cobrados pelas disciplinas de estágio curricular supervisionado "foram referentes a serviços efetivamente prestados, com custos e implicações previamente definidas" (fl. 21).

Num primeiro momento, entendendo pertinente novamente invocar a magnífica lição contida no já referido aresto de julgamento do recurso da Apelação Cível n. 2002.007205-8, destacando que a demandada, a exemplo daquela relação jurídica "[...] com base no princípio constitucional da autonomia universitária, previsto no artigo 207, da Carta Magna, possui liberdade para organizar o quadro de aulas, determinar o cumprimento de horários e realizar as atividades que entender adequadas para o melhor aproveitamento acadêmico. Advirta-se que não se afasta a aplicação da invocada norma; no entanto, há outro princípio constitucional que deve igualmente incidir na relação jurídica que ora se apresenta, qual seja, a proteção do consumidor. E, ponderando-se ambos os preceitos constitucionais,

impõe-se concluir que atuar com autonomia não significa atingir direitos consagrados em mesmo grau hierárquico”.

Assim, destacando o escólio da ilustrada Cláudia Lima Marques, os julgadores da instância superior distinguiram que “a Constituição Federal de 1988 ao regular os direitos e garantias fundamentais no Brasil estabelece em seu art. 5º, XXXII, a obrigatoriedade da promoção pelo Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) da defesa do consumidor. Igualmente, consciente da função limitadora desta garantia perante o regime liberal-capitalista da economia, estabeleceu o legislador constitucional a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica brasileira, a limitar a livre iniciativa e seu reflexo jurídico, a autonomia de vontade (art. 170, V). Ao garantir aos consumidores a sua defesa pelo Estado criou a constituição uma antinomia necessária em relação a muitas de suas próprias normas, flexibilizando-as, impondo, em última análise, uma interpretação relativizada dos princípios em conflito, que não mais podem ser interpretados de forma absoluta ou estaríamos ignorando o texto constitucional” (*op. cit.*, p. 577 e 578). E, diante de tal excerto, avultaram que “[...] o princípio da autonomia universitária não pode ser utilizado como justificativa para violar outros direitos constitucionalmente garantidos, *in casu*, a proteção ao consumidor, cabendo, por conseguinte, a devolução dos valores recebidos sem que ofertada a devida contraprestação. E, tendo os deman-

dantes efetuado o pagamento na crença de que as aulas seriam lecionadas, foram preenchidos os requisitos dos artigos 964 e 965 do Código Civil de 1916, aplicáveis subsidiariamente, sob pena de acobertar-se o enriquecimento indevido da entidade de ensino” (Apelação Cível n. 2002. 007205-8, de Biguaçu, rel. Des. Volnei Carlin. Apelantes e apelados: Fundação Universidade do Vale do Itajaí e Ivo Silveira Neto e outros. Julgada em 4 de setembro de 2003).

Segundo o disposto no art. 53 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, “no exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições: I — criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino; II — fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes; III — estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão; IV — fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio; V — elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes; VI — conferir graus, diplomas e outros títulos; VII — firmar contratos, acordos e convênios; VIII — aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, bem como administrar rendi-

mentos conforme dispositivos institucionais; IX — administrar os rendimentos e deles dispor na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos; X — receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas. Parágrafo único. Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre: I — criação, expansão, modificação e extinção de cursos; II — ampliação e diminuição de vagas; III — elaboração da programação dos cursos; IV — programação das pesquisas e das atividades de extensão; V — contratação e dispensa de professores; VI — planos de carreira docente”.

Não obstante, o art. 12 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que “*estabelece as diretrizes e bases da educação nacional*”, determina que “os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de: [...] III — assegurar o cumprimento dos dias letivos e horas-aula estabelecidas [...]”.

A Unisul alega que as aulas prestadas adequaram-se à contraprestação financeira. Todavia, nada provou. Muito embora detenha, em seus arquivos, toda a documentação atinente à prestação de serviços educacionais, nem ao menos acostou aos autos listas indicando a frequência de Lédio Rosa de Andrade como acadê-

mico do curso de Psicologia. Sequer o plano da disciplina de *estágio curricular supervisionado*. Muito menos relatórios de “supervisão”. Absolutamente nada.

Em sendo assim, entendo pertinente invocar magnífico raciocínio professado por Darci Guimarães Ribeiro, para quem “é natural, provável, que um homem não julgue sem constatar o juízo com as provas que lhe são demonstradas. Quando o autor traz um fato e dele quer extrair consequências jurídicas, é que, via de regra, o réu nega em sentido geral as afirmações do autor; isto gera uma litigiosidade, que, por consequência lógica, faz nascer a dúvida, a incerteza no espírito de quem é chamado a julgar. Neste afã de julgar, o juiz se assemelha a um historiador, na medida em que procura reconstituir e avaliar os fatos passados com a finalidade de obter o máximo possível de certeza, pois o destinatário direto e principal da prova é o juiz. Salienta Moacyr A. Santos que também as partes, indiretamente, o são, pois igualmente precisam ficar convencidas, a fim de acolherem como justa a decisão. Para o juiz sentenciar é indispensável o sentimento de verdade, de certeza, pois sua decisão necessariamente deve corresponder à verdade, ou, no mínimo, aproximar-se dela. Ocorre recordar que a prova em juízo tem por objetivo reconstruir historicamente os fatos que interessam à causa, porém há sempre uma diferença possível entre os fatos, que ocorreram efetivamente fora do processo, e a reconstrução destes fatos dentro do proces-

so. Para o juiz não bastam as afirmações dos fatos, mas impõem-se a demonstração da sua existência ou inexistência, na medida em que um afirma e outro nega, um necessariamente deve ter existido num tempo e num lugar, i.e., uma de ambas as afirmações é verdadeira. Daí dizer com toda a autoridade J. Bentham que *‘el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas’*”.

Segue o mestre afirmando que “o problema da verdade, da certeza absoluta, repercute em todas as searas do direito. A prova judiciária não haveria de escapar desses malefícios oriundos dessa concepção, tanto isto é certo que para o juiz sentenciar é necessário que as partes provem a verdade dos fatos alegados, segundo se depreende do art. 332 do Código de Processo Civil [...]”.

Mais adiante sintetiza que “por objeto da prova se entende, também, que é o de provocar no juiz o convencimento sobre a matéria que versa a lide, i.e., convencê-lo de que os fatos alegados são verdadeiros, não importando a controvérsia sobre o fato, pois um fato, mesmo não controvertido, pode influenciar o juiz ao decidir, na medida que o elemento subjetivo do conceito de prova (convencer) pode ser obtido, v. g., mediante um fato notório, mediante um fato incontroverso”.

Destaca, ainda, o jurista que “[...] a parte não está totalmente desincumbida do ônus da prova de uma questão de direito, na medida que

cada qual quer ver a sua alegação vitoriosa devendo, por conseguinte, convencer o juiz da sua verdade” concluindo que “o juiz julga sobre questões de fato com base no que é aduzido pelas partes e produzido na prova” (Ribeiro, Darci Guimarães. Tendências modernas da prova. RJ n. 218. Dezembro de 1995, p. 5).

Assim, forçoso concluir que, muito embora detenha sob seu poder toda a espécie de documentação histórica do curso da faculdade de Psicologia pelo autor, a Unisul optou por, única e tão-somente, referir que os valores cobrados pelas disciplinas de estágio curricular supervisionado “foram referentes a serviços efetivamente prestados, com custos e implicações previamente definidas” (fl. 21).

Quais seriam tais implicações? De que forma deu-se a prestação do serviço? Quantos eram os encontros semanais? Qual a duração de cada encontro? Qual a supervisão exercida?

Nenhum questionamento encontra lume na peça processual de fls. 19 a 27. Muito menos na parca documentação de fls. 28 a 35.

Giza-se que a demandada nem ao menos bradou pela produção de prova específica, seja documental ou mesmo testemunhal (fl. 27).

De serem acolhidos, pois, os argumentos manejados pelo postulante, restando evidenciado que a Universidade do Sul de Santa Catarina — Unisul, apesar de exigir de seus alunos o adimplemento do valor relativo

a 120 (cento e vinte) créditos, ministrando aulas no total de 12 (doze) créditos, apenas!

Diante da natureza e limites da controvérsia, não há dúvida de que incidem ao caso sob julgamento os princípios protetivos da Lei n. 8.078/90, merecendo destaque a disposição contida no art. 6º, inc. IV, segundo o qual “são direitos básicos do consumidor: [...] IV — a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

Aplicando tal regramento ao caso vertente, conclui-se que a exigência do pagamento de 120 (cento e vinte) créditos, por disciplina ministrada em efetivos 12 (doze) créditos, constitui prática abusiva, de modo que, diante do caráter público das normas de proteção e defesa do consumidor, o pleito merece acolhimento.

Consoante referido no já mencionado aresto de julgamento do recurso da *Apelação Cível n. 2002.007205-8* — cujo fundamento em muito se assemelha à *causa petendi* dos presentes autos — “[...] o princípio da autonomia universitária não pode ser utilizado como justificativa para violar outros direitos constitucionalmente garantidos, *in casu*, a proteção ao consumidor, cabendo, por conseguinte, a devolução dos valores recebidos sem que ofertada a devida contraprestação. E, tendo os demandantes efetuado o pagamento na crença de que as aulas seriam lecionadas,

foram preenchidos os requisitos dos artigos 964 e 965 do Código Civil de 1916, aplicáveis subsidiariamente, sob pena de acobertar-se o enriquecimento indevido da entidade de ensino” (Ap. Cív. n. 2002.007205-8, de Biguaçu, rel. Des. Volnei Carlin. Apelantes e apelados: Fundação Universidade do Vale do Itajaí e Ivo Silveira Neto e outros. Julgada em 4 de setembro de 2003).

Repisa-se que a defesa do consumidor é garantida pela própria Constituição Federal de 1988, que a elevou à categoria de princípio geral da atividade econômica — art. 170, inc. V — e garantia individual — art. 5º, inc. XXXII.

Acerca da aplicação da legislação consumerista, Alexandre Lima Raslan leciona que “quando o art. 1º do Código de Defesa do Consumidor diz que ele ‘estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias’, não sem razão deve-se entender que ele assenta em nível infraconstitucional, definitivamente, a potencia normativa da Carta de 1988. Negar este fato é, sem sombra de dúvida, ir contra a disposição literal da lei, no mínimo, sem prejuízo de se estar ignorando o perfil de ‘ordem pública’ e de ‘interesse social’ que anima o Código de Defesa do Consumidor” (Raslan, Alexandre Lima. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às atividades bancárias).

O inc. III do já mencionado art. 6º da Lei n. 8.078/90, que versa sobre o “*princípio da transparência*”, é de meridiana clareza ao garantir que o consumidor tem direito “à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam”.

Sobre a matéria, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que “um dos princípios básicos em que se assenta a ordem econômica é a defesa do consumidor. A Lei n. 8.078/90, em seu art. 6º, inc. III, relaciona entre os direitos básicos do consumidor: ‘A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição e preço, bem como sobre os riscos que apresentam. Os donos de supermercados devem fornecer ao consumidor informações adequadas, claras, corretas, precisas e ostensivas sobre os preços de seus produtos à venda’ (Superior Tribunal de Justiça, MS n. 5.986/DF, rel. Ministro Garcia Vieira, por unanimidade, votaram com o Exmo. Sr. Min. Relator os Exmos. Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Milton Luiz Pereira, José Delgado, Eliana Calmon e Paulo Gallotti, julgado em 13-10-1999, DJU 29-11-1999).

Diante de tal fundamento, por não ter a demandada absolutamente logrado êxito em demonstrar a adequação da cobrança ao serviço efeti-

vamente prestado a Lédio Rosa de Andrade, a procedência do pleito é caminho da mais absoluta Justiça, razão pela qual passo, nessa quadra, à análise do pleito de repetição em débito do valor indevidamente despendido pelo *autor*.

Aduz a Universidade do Sul de Santa Catarina — Unisul que a pretensão do postulante encontrar-se-ia obstaculizada pela ausência de cobrança por meio vexatório constrangedor ou ameaçador (fls. 22 a 24).

É fato público e notório que para a “confirmação” da matrícula no semestre seguinte a Unisul exige, como condição *sine qua non*, a quitação das parcelas do semestre anterior. Não fica difícil imaginar, portanto, que tal procedimento acaba compelindo os alunos ao dispêndio, sem discussão, do valor afeto às disciplinas cursadas.

Ademais, a natureza da relação contratual estabelecida entre a Unisul e seus alunos apenas possui flexibilidade no tocante à escolha das disciplinas a serem cursadas no semestre subsequente, limitada à incidência da circunstância de aprovação nas matérias constitutivas do “pré-requisito”.

Em sendo assim, ao *autor* não cabia outra opção a não ser pagar o valor exigido e seguir cursando a faculdade de Psicologia, o que, a meu sentir, configura insofismável situação de constrangimento, sendo implícita a “ameaça velada” de impossibilidade de conclusão dos estudos, em face da não confirmação da matrícula pela universidade ré (fl. 22).

A rigor do disposto no art. 334, inc. I, do Código de Processo Civil, evidente a compulsoriedade do pagamento dos 120 (cento e vinte) créditos nos 2 (dois) semestres de *estágio supervisionado*. Em sendo assim, incide a disposição contida no parágrafo único do art. 42 da Lei n. 8.078/90, qual seja, que “o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por igual valor ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

Sobre a matéria, colhe-se da jurisprudência dos Tribunais pátrios que “verificado o pagamento em excesso, impõe-se a restituição da diferença a maior, calculada em dobro, de acordo com o parágrafo único do art. 42 do CDC. Não configura dano moral indenizável o mero descumprimento do contrato, cujas consequências não foram além de simples aborrecimento. Recurso parcialmente provido” (TJRJ — AC n. 52/2000 — 5ª C.Cív. — Rel. Des. Carlos Raymundo Cardoso — Julgada em 14-3-2000), por fim, “há relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público a empresa que comercializa com pescados. 2. A empresa utiliza o produto como consumidora final. 3. Conceituação de relação de consumo assentada pelo art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. 4. Tarifas cobradas a mais. Devolução em dobro. Aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 5. Recurso provido” (Superior Tribunal de Jus-

tiça — REsp n. 263229/SP — 1ª T. — rel. Min. José Delgado — DJU 9-4-2001, p. 332).

Sobre a matéria, Cláudia Lima Marques leciona que “tratando-se, portanto, de contrato entre consumidor e fornecedor, duas hipóteses podem ser pensadas. Se ocorre a cobrança de quantia indevida, o fornecedor não fica só obrigado a restituir o que cobrou em demais, como seria normal através da aplicação do art. 964 do Código Civil, como também fica obrigado legalmente a restituir o dobro, corrigido monetariamente, para evitar qualquer dano ao consumidor e, em última análise, para evitar a negligência no cálculo do valor a ser cobrado do consumidor. A restituição em dobro serve, assim, como uma espécie de multa, de sanção legal. Mas pode ser ilidida se o fornecedor provar que o engano foi justificável. O ônus da prova cabe ao fornecedor e esta será uma prova muito difícil, pois no sistema do CDC o fornecedor deve, como profissional, dominar todos os tipos de erros prováveis em sua atividade, erros de cálculo, impressão do valor errado por computador, troca do nome nas correspondências etc. [...] Estes pequenos erros de cobrança só podem ser combatidos com maior eficiência e só haverá a maior diligência e perícia exigida dos fornecedores pelo CDC, se a jurisprudência entender o art. 42 como uma sanção exemplar (*exemplary damages*), que — certo — beneficia um, mas que leva à mudança prática no mercado” (Marques, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regi-

me das relações contratuais. 4. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1.051 e 1.052).

Para Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, “a pena do art. 42, parágrafo único, rege-se por dois limites objetivos. Em primeiro lugar, sua aplicação só é possível nos casos de cobrança extrajudicial. Em segundo lugar, a cobrança tem por origem uma dívida de consumo. Sem que estejam preenchidos esses dois requisitos, aplica-se o sistema geral do Código Civil. [...] Observa-se que, no sistema do Código Civil, a sanção só tem lugar quando a cobrança é judicial, ou seja, pune-se aquele que movimentou a máquina do Judiciário injustificadamente. Não é esse o caso do Código de Defesa do Consumidor. Usa-se aqui o verbo cobrar, enquanto o Código Civil refere-se a demandar. Por conseguinte, a sanção, no caso da lei especial, aplica-se sempre que o fornecedor (direta ou indiretamente) cobrar e receber, extrajudicialmente, quantia indevida. O Código de Defesa do Consumidor enxerga o problema em estágio anterior àquele do Código Civil. Por isso mesmo, impõe requisito inexistente neste. Note-se que, diversamente do que sucede com o regime civil, há necessidade de que o consumidor tenha, efetivamente, pago indevidamente. Não basta a simples cobrança. No art. 1.531, é suficiente a simples demanda” (BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Código brasileiro do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, p. 336).

Prossegue o doutrinador destacando que “no Código Civil, só a má-fé permite a aplicação da sanção. Na legislação especial, tanto a má-fé, como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição. O engano é justificável exatamente quando não decorre de dolo ou de culpa. É aquele que, não obstante todas as cautelas razoáveis exercidas pelo fornecedor-credor, manifesta-se. A prova da justificabilidade do engano, na medida em que é matéria de defesa, compete ao fornecedor. O consumidor, ao cobrar o que pagou a mais e o valor da sanção, prova apenas que o seu pagamento foi indevido e teve por base uma cobrança desacertada do credor” (Benjamim, Antônio Herman de Vasconcelos, *op. cit.*, p. 337).

Sobre a matéria, sobejam julgados de nosso egrégio Tribunal de Justiça, destacando-se, por seu brilho, os seguintes excertos: “a relação mantida entre alunos e instituição de ensino é de consumo, na modalidade de prestação de serviços, de forma que, havendo pagamento indevido, sem justificativa plausível da instituição, incide o parágrafo único do artigo 42 da Lei n. 8.038/90, impondo-se a devolução em dobro das quantias exigidas a maior” (Apelação Cível n. 2000.018418-7, de Biguaçu, rel. Des. Carlos Prudêncio)” (Ap. Cív. n. 2001.019480-5, de Biguaçu, rel. Des. Orli Rodrigues, julgada em 25-6-2002), e, ainda, “não demonstrada a correspondente prestação dos serviços educacionais, pois a carga horária efetivamente ministrada pela instituição de

ensino não atingiu o número de horas-aula previamente contratado pelos alunos, em que pese efetuado o pagamento estipulado nas mensalidades, exsurge o dever do estabelecimento ressarcir as quantias indevidamente exigidas. [...] A relação mantida entre alunos e instituição de ensino é de consumo, na modalidade de prestação de serviços, de forma que, havendo pagamento indevido, sem justificativa plausível da instituição, incide o parágrafo único do artigo 42 da Lei n. 8.038/90, impondo-se a devolução em dobro das quantias exigidas a maior” (Ap. Cív. n. 2000.018418-7, de Biguaçu, rel. Des. Carlos Prudêncio, julgada em 2-10-2001), e, por fim, “Repetição de indébito. Cobrança indevida. Engano injustificado. Devolução em dobro. Inteligência do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Dano moral. Pressupostos demonstrados. *Quantum* da verba reparatória. Critérios de fixação. Definição pelo juiz. Margem de discricionariedade. Ausência de normas jurídicas particulares. Recurso às regras de experiência comum. Inteligência do art. 335 do Código de Processo Civil. Honorários advocatícios. Valor do pedido constante da inicial meramente estimativo. Sucumbência parcial inexistente. A cobrança indevida de valores, no regime do Código de Defesa do Consumidor, permite a repetição dos valores em dobro (art. 42, parágrafo único, do CDC). O art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, embora exclua a responsabilidade objetiva predominante nesse Estatuto, por aceitar o engano justificável,

não exclui a responsabilidade subjetiva. A locução ‘salvo engano justificado’, do art. 42, parágrafo único, *in fine*, torna a excludente de culpa matéria de defesa. Não realizada por quem cobrou indevidamente, a culpa se presume” (Ap. Cív. n. 1999.014591-3, de São José, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, julgada em 1º-11-2001).

Especificamente do lapidar precedente, oriundo do julgamento da Apelação Cível n. 2002.007205-8, colhe-se que “[...] são requisitos da repetição, segundo a orientação dada pelo Código de Defesa do Consumidor: a exação indevida por parte do fornecedor; inexistência de engano justificável; ausência de dolo do fornecedor. Quanto ao erro, a jurisprudência, atenta para a realidade dos contratos de consumo, tem entendido ser dispensável a prova, por parte do sujeito vulnerável, de maiores divagações acerca de sua concorrência para o evento: A pretensão de devolução dos valores pagos a maior, em virtude do expurgo de parcelas judicialmente declaradas ilegais, é cabível em virtude do princípio que veda o enriquecimento sem causa, prescindindo da discussão a respeito de erro no pagamento”.

Invocando elementos da doutrina pátria, os julgadores do egrégio TJSC magnificamente asseveraram que “[...] O CDC teria assim instituído uma imputação objetiva do erro na cobrança ao fornecedor, semelhante àquela que imputou com referência do defeito do produto ou do serviço. Este parece ter sido o caminho utilizado

pelo CDC brasileiro, que estipulou uma regra especial no art. 42, para a falha na cobrança de contratos de consumo, isto é, para o descumprimento do dever contratual de correção na exigência das prestações contratuais, impondo uma sanção, o pagamento em dobro da quantia paga a mais”.

E, sobre o caso precedente, a exemplo da situação *sub examen*, acentuaram que “a cobrança mostrou-se indevida como alhures comprovada. A relação entabulada entre as partes é daquelas que devem ser regidas pela Lei n. 8.078/90, pois presentes seus pressupostos. Resta vasculhar-se elemento subjetivo do fornecedor quando da ilegal exação. Adota-se como premissa: A restituição em dobro serve, assim, como uma espécie de multa, de sanção legal. Mas pode ser ilidida se o fornecedor provar que o engano foi justificável. O ônus da prova cabe ao fornecedor e esta será uma prova muito difícil, pois no sistema do CDC o fornecedor deve, como profissional, dominar todos os tipos de erros prováveis em sua atividade, erros de cálculo, impressão do valor errado por computador, troca do nome nas correspondências etc. Não parece justificável a postura adotada pela universidade, ao determinar que seus acadêmicos efetuassem o pagamento de créditos, sem autorização de lei; regimento interno e plano político pedagógico. Agiu ao arrepio das normas consumeristas fazendo que alunos seus efetuassem pagamento indevido”.

E concluem palestrando que “como o ensino determina, não

há como afastar a restituição de valores cobrados desta forma, quando trata-se de universidade e, mais, por ser a conduta referendada e perpetrada por núcleo das letras jurídicas, justamente segmento da academia que deveria primar pela justa observância dos princípios e disposições legais acerca do tema mensalidades escolares. E continua a privilegiada autora, acerca da lisura como as partes devem agir durante a execução contratual: O vínculo contratual exige cumprimento dos deveres principais, mas também dos chamados anexos, entre eles o de respeito, de cooperação e também o de cuidado e vigilância. O próprio vínculo contratual entre fornecedor (cobrador) e consumidor (devedor) impõe que a cobrança seja correta; sendo assim, as falhas serão imputadas ao fornecedor” (Ap. Cív. n. 2002.007205-8, de Biguaçu, rel. Des. Volnei Carlin. Apelantes e apelados: Fundação Universidade do Vale do Itajaí e Ivo Silveira Neto e outros. Julgada em 4 de setembro de 2003).

De outro vértice, relativamente aos valores pleiteados por Lédio Rosa de Andrade, entendo pertinente invocar, por seu preciosismo, o já tão propagado ensinamento contido no acórdão de julgamento da Ap. Cív. n. 2002.007205-8, merecendo destaque o seguinte excerto: “apesar de se impor o reconhecimento do direito ao pagamento em dobro, acolhendo-se a insurgência dos autores [...] incabível a aplicação dos juros legais a partir do respectivo pagamento, ficando este termo inicial reservado apenas para a incidência da correção monetária. Isto

porque, na presente demanda, os juros legais são devidos a partir da constituição do devedor em mora, o que, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil, ocorreu a partir da citação válida. Eis a redação do artigo 219, *caput*, do Código de Processo Civil: 'Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição'. Silvio Rodrigues explica: 'Outro problema relevante é o de se fixar o momento em que começam a correr os juros de mora. Em rigor, eles são devidos desde que se dê o retardamento culposos, pois, como diz o próprio art. 1.064, a fluência dos juros moratórios independe da alegação de prejuízo. Ora, nas obrigações a termo, a mora se caracteriza pelo mero advento do vencimento, pois *dies interpellat pro homine*; e, nas obrigações sem termo fixado, a mora se caracteriza pela citação, pois esta, entre os seus vários efeitos, tem o de constituir o devedor em mora (CPC, art. 219)' (Direito civil — parte geral das obrigações. vol. 2., 23ª ed. atual., 1995, p. 292) No mesmo sentido, o seguinte julgado: 'processual civil. Embargos de declaração (art. 535 do CPC). Reconhecimento da alegada 'omissão'. Ausência de fundamentação. Juros moratórios: Citação (CC, art. 1.062 c/c art. 1.536, parágrafo 2º). Lei n. 4.414/64. [...] Não se cogitando de 'evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual' (de que trata a Súmula 54 — STJ), nem de repetição de indébito fiscal, os juros

moratórios são naturalmente os legais de 6% (seis por cento) ao ano (CC, art. 1.062), contados a partir da citação inicial (CC, parágrafo 2º do art. 1.536). 4. Embargos acolhidos. Acórdão parcialmente anulado' (EDAC/MG n. 01550259, rel. Des. Luciano Tolentino Amaral, TRF 1ª R, j. 30-6-1998, DJU 3-8-1998, p. 318) Já no que se refere à correção monetária: 'Correção monetária — Incidência a partir do evento lesivo — Proteção que se impõe quanto a eventual locupletamento ilícito. A correção monetária, na repetição de indébito, tem sua incidência a partir da data de cada recolhimento indevido, evitando penalização daquele que pagou indevidamente' (Ap. Cív. n. 1997.015253-1, de Joinville, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. 17-8-2000)".

Destarte, considerando a semelhança da presente relação jurídica com aquela objeto do julgado evocado, desnecessária maior digressão.

Assim, consoante o disposto no art. 219 do Código de Processo Civil, os juros de mora devem ter seu cômputo inicial fixado a contar da citação válida, no percentual estatuído no art. 406 do Código Civil, devendo a correção monetária ser calculada a contar da data de cada um dos pagamentos respectivos (fl. 8), mediante aplicação do índice fixado pela egrégia Corregedoria-Geral da Justiça.

No que toca ao requerimento de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, merece destaque a redação do art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal de 1988, se-

gundo o qual o Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Compartilho do entendimento — até mesmo já externado em diversas ocasiões pelo Superior Tribunal de Justiça — que havendo fundadas razões da suficiência econômica da parte, pelos elementos coligidos dos autos, poderá o juiz indeferir, de plano, o benefício da assistência judiciária postulado.

Nesse sentido: “Recurso especial. Assistência gratuita. Indeferimento de plano. Possibilidade. Fundadas razões. Lei n. 1.060/50, arts. 4º e 5º. Precedente. Recurso desacolhido. Pelo sistema legal vigente, faz jus a parte aos benefícios da gratuidade, mediante simples afirmação, na própria petição, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família (Lei n. 1.060/50, art. 4º), ressalvado ao Juiz, no entanto, indeferir a pretensão se tiver fundadas razões para isso (art. 5º)” (Superior Tribunal de Justiça, Acórdão: Recurso Especial n. 96054/RS (199600316147), de 15-10-1998, órgão julgador: 4ª Turma, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Ainda, invocando o dispositivo constitucional acima referido: “Agravado regimental. Recurso especial não admitido. Benefícios da justiça gratuita. Indeferimento. Súmula 7/STJ. Devidamente esclarecido ficou no despacho agravado que a Constituição Federal de 1988 define que ‘o Estado

prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’ (artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal). Cabe ao juiz, assim, avaliar a pertinência das alegações da parte, podendo indeferir o pedido de isenção do pagamento das despesas inerentes ao processo se constatar nos autos elementos de prova em contrário, o que ocorreu na presente hipótese” (Superior Tribunal de Justiça, Acórdão: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 223540/SP (199900060784), em 8-6-1999, órgão julgador: 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *in* JUIS — Jurisprudência Informatizada Saraiva, CD *Rom* n. 21).

Em detida análise dos autos, constato que a Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul, alega ser entidade filantrópica, totalmente sem fins lucrativos, não distribuindo resultados ou auferindo lucro, visto que todos os recursos seriam reinvestidos na própria finalidade de formação educacional, motivo pelo qual clamou pela concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (fls. 25 a 27).

Entretanto, as prefaladas características são inatas à natureza fundacional de sua própria constituição, não se prestando, de *per si*, a amparar a isenção almejada. Fato destacado pelo grande porte da instituição, que concentra investimentos de ampliação das atividades em importante parcela do território catarinense, com maciça utilização dos meios de *marketing* televisivo para a captação de alunos, patrocinando, inclusive, equipes espor-

tivas de vulto nacional (não integrada por seus alunos), amplamente divulgando a inauguração — para breve — de canal de televisão próprio, com cobertura em todo o Sul do Estado.

Diante de tal circunstância, entendendo que a Unisul não necessita da concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, porquanto possui invejável porte financeiro.

Nem se alegue precedentes de cortes superiores, visto que, *in casu*, o ônus processual pode, perfeitamente, ser arcado pela Unisul, instituição de ensino que recebe, mensalmente, vultoso aporte financeiro, relativo às mensalidades de milhares de alunos, matriculados em diversos cursos de graduação, pós-graduação e especialização, instalados nos *campi* de Araranguá, Içara, Braço do Norte, Tubarão, Imbituba, Palhoça, São José e Florianópolis (inclusive Norte da Ilha).

Ademais, não foi acostado aos autos nenhum demonstrativo financeiro que indique a necessidade do pleito, que, gize-se, não se coaduna, absolutamente, com o fundamento jurídico-social afeto à concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, estando plenamente recomendado, pois, o não deferimento.

Por fim, merece realce a deliberada afemestesia da doutora Tatiana Meneghel, Procuradora-Geral da Unisul (fls. 31 e 31v.), que, desdenhando a ética, lançou mão de censurável expediente, tergiversando a redação do Enunciado 188 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que

sua constituinte auferisse vantagem indevida em prejuízo alheio.

Após debruçar-me em esforço cognitivo acerca de tudo quanto foi argumentado e encartado aos autos, causou-me espanto e perplexidade sua exprobadada atuação, senão vejamos: na *contestação*, a Procuradora-Geral da Unisul consignou, *in verbis*: “é pacífico o entendimento de que ‘os juros moratórios, na repetição do indébito, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença’ (Súmula 188 do STJ), o que tornará necessária, em caso de procedência, posterior liquidação” (fls. 24 e 25 — destaque do original).

Entretanto, distinta é a redação do Enunciado 188 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, “os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença”.

Tal dispositivo guarda relação intrínseca com a redação do parágrafo único do art. 167 do Código Tributário Nacional, segundo o qual “a restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição. Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar”.

Cuida-se, portanto, de indicativo jurisprudencial afeto ao âmbito de

situação jurídica peculiar e bastante distinta do caso *sub judice*, de modo que a deliberada distorção indica nítida perfídia, intenção dolosa, com que a Universidade do Sul de Santa Catarina litiga, lançando mão de toda sorte de expedientes impudicos, com o fito único de refutar qualquer responsabilidade patrimonial.

Destarte, implementada a circunstância preceituada no inciso V do art. 17 do Código de Processo Civil, qual seja, “proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo”, estando o Juiz, portanto, de ofício, ou a requerimento, autorizado a condenar a litigante de má-fé a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e as despesas que efetuou (art. 18 do mesmo Código).

Sobre a utilização e manuseio do direito, de forma a caracterizar a litigância de má-fé, ensina José Manoel M. Bernal que “o uso normal é aquele que não excede as necessidades normais da vida, sendo contraposição equilibrada de interesses sociais e morais em jogo, emergentes de situações concretas em determinado lugar e época, o exercício anormal de um direito seria a exceção, pois na maioria das vezes o ordenamento é respeitado e o critério da anormalidade seria sempre objetivo em todas as doutrinas, pois poderia ser conceituado como desvio do fim econômico e social, intenção de prejudicar, rompimento do equilíbrio de interesses individuais e coletivos” (Bernal, José Manuel Martin. *El abuso del derecho*.

Madrid: Editorial Montevorco, 1982, p. 221 a 224).

José Olímpio de Castro Filho, em relação ao dever de veracidade pontua que “se não se apresenta ou se apresenta ilicitamente, normalmente a premissa (fato), abusa do direito de demandar, porque, sem aquela, a conclusão silogística (sentença) é juridicamente impossível. O abuso, uso anormal, indevido, então, consiste em pretender convocar alguém a juízo para discutir o que não existe (fato não proposto) ou que existe de modo diverso (fato produto da alteração da verdade). Por outro lado, também aí existe abuso porque ao Estado (Juiz) só pode ser pedida a prestação jurisdicional acerca de um fato e de fato exposto verazmente” (Castro Filho, José Olímpio de. *Abuso do direito no processo civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960).

Alfredo Buzaid, na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil (n. 17), referiu que “posto que o processo civil seja de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça. Tendo em conta estas razões ético-jurídicas, definiu o projeto como dever das partes: a) expor os fatos em juízo conforme a verdade; b) proceder com lealdade e boa-fé; c) não formular preten-

sões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; d) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito” (art. 17). E, em seguida, dispõe que “responde por perdas e danos todo aquele que pleitear de má-fé, como autor, réu ou interveniente” (art. 19). No art. 20 prescreveu: “Reputa-se litigante de má-fé aquele que: a) deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer; b) alterar intencionalmente a verdade dos fatos; c) omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa; d) usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal; e) opuser resistência injustificada ao andamento do processo; f) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; g) provocar incidentes manifestamente infundados”.

A boa-fé no processo deve presidir a atividade das partes no processo: lealdade e honestidade. A idéia de boa-fé está ligada ao próprio conceito e à finalidade do processo: é elemento constitutivo do conceito e condição necessária de sua finalidade.

Rosenberg afirma que “a relação jurídica processual impõe a todos que a compõem deveres, direitos e obrigações, e que em relação às partes não há um dever de atuar, recebendo as consequências de sua inércia ou rebeldia, porém quando atuam devem fazê-lo honestamente, não faltando à verdade e não retardando o procedimento, têm ‘o dever de uma condução processual conveniente e

cuidadosa” (Rosenberg. *apud* Oliveira, Ana Lúcia Iucker Meirelles de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 43).

Tendo a Universidade do Sul de Santa Catarina — Unisul, por intermédio de sua Procuradora-Geral, adotado expediente espúrio, objetivando induzir o julgador em erro, mediante crassa e rebarbativa alteração do texto do Enunciado 188 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, com a supressão de importante termo — não atendendo aos objetivos sociais do processo — é de ser condenada à pena por litigância de má-fé, visto que seu ato deve ser considerado como atentatório à dignidade da Justiça.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento da Apelação Cível n. 1999.014635-9, de São José, em que foi relator o Des. Wilson Augusto do Nascimento, firmou o entendimento manifestado anteriormente no julgamento da Ap. Cív. n. 1997.001351-5, também de São José, em que foi relator o Des. Carlos Prudêncio, do qual se retira: “Litigância de má-fé. Apelação com argumentos infundados e confrontantes com jurisprudência pacífica. Resistência injustificada ao andamento do processo. Imposição de pena em 20% sobre o valor da causa. Aplicação do art. 14, III, c/c art. 17, IV e V, e art. 18, § 2º, todos do CPC”. Idêntico entendimento foi firmado em 23-10-2001, no julgamento da Ap. Cív. n. 2000.011320-4, de Chapecó, em que foi Relator o Desembargador Wilson Augusto do Nascimento. Colhe-se do corpo do

aresto: “Verifica-se ser o presente recurso manifestamente protelatório, causando ônus injustificado à parte contrária, retardando o recebimento de seu crédito. Neste tom: ‘[...] Litigância de má-fé. Recurso protelatório. Lei n. 9.668/98. Alteração dos arts. 17 e 18 do Código de Processo Civil. Limite da multa de 1% sobre o valor da causa. Nos termos da nova redação dos arts. 17 e 18 do CPC, conferida pela Lei n. 9.668/98, o limite para imposição da multa por litigância de má-fé é de 1% sobre o valor da causa’ (*in* Apelação Cível n. 98.013319-0, de Chapécó. Relator Des. Carlos Prudêncio). Do corpo do acórdão colhe-se: ‘[...] A recente alteração dos arts. 17 e 18 do CPC, conferida pela Lei n. 9.668/98, reduz o limite da litigância de má-fé para apenas 1% sobre o valor da causa, a título de multa, mais as perdas e danos que a parte contrária vier a sofrer e os honorários advocatícios e as despesas que tenha efetuado’. Em primeiro lugar, é fundamental notar que a pena de litigância de má-fé não possui mais apenas natureza indenizatória. A atual redação é expressa ao estabelecer que o juiz condenará o litigante de má-fé ‘a pagar multa’. Assim, é evidente que, agora, além da natureza indenizatória, quanto aos danos sofridos pela parte contrária, há também a natureza sancionatória, de penalização, em relação à conduta do *improbis litigator*. Assim, condena-se, de ofício, a apelante à pena de litigância de má-fé, devendo pagar multa no valor de 1% e indenização no percentual de 20%, ambos sobre o valor da condenação, nos termos dos arts. 17,

IV, e 18 do Código de Processo Civil. Decisão: Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, nega-se provimento ao apelo, e, de ofício, aplica-se a pena de litigância de má fé de 1% e indenização por perdas e danos, no percentual de 20%, ambos sobre o valor da condenação”.

Importante precedente, *mutatis mutandis*, emana dos julgados da 4ª Turma de Recursos de Santa Catarina, que em 11-3-2004, por ocasião do julgamento da Apelação Cível n. 2.318, decidiu: “Litigância de má-fé — Art. 17, II, do CPC — Alteração da verdade dos fatos — Parte que propositadamente omite postura anterior da apelada em fiscalizar seu imóvel e que provocou a regularização do consumo — Penalidade mantida. Viola os princípios da probidade processual a postura da parte que, em formulando causa de pedir, altera a verdade dos fatos, omitindo de modo consciente e maléfico a regularização de situação em que ela era beneficiada por adulteração no consumo de água e que possibilitava ao usuário pagamento de taxa mínima de consumo. Assistência judiciária gratuita — Litigância de má-fé — Deve o apelante suportar as custas do processo e honorários advocatícios — Benefício cassado. ‘A multa por litigância de má-fé exime os benefícios da justiça gratuita, à míngua de dispositivo legal e específico e porque a todos deve ser exigida a lealdade processual’ (Ap. Cív. n. 1995.01.36515-8/DF (00094190), 1ª Turma do TRF da 1ª Região, rel. Juiz Aloísio Palmeira Lima, j. 13-3-2000, publ. DJ 24-4-2000, p. 62)”.

O art. 18 do Código de Processo Civil, que regra a aplicação pecuniária da condenação pela litigância de má-fé, no entender de Ana Lúcia Iucker Meirelles de Oliveira, pode ser interpretado da seguinte forma: “se o juiz afere a conduta ímproba e a parte prejudicada não alega prejuízos materiais, a indenização só é devida pelos danos morais, pois o litigante foi atingido no seu direito de ter um processo pautado pela probidade, e, ainda, a indenização tem caráter nitidamente sancionador; pode, então, o juiz estabelecer, desde logo, a sanção em até 21% do valor da causa: 1% a título de multa e 20% a título de indenização. Do mesmo modo, se o prejudicado comprova prejuízos em valor a menor que o percentual mencionado, o juiz pode condenar de imediato até aquele valor, além da multa” (*in* Litigância de má-fé. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000).

Assim, com arrimo no estatuído em os artigos 16, 17, 18, § 2º, todos do Código de Processo Civil, tenho por bem cominar à Universidade do Sul de Santa Catarina pena por litigância de má-fé no percentual de 20% (vinte por cento), calculado sobre o valor atribuído à causa, devidamente corrigido.

De outro vértice, estabelece o art. 55, *caput*, da Lei n. 9.099/95, que “a sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé”. Assim, com arrimo no disposto no inciso I do parágrafo único do art. 55 da mesma

Lei, vai a Unisul condenada, *idem*, ao pagamento das custas processuais, bem como nos honorários advocatícios devidos, os quais, nos termos do art. 20, § 3º, c, do Código de Processo Civil, vão arbitrados à razão de 20% (vinte por cento) calculados sobre o valor atribuído à causa.

Posto isso, considerando, ainda, o mais que dos autos consta — especialmente os princípios gerais de Direito aplicáveis à espécie — com arrimo no disposto no art. 5º, inc. XXXII, e art. 170, inc. V, ambos da Constituição Federal de 1988, bem como os arts. 48 de suas Disposições Transitórias, 2º, 5º e 6º, todos da Lei n. 9.099/95, c/c os arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, incs. III, VI e VII, e 42, parágrafo único, todos da Lei n. 8.078/90, arts. 130, 131, 330, inc. I, 333, incs. I e II, e 334, inc. I, estes do Código de Processo Civil, julgo, para que operem seus jurídicos e legais efeitos, *parcialmente* procedente o pedido, condenando a Universidade do Sul de Santa Catarina — Unisul a restituir a Lédio Rosa de Andrade, em dobro, o valor efetivamente por este despendido para pagamento de 216 (duzentos e dezesseis) créditos afetos à disciplina denominada *estágio supervisionado*, nos níveis I e II, do curso de graduação em Psicologia, tocando ao Contador Judicial apurar o *quantum* devido, por meio de cálculo simples, incidindo correção monetária a contar da data de cada um dos pagamentos respectivos (fl. 8), mediante aplicação do índice fixado pela Corregedoria-Geral da Justiça, agregando-se os juros de mora a contar da citação (21-3-2005 — fl. 36),

consoante o disposto no art. 406 do Código Civil. Por derradeiro, com arrimo em o disposto no art. 17, inc. V, c/c o art. 18, ambos do Código de Processo Civil, vai ainda a Unisul condenada a pagar ao autor pena por litigância de má-fé, arbitrada em 20% (vinte por cento) do valor atribuído à causa, satisfazendo os honorários advocatícios devidos a seus procuradores (fl. 9), fixados à razão de 20% (vinte por cento), também calculado sobre o valor atribuído à causa (art. 55, *caput*, da Lei n. 9.099/95 c/c o art. 20, § 4º, do *Codex Instrumentalis*), impondo-lhe, outrossim, a satisfação das custas processuais devidas (art. 55, *caput*, da referida Lei), cabendo ao escrivão judicial formalizar o elenco

de diligências pertinentes — até mesmo remetendo, após o trânsito em julgado, cópia fotostática autêntica da presente decisão ao Presidente da Subseção local da OAB — Ordem dos Advogados do Brasil, para apuração da infração disciplinar capitulada no art. 34, inc. XIV, da Lei n. 8.906/94 — com as cautelas de praxe.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Tubarão, 23 de março de 2005.

Luiz Fernando Boller,
Juiz de Direito.

AUTOS N. 256.05.000157-8

Ação: Mandado de Segurança

Impetrante: Posto de Combustíveis Bom Jesus do Oeste Ltda.

Impetrado: Prefeito Municipal de Bom Jesus do Oeste e outro

Sentença

Posto de Combustíveis Bom Jesus do Oeste Ltda., pessoa jurídica de direito privado, CNPJ n. 00.149.352/0001-03, com sede na Avenida Planalto, 450, Bairro Centro, município de Bom Jesus do Oeste/SC, por meio de seus procuradores, impetra mandado de segurança em desfavor de atos do Senhor Prefeito Municipal de Bom Jesus do Oeste/SC e do Presidente da Comissão Permanente de Licitação, em face do Processo Licitatório n. 016/2005. Obtem-

pera que a Prefeitura Municipal de Bom Jesus do Oeste/SC, pelo procedimento de licitação n. 016/2005, publicou aviso de licitação na modalidade “tomada de preços”, do tipo “menor preço”, para aquisição de combustíveis para o exercício de 2005. Assevera que foi imposta aos licitantes a apresentação de ficha cadastral de fornecedores, e que a empresa Comércio de Combustíveis Ideal Ltda. não possuía autorização expedida pela Agência Nacional do Petróleo. Consigna que, no momento da abertura dos envelopes de habilitação, no primeiro

dia de março de 2005, às 14 horas, constatando a impetrante que a empresa concorrente não detinha tal autorização e, fazendo constar em ata tal condição, requereu a inabilitação da licitante concorrente, sendo que o Senhor Presidente da Comissão Permanente de Licitações solicitou apresentação das razões por escrito, suspendendo o curso do procedimento e designando nova data para julgamento da impugnação e subsequente abertura dos envelopes de proposta. Afirma que, apresentadas as razões na forma requerida, e aberta oportunidade do contraditório, o Senhor Prefeito Municipal, em explícita manobra política, ignorou as razões invocadas para declarar inabilitadas as concorrentes, com base no artigo 27, V, da Lei de Licitações, determinando que a Comissão Permanente de Licitação fixasse prazo de 8 (oito) dias para apresentação de novos documentos de habilitação. Pontua que foi surpreendida com a convocação para reabertura dos envelopes de habilitação aos 28 (vinte e oito) dias de março de 2005, às 14 (quatorze) horas, sob alegação de apresentar certidão negativa de FGTS vencida. Obtempera que são evidentes as manobras ilegais e abusivas perpetradas pela autoridade coatora, toleradas pela comissão permanente de licitação, uma vez que a habilitação preliminar não foi processada e julgada regularmente, impondo-se o cancelamento do registro cadastral da empresa Comércio de Combustíveis Ideal Ltda.

Diante das razões, requer seja liminarmente declarada a empresa

Comércio de Combustíveis Ideal Ltda. inabilitada para a Licitação n. 016/2005 e anulados todos os atos posteriores à impugnação oposta pela impetrante.

Junta procuração (fl. 9) e documentos (fls. 10 a 64).

Determinada emenda à inicial para (a) juntada de documentos relativos à lesão invocada; (b) atendimento aos requisitos dos artigos 282 e 283 do CPC; (c) juntada de cópias da documentação para as impetradas; e (d) inclusão no pólo passivo da licitante Comércio de Combustíveis Ideal Ltda. (fls. 68 e 69).

Manifestação da impetrante atendendo às determinações judiciais (fls. 75 a 76), com documentos (fls. 77 a 90).

Deferida a medida liminar para a finalidade de declarar a inabilitação da concorrente Comércio de Combustíveis Ideal Ltda., bem como a nulidade de todos os atos posteriores à abertura dos envelopes de habilitação, fato ocorrido em 1º de março de 2005, bem como determinada a notificação das autoridades coatoras e da litisconsorte passiva necessária.

Notificadas (fl. 106v.), as autoridades coatoras notificam a interposição de recurso de agravo de instrumento (fls. 109 a 127), no qual foi indeferido pedido de efeito suspensivo (fls. 12 a 130).

Informações prestadas (fls. 136 a 149) no sentido de que não houve transgressão legal, uma vez que se

apresenta imprescindível a declaração exigida no artigo 27, V, da Lei n. 8.666/93.

Obtempera que não havia necessidade de o Senhor Prefeito analisar o mérito do recurso administrativo da impetrante, uma vez que ele concluiu no sentido de que ambas as concorrentes mereceram declaração de inabilitação.

Assevera que a exigência da declaração prevista no artigo 27, V, da Lei de Licitações é lícita, independente de não ter constato no edital original, pois decorre da própria lei federal, não podendo dar margem à discricionariedade.

Observa que, com a reabertura do prazo, a impetrante concordou com a decisão administrativa, apresentando documento vencido, o que causou a sua desclassificação.

Argumenta que a apologia aos princípios administrativos cuida-se de demagogia, sendo que a empresa que venceu o certame cotou o preço do litro do combustível em valores inferiores ao adotados pela requerente.

Requer, ao final, seja denegada a ordem pleiteada como medida de justiça.

Junta documentos (fls. 150 a 179).

Comércio de Combustíveis Ideal Ltda. apresenta contestação (fls. 180 a 189) aduzindo, em preliminar, que o término do procedimento licitatório acarreta falta de interesse de agir, tornando prejudicado o pedido formu-

lado pela impetrante, arrolando jurisprudência.

No mérito, consigna que a requerida atendeu a todas as exigências do edital convocatório da licitação, sendo que, em nenhum momento, exigiu-se no edital convocatório prova do certificado de posto revendedor. Destaca que não houve impugnação do registro cadastral da terceira interessada e que a impetrante concordou com a decisão administrativa do Senhor Prefeito. Assevera que a autora foi desclassificada por apresentar documento vencido e não por ato político, já que a exigência do artigo 27, V, da Lei de Licitações independe do edital convocatório, argumentando que não houve prejuízo para as concorrentes, uma vez que foi reaberto o prazo do artigo 48, § 3º, da Lei n. 8.666/93. Advoga a tese da impossibilidade de inabilitação após a abertura dos envelopes de proposta, conforme redação do artigo 43, § 5º, da Lei Licitatória, sendo que, após sua abertura preclui a fase de habilitação, devendo esta permanecer incólume.

Requer julgamento de extinção do feito sem exame do mérito ou, subsidiariamente, a improcedência dos pedidos arrolados na exordial.

Junta procuração (fl. 190) e documentos (fls. 191 a 212).

Parecer do Ministério Público (fls. 216 a 219) no sentido de que não poderia o edital convocatório dispensar as condições mínimas para o exercício do direito de licitar. Destaca que, não obstante a concessão do prazo de

8 (oito) dias para complementação dos documentos de habilitação, a análise destes ficou longe de se pautar pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, probidade e objetividade de julgamento. Anota que por ocasião da data da segunda abertura dos envelopes, contendo os documentos referentes à habilitação, em 28 de março de 2005, não poderia ter sido o Posto de Combustíveis Bom Jesus do Oeste Ltda. considerado não habilitado pelo fato de que não foi possibilitado o contraditório e a ampla defesa, providência que não precedeu ao cancelamento do registro cadastral de fl. 199.

É o que cabia relatar.

Decido

I — Da preliminar

A litisconsorte passiva necessária Comércio de Combustíveis Ideal Ltda. maneja prefacial de falta de interesse de agir, uma vez que no momento da concessão da medida liminar (25-4-2005) já havia sido firmado contrato administrativo entre o município de Bom Jesus do Oeste/SC e a empresa ré.

Merece ser rejeitada a prefacial.

Ocorre que as nulidades presentes na fase da habilitação, desvinculação ao instrumento convocatório e negação dos princípios administrativos da legalidade, moralidade e impessoalidade, razões já transcritas na interlocutória de fls. 91 a 99, possibilitam a declaração de invalidade de to-

dos os atos subseqüentes, até mesmo o contrato firmado entre a vencedora e a Administração Pública.

A propósito, repiso as lições da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, consignadas na análise do pleito liminar:

“[...] Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no artigo 41, segundo o qual a administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes no edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); *se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta o envelope-proposta (artigo 43, II); se deixarem de atender às exigências constantes à proposta, serão desclassificados (artigo 48, inciso I)*” (in Di Pietro, Maria Zanella. *Direito administrativo*. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 299) (grifei).

A nulidade presente na fase de habilitação contamina todo o procedimento licitatório, bem como a contratação dele derivada, sendo afastada a tese da preclusão pelo advento da fase das propostas.

Quanto ao controle judicial dos atos administrativos, colaciono a doutrina do Professor Juarez Freitas:

“[...] tem sucedido ampliação dos mecanismos de controle judicial dos atos e contratos administrativos, sobremaneira com o incremento da participação do Ministério Público na defesa dos interesses indisponíveis, além da ação popular (CF, art. 5º, LXXIII), da ação civil pública (CF, art. 129, III, e Lei n. 7.347/85), da defesa do consumidor de serviços públicos (CF, art. 170, e Lei n. 8.078/90, art. 22) e da ação civil de improbidade administrativa (CF, art. 37, § 4º e Lei n. 8.429/92), entre outros *instrumentos que robustecem a convicção de que há meios processuais para que os princípios possam ser vistos, de modo acertado, como fontes materiais do Direito* e, nessa linha, sem invasão usurpatória do mérito administrativo já não devendo ocupar o tímido papel secundário antigo, notadamente no âmbito do controle jurisdicional” (*in* Freitas, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. Malheiros Editores, 1997, p. 79 e 80) (grifei).

Dessa sorte, presente o interesse de agir no *writ*, razão pela qual afasta-se a preliminar trazida pela litisconsorte necessária.

II — No mérito

A tese a ser apreciada no presente caderno processual diz respeito à verificação de lesão a direito líquido e certo da impetrante quanto ao Procedimento de Licitação n. 016/2005,

da Prefeitura Municipal de Bom Jesus do Oeste/SC por ato das autoridades coatoras.

A título de esclarecimento, destaco que serão apreciadas a questão do direito líquido e certo da impetrante e as eventuais nulidades do Procedimento Licitatório n. 016/2005, sendo que as teses no tocante a preços e continuidade dos serviços não serão consideradas, já que refogem ao âmbito estrito do *writ of mandamus*.

Superadas tais considerações, com o condão de evitar eventual interposição de embargos declaratórios neste tópico, passo ao enfrentamento do mérito.

Em relação ao conceito de mandado de segurança, conforme escólio de Hely Lopes Meirelles:

“[...] é ação civil de rito sumário especial, destinada a afastar ofensa a direito público subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva de ilegalidade, ordem esta, a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora, em atendimento da notificação judicial. Sendo ação civil, como é, o mandado de segurança enquadra-se no conceito de causa, enunciado pela Constituição da República, para fins de fixação de foro e juízo competentes para o seu julgamento quando for interessada a União (art. 109, I e VII), e produz todos os efeitos próprios dos feitos contenciosos. Distingue-se das demais ações apenas pela especificidade de seu objeto e pela sumariedade de seu procedimento,

que é próprio e só subsidiariamente aceita as regras do Código de Processo Civil. *Visa, precipuamente, à invalidação de atos de autoridade ou supressão de efeitos de omissões administrativas capazes de lesar direito individual ou coletivo, líquido e certo* (in Meirelles, Hely Lopes. Mandado de segurança. 18ª ed. Malheiros Editores: São Paulo, 1998, p. 29) (grifei).

No caso em tela, a procedência integral da ação mandamental afigura-se como um imperativo lógico.

Conforme já consignado na análise do pedido liminar (fls. 91 a 99), houve flagrantes lesões a vários princípios constitucionais e de Direito Administrativo, o que fulmina de nulidade todo o procedimento licitatório.

A propósito, repisamos a seguinte argumentação trazida por ocasião da análise da medida liminar pleiteada, *verbis*:

“Presente invalidade do procedimento licitatório pelo ato ilegal firmado pelo Senhor Prefeito ao desvincular-se do ato convocatório, exigindo documentação a qual não estava elencada no referido edital.

“Sobre a natureza vinculativa do ato convocatório, leciona Marçal Justen Filho:

‘O instrumento convocatório cristaliza a competência discricionário da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento da validade dos atos praticados no curso da li-

citação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se revolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes no edital, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação [...]. Verificando a nulidade ou inconveniência dos termos do edital, a Administração poderá valer-se de suas faculdades para desfazimento dos atos administrativos. Porém, isso acarretará necessariamente o refazimento do edital, com invalidação do procedimento licitatório já desenvolvido’ (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 384 e 385) (doutrina referida quando do julgamento da Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2004.002807-5, de Itaiópolis. Relator Desembargador Volnei Carlin).

“Anota-se que os procedimentos de licitação devem ser permeados pela lisura, isonomia, ética, boa-fé e atendimento a todos os princípios constitucionais do Direito Administrativo, sob pena de serem declarados inválidos [...]” (in fls. 94 e 95 destes autos).

No caso em tela, a prova documental atesta que, na abertura dos envelopes de habilitação ao primeiro dia de março de 2005, a concorrente Comércio de Combustíveis Ideal Ltda. não possuía cadastro regular na Agência Nacional do Petróleo, portanto, não atendia à disposição do item 3.2 do Edital do Processo Licitatório n. 016/2005:

“3.2 Poderão ainda participar os interessados que atenderem todas as condições exigidas para cadastramento e que se cadastrarem (*sic*) no Município de Bom Jesus do Oeste SC, até o 3º (terceiro) dia anterior ao recebimento das propostas”.

A comprovação de tal fato ocorreu com o documento de fl. 42, o qual atesta que a publicação no Diário Oficial da regularização da litisconsorte na Agência Nacional do Petróleo ocorreu somente em 9 de março de 2005, data posterior à fase de habilitação.

Dessa sorte, não haveria outra alternativa à Administração Municipal a não ser declarar inabilitada a concorrente pelo não atendimento às exigências do edital, sob pena de lesão ao direito líquido e certo da impetrante, acarretando a nulidade dos atos posteriores pelo não atendimento ao instrumento convocatório.

É da doutrina:

“O instrumento convocatório, sob a forma de edital ou de convite, vinculará necessariamente todo o procedimento e, por isso, deverá conter as peculiaridades, exigências e regras específicas da licitação anunciada, inclusive os critérios para julgamento, nenhuma decisão poderá ser tomada pela administração que não esteja vinculada à lei, ao regulamento ou a esse ato convocatório” (Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 10ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense; 1992, p. 122) (grifei).

A decisão administrativa de fls. 45 a 50 no sentido de declarar as em-

presas concorrentes inabilitadas com base no artigo 27, V, da Lei n. 8.666/93 apresenta-se eivada de nulidade pelo fato de estar em desconformidade com o edital, lei máxima do procedimento licitatório, atentando, também, contra os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e não vinculação ao instrumento convocatório, conforme já apreciado na interlocutória de fls. 91 a 99.

Outrossim, colhe-se do escólio da Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro:

“[...] Na fase da habilitação, a Administração Pública abre, em ato público, os envelopes contendo a documentação, que deve ser rubricada pelos licitantes presentes e pela Comissão (§§ 1º e 2º do art. 43). Examinados os documentos, serão considerados habilitados os licitantes que tiverem atendido às exigências do edital, não sendo permitido, após o ato público de abertura dos envelopes, a apresentação ou substituição de documentos. Os licitantes que não estiverem com a documentação em ordem serão considerados inabilitados para participar da licitação e recebem de volta, fechado, o envelope contendo sua proposta, desde que não tenha havido recurso ou após a sua denegação (art. 43, inciso II). Quando todos forem inabilitados, a Administração poderá dar aos licitantes o prazo de oito dias (ou três, no caso de convite), para que apresentem nova documentação (art. 48, parágrafo único)” (ob. cit., p. 329) (grifos nossos).

Também incidentes as lições do Professor Hely Lopes Meirelles:

“O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a administração que o expediu. Assim, estabelecidas as regras do certame, tornam-se inalteráveis para aquela licitação, durante todo o procedimento” (Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 249) (grifos nossos).

Dessa sorte, jamais poderia a Autoridade Municipal afastar-se do critério objetivo previsto e consagrado na Lei de Licitações, no que tange à análise da regularidade do cadastro da empresa Comércio de Combustíveis Ideal Ltda.

A exigência, por parte da Administração, de documentos não descritos no edital, com a inabilitação das 2 (duas) concorrentes, atenta contra a própria segurança do procedimento licitatório, sendo, repisa-se, decisão nula que contamina todo o processo licitatório, restando lesado o princípio da legalidade.

Verifica-se do escólio do Professor e Des. Volnei Ivo Carlin:

“Desta forma, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (edital ou carta-convite) abrange a Administração Pública e aos licitantes e tem como objetivo resguardar a segurança jurídica através da manutenção das regras estabelecidas inicialmente até o final da contratação” (Carlin, Volnei Ivo. *Direito Administrativo Doutrina, Jurisprudência e Direito Comparado*. 2ª ed. rev. atual. e ampl., Flórida-

nópolis: OAB/SC Editora, 2002. p.135)” (grifei).

A propósito, o artigo 43, § 3º, da Lei de Licitações é claro, em sua parte final, no sentido de impedir que seja complementada a documentação, *verbis*:

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

“§ 3º. É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta” (grifei).

Dessa sorte, não poderia a Administração Municipal possibilitar, fora das hipóteses legais, a complementação de documentos.

A propósito, imperativa a análise do seguinte julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, *verbis*:

“[...] Licitação. Impugnação do ato que decretou a nulidade do certame. Comissão que, com fulcro no art. 43, § 3º, da Lei n. 8.666/93, determinou a complementação de itens inseridos nas propostas. Impossibilidade. Desrespeito às regras do edital. Violação ao princípio da competitividade. Direito líquido e certo inexistente. Ordem denegada. Consoante dispõe o art. 43, § 3º, da Lei n. 8.666/93, é fa-

cultada à comissão de licitação ou à autoridade superior, em qualquer fase do certame, promover diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo; todavia, *é vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria acompanhar originalmente a proposta*” (in Mandado de Segurança n. 2004.001954-8, da Capital, rel. Des. Rui Fortes) (grifei).

Colhe-se do voto do eminente relator Des. Rui Fortes:

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

“§ 3º. É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente da proposta”.

“Comentando o dispositivo citado, Jessé Torres Pereira Junior disserta:

‘A Comissão ou a autoridade está proibida de deferir ou ordenar a diligência se esta tiver por objeto a inclusão de documento ou informação que deveria haver acompanhado a proposta (também a documentação). A vedação guarda simetria com os arts. 396 e 397 do Código de Processo Civil, dos quais resulta que a petição inicial deve vir instruída com os

documentos destinados a provar as alegações do autor, sendo-lhe vedado trazê-los posteriormente, a menos que comprove que delas não dispunha ou se se referirem a fatos ocorridos depois de articulados na peça vestibular.

‘No caso do processo administrativo da licitação, cada licitante sabe, em face das exigências do edital, quais os documentos e informações que deverão estar nos respectivos envelopes. Não os trazer significa descumprir o edital, acarretando-lhe a inabilitação, ou a desclassificação da proposta. A proibição de serem aceitos posteriormente respeita o direito dos demais licitantes ao processamento do certame de acordo com a exigência do edital. Daí a Comissão ou a autoridade superior sujeitar-se a recurso interponível pelo licitante que considerar abusiva a realização de diligência que abra oportunidade indevida a outro concorrente’ (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, Editora Renovar, 6ª edição, p. 466 e 467).

“Na mesma senda, ensina Cretella Júnior:

‘Em qualquer fase do procedimento licitatório, a Comissão Licitante ou Autoridade Superior tem o poder-dever de promover diligência destinada ao esclarecimento ou à complementação da instrução do processo, sendo expressamente proibida a posterior inserção de documentos ou informe que deveria já ter constado originariamente na proposta e constar dos autos de licitação’ (Das Licitações

Públicas. Editora Forense, 10ª edição, p. 290)".

No caso em tela, consolidou-se a *kafkaniana* situação de inabilitação das 2 (duas) concorrentes pela ausência de documento que não constava no edital!

O desatendimento a princípios básicos de Direito Administrativo causa perplexidade, trazendo à tona os seguintes questionamentos:

"É possível exigir documentação que não estava prevista no instrumento convocatório máximo, desclasificando as concorrentes sem, sequer, possibilitar ampla defesa?"

"O procedimento adotado pelas Autoridades Coatoras apresenta-se de forma correta e atende à probidade, ética, moralidade e transparência que devem pautar as relações de Direito Administrativo?"

A resposta negativa às duas indagações *supra* concretiza o direito líquido e certo à impetrante, tornando definitiva a medida liminar dantes concedida e, via de consequência, consolidando a concessão da segurança pleiteada como um imperativo lógico.

Por derradeiro, colaciono as seguintes lições do Professor Juarez Freitas:

"[...] resta evidenciado, no tocante aos atos administrativos em geral, que varia tão-somente o grau de vinculação dos mesmos à legalidade, entendida esta como princípio autônomo, pois, se se ampliar o conceito, o princípio adquire uma identifi-

cação equívoca com o Direito. Não por acaso, em extrema coerência com o exposto, os atos administrativos podem ser enquadrados como de improbidade pelo simples fato de empírica observação de serem atentatórios aos princípios da Administração Pública (Lei n. 8.429/92, art. 11), ainda que não tenha havido qualquer enriquecimento ilícito ou dano ao erário, o que reforça a convicção de que devem ser controlados de uma maneira mais abrangente, tanto no âmbito do controle interno de cada Poder (não se devendo subestimar a eficácia da autotutela) como pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, dada a interdependência dos Poderes. Desta maneira, mesmo um ato supostamente discricionário encontra-se finalisticamente vinculado, *e.g.* ao princípio da moralidade. Por igual, o ato administrativo em geral não poderá violar o princípio da economicidade, sob pena de ser catalogado como de improbidade administrativa para todos os efeitos, ainda que pareça, formalmente, estar em perfeita ordem no que tange à legalidade [...]" (*in* Freitas, Juarez. Estudos de direito administrativo. Malheiros: São Paulo, 1997. p. 144).

Dispositivo

Ante todo o exposto, forte no artigo 1º, *caput*, da Lei n. 1.533/1951 e artigo 269, I, do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido contido nos Autos n. 256.05.000157-8 para conceder a segurança pleiteada, confirmando a medida liminar dantes concedida (fls. 91 a 99) para a finalidade de declarar:

(A) inabilitada perante o certamente licitatório n. 016/2005 a empresa Comércio de Combustíveis Ideal Ltda.; e

(B) a nulidade de todos os atos posteriores à abertura dos envelopes de habilitação ocorridos no primeiro dia de março de 2005 (fl. 28), devendo ser retomado o Procedimento de Licitação n. 016/2005, com abertura e posterior julgamento da proposta apresentada pela impetrante, na forma dos artigos 44 e seguintes da Lei n. 8.666/1993.

Diante da notícia de não atendimento à interlocutória de fls. 91 a 99 por parte da Comissão Permanente de Licitação (fl. 222), com amparo no artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil, *independente da remessa oficial pelo fato de ter sido negado efeito suspensivo ao recurso de Agravo de Instrumento n. 2005.012022-8* (fls. 129 e 130), assino o prazo de 5 (cinco) dias para atendimento à presente decisão, *sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)* imputada à Administração Pública, na forma solidária entre as autoridades coatoras, sem prejuízo às sanções penais e administrativas, inclusive às previstas na Lei n. 8.429, de 2-6-92.

Custas pelas requeridas.

Sem honorários.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Decorrido o prazo dos recursos voluntários, certifique-se e encaminhem-se os presentes autos para o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina para fins de reexame necessário (Lei n. 1.533/1951, art. 12, parágrafo único).

De imediato, oficie-se às autoridades coatoras para atendimento do preceito cominatório.

Tendo em vista a fundamentação *supra*, forte no artigo 40 do Código de Processo Penal, e também para que se apurem eventuais atos, em tese, penais e de improbidade administrativa, determino a extração de cópia integral destes autos com a remessa, por ofício, à Promotora de Justiça Titular da Comarca.

Modelo, 27 de junho de 2005.

Solon Bittencourt Depaoli,
Juiz de Direito.

**JUIZO DE DIREITO DA COMARCA DE CAMPOS NOVOS
PROCESSO N. 014.01.003580-3****JUIZA DE DIREITO: DRA. ADRIANA LISBOA**

Vistos, etc.

J. F. S. T., devidamente qualificada na inicial, por meio de advogado habilitado, ajuizou ação cautelar de separação de corpos contra seu marido J. B. T. e T., imputando-lhe grave desrespeito aos deveres matrimoniais, que teriam tornado insuportável a vida em comum.

Dizendo que vinha sendo humilhada pelo marido que, inclusive, a impede de utilizar o automóvel para ir trabalhar mesmo nos dias de chuva, afirmou que o demandado passou a proferir ameaças de agressão, pondo em risco sua integridade corporal, razão do ajuizamento do pedido cautelar.

Defendendo a imperiosidade da medida, requereu, a final, autorização judicial para deixar o lar conjugal levando consigo os filhos.

Deferida a liminar, o requerido foi citado, apresentando resposta.

Contestou os termos da exordial, atribuindo à requerente a culpa pela insuportabilidade da convivência e observando que ela já havia deixado a casa quando adentrou judicialmente com o pleito.

Reclamou, também, a guarda provisória dos filhos, comprovando ter

interposto no egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina o competente agravo de instrumento.

Veio aos autos, via fac-símile, cópia da decisão liminar proferida no mencionado reclamo, determinando que os filhos do casal permanecessem com o pai (fl. 50), veredicto posteriormente confirmado em julgamento (fl. 60).

Manifestou-se a autora sobre a peça de resistência.

No prazo de lei, a autora J. F. S. T. ajuizou ação de separação litigiosa contra J. B. T. e T., sustentando, em síntese, que o requerido constantemente a desrespeita na frente dos filhos, agredindo-a verbalmente, acarretando grave prejuízo à educação dos menores que passaram a repetir os atos do pai contra a genitora.

A situação, entende, tornou impossível o prosseguimento da união.

Argumentou que o demandado deixou o quarto conjugal espontaneamente, e que não permite o convívio dos avós maternos com os filhos do casal, impedindo, inclusive, que os pais da requerente se hospedem na sua residência quando em viagem a esta Comarca.

Afirmou que o demandado não permitia que esta tivesse amizades,

pondo em dúvida sua opção sexual quando a requerente iniciou amizade com uma colega de profissão.

Relacionando os bens comuns, requereu a procedência do pedido com a conseqüente decretação da separação, divisão dos bens e reclamando a guarda dos filhos comuns, uma vez que a mãe teria melhores condições de promover-lhes a criação e educação.

Pediu, também, o arbitramento de pensão alimentícia a seu favor e da prole em 35% dos rendimentos do requerido.

Designada audiência conciliatória, o requerido foi citado.

Impossibilitada a conciliação, o demandado apresentou sua contestação alegando que, na realidade, os atos que tornaram insustentável a convivência partiram da autora, que proferia palavras de baixo calão contra o requerido, na presença da prole.

Reconheceu não gostar das amizades da autora, asseverando, entretanto, que jamais ofendeu a esposa por tais razões da forma por ela narrada.

Admitindo ter deixado o quarto do casal, argumenta que assim o fez em virtude de que é portador de rinite crônica e que a moléstia incomodava a própria requerente, ocasionando diversas desavenças durante a madrugada.

Negou qualquer inimizade com os sogros, repudiando, ainda, o argumento de que impede o relacionamen-

to de seus filhos com os avós, aduzindo que aqueles não se instalavam na residência do casal quando em visita à Cidade por sua deliberação, não impondo, o requerido nenhum óbice à hospedagem.

Lembrando que foi a autora quem deixou o lar, não levando consigo os filhos, pede a improcedência do pedido e o deferimento, a seu favor, da guarda definitiva dos menores, uma vez que as próprias crianças assim o desejam.

Aduziu que a requerente exerce atividade remunerada, não havendo necessidade, pois, de pagar-lhe pensão, mormente quando o demandado tem em sua guarda os dois filhos.

Juntou documentos.

A autora manifestou-se sobre a contestação.

Pelos mesmos fundamentos, o requerido apresentou reconvenção, registrada e autuada em apenso aos presentes autos.

Requereu a decretação da separação judicial por reconhecimento da culpa da mulher no desfazimento da união, reiterando os demais pedidos formulados na contestação.

Instada, a reconvinde apresentou contestação, sobre a qual falou o reconvinde.

Na audiência de instrução designada para todos os processos, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela autora, não tendo o demandado apresentado rol.

No ato, foi fixada pensão alimentícia em favor da requerente reconvida no valor de meio salário mínimo, constando, ainda, no termo, que cada um dos cônjuges está com a guarda de fato de um dos filhos do casal.

Apresentadas alegações finais por memoriais pela autora perfilhando as teses anteriormente esposadas.

O requerido deixou de ofertar a peça processual derradeira.

Designada nova audiência conciliatória, as partes recusaram a proposta de pôr termo consensual à união.

O Ministério Público manifestou-se pela procedência da cautelar, entendendo que a medida era necessária ao caso, bem como a decretação da separação do casal, asseverando que não há provas de quem foi o responsável pelo desfazimento do casamento.

Posicionou-se, então, pela divisão igualitária dos bens e pela manutenção da guarda dos filhos da forma havida.

Quanto à pensão alimentícia, opinou no sentido de indeferir-la em favor da mulher, mas de fixá-la em um salário mínimo em favor do menor que está sob a guarda materna.

Vieram-me os autos.

Decido

Trata-se de três ações: uma ação cautelar de separação de corpos e duas ações de separação litigiosa, (uma em reconvenção), nas quais são partes J. F. S. T. e J. B. T. e T.

Havendo conexão, deverão ser julgadas simultaneamente (art. 103 e 105 do CPC).

Adentro, inicialmente, ao pedido da ação cautelar, ressaltando a inexistência de preliminares.

A requerente ajuizou a ação cautelar sustentando a insuportabilidade da vida em comum, atribuindo ao requerido grave violação aos deveres matrimoniais, porque a estaria desrespeitando diante dos filhos.

O demandado, por seu turno, asseverou que as discussões existentes entre o casal eram normais a uma união de quatorze anos de duração e que, na realidade, foi a própria autora quem abandonou voluntariamente o lar conjugal, dando, assim, motivo ao desfazimento do casamento.

Afirmou que, na verdade, as agressões verbais partiam da requerente, não lhe podendo, destarte, ser imputada a responsabilidade pela separação.

Da análise dos autos, entendo que a medida cautelar deferida liminarmente é de ser confirmada.

Ocorre que a impossibilidade de prosseguimento da união resta suficientemente demonstrada quando ambos os cônjuges imputam um ao outro condutas incompatíveis com o casamento, instaurando judicialmente os pedidos de separação.

Quer dos depoimentos das testemunhas, quer pelo “bilhete” juntado na ação cautelar, que teria sido escrito pelo filho (fl. 27), provas essas que

serão analisadas posteriormente, resta claro que não seria suportável a permanência da requerente no lar conjugal pela própria saúde mental e psicológica dos separandos e principalmente dos filhos que, ao que tudo indica, viraram vítimas das desavenças do casal.

Sendo assim, perfeitamente possível a ela a saída da casa, ainda que no dia anterior ao ajuizamento do pleito (boletim de ocorrência de fl. 26), porque se verifica que foi compelida a agir dessa maneira a fim de resguardar-se, o que não pode ser condenado.

Em casos tais – quando o cônjuge reclama judicialmente autorização para deixar o lar – o que há de se verificar é se há formalmente a instituição do casamento, bem como se as alegações do requerente são bastantes à concessão da medida, não importando discutir-se a culpa pelo desfazimento da união, o que será objeto de exame no feito principal.

A propósito:

“Apelação cível. Ação cautelar de separação de corpos. Separação de fato. Honorários advocatícios. Recurso parcialmente provido.

“Em sede de ação cautelar de separação de corpos, a única prova a ser examinada é a concernente à existência do casamento, revelando-se impertinente qualquer discussão sobre os fatos que serão apreciados na ação principal.

“É perfeitamente admissível a concessão do alvará de separação de

corpos, quando já se encontram os cônjuges faticamente separados, vez que ‘dá legalidade a uma situação que é contrária aos deveres impostos pelo Direito de Família, inclusive ao dever de coabitação’ (RT 460/145)” (Ap. Cív. n. 40.911, da Capital, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 2-3-1993).

Portanto, comprovada a insuportabilidade da vida em comum, razão assiste à autora para reclamar sua saída do lar conjugal, sem que se configure o abandono do lar, motivo por que a ação cautelar é de ser julgada procedente.

Com relação à ação de separação judicial movida por J. F. S. T. contra J. B. T. e T. e deste contra aquela, em forma de reconvenção, cingem-se os pedidos em verificar-se a culpa dos cônjuges pelo desfazimento da união, pois daí decorrerão os efeitos legalmente previstos.

Determina o Código Civil de 1916, em vigor à época dos fatos:

“Art. 231. São deveres de ambos os cônjuges:

“I – fidelidade recíproca;

“II – *vida em comum*, no domicílio conjugal (arts. 233, n. IV, e 234);

“III – *mútua assistência*;

“IV – sustento, guarda e educação dos filhos”.

E a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77) disciplina:

“Art. 5º. A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônju-

ges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum” (grifos meus).

Compulsando o caderno processual, tem-se que as partes imputam-se mutuamente desrespeito aos deveres do casamento e, assim sendo, a responsabilidade pela separação.

Em que pese o parecer ministerial em contrário, entendo que restou sobejamente demonstrado que a culpa pode ser atribuída ao varão, como passo a analisar.

Por certo não se olvida que, deflagrado o processo de separação de fato, ambos os litigantes passaram a ter comportamento agressivo e arredio um com o outro, conseqüência lógica do desgaste da união. Dessa monta, impende abstrair do contexto probatório quem deu início ao processo de menosprezo à vida em comum e descumpriu os deveres conjugais.

As testemunhas ouvidas informaram que o casal tinha grandes discussões, e que as brigas ocorriam por iniciativa do requerido.

A testemunha compromissada M. C. C. narrou que a autora reconvinda costumava-lhe narrar as desavenças do casal que, segundo ela, seriam principiadas pelo marido daquela:

“[...] que havia muitos desentendimentos entre o casal, brigando bastante; que o separando criticava muito a separanda, agredindo-a verbal-

mente (ela); que a iniciativa das brigas era do separando; *que pelo que a gente percebia ele era agressivo*; que a separanda é uma pessoa tranqüila [...]; que soube dos fatos apenas através das conversas que mantinha com a separanda [...]” (M. C. C., fl. 74).

A empregada doméstica que trabalhava na residência do casal imputou ao requerido reconvinte agressividade exacerbada e a iniciativa das brigas, *verbis*:

“Que trabalhou como empregada doméstica na casa do casal; que eles ainda conviviam juntos; que a relação conjugal era conturbada, pois o casal discutia muito; *que o separando era uma pessoa muito agressiva*; que a separanda era calma; que a iniciativa das brigas era sempre do separando; que a separanda desconfiava de traição conjugal, mas não tinha certeza; que não sabe explicitar o motivo para a separação além do *gênio difícil do separando* [...]” (C. R. dos S., fl. 75).

Tem-se, ainda, que, segundo informações de ambos os separandos, os filhos do casal presenciavam as discussões.

O absurdo do convívio conturbado pode ser imaginado diante do “cartaz” escrito pelo filho menor anexo à porta de seu quarto, juntado à fl. 27 da ação cautelar pelo próprio requerido reconvinte, no qual se lê:

“Proibido J. entrar.

Loca (expressão riscada)

Todos contra a loucura de J. e sua (illegível)”.

Ora, por certo o menor repetiu expressão ou fato por ele ouvido dentro de casa, principalmente quando chama a progenitora pelo nome ou alcinha (Jaque) e não por “mãe” como deveria ser, tendo em conta os costumes nacionais (art. 5º da LICC).

Causa espanto, ainda, que uma criança nessa idade sintasse suficientemente autorizada a proibir a entrada de sua mãe em seus aposentos, utilizando-se, ainda, de termos extremamente desrespeitosos contra aquela, taxando-a de “louca”, demonstrando que a requerente tem razão quando afirma que o demandado a menosprezava diante dos filhos, permitindo com seu comportamento que aqueles repetissem suas ações.

Um pai preocupado com o desenvolvimento do filho e um marido zeloso por sua mulher jamais poderia tolerar a audácia da criança em tais termos. Ao revés teria de agir de forma firme e posicionar-se ao lado de sua companheira, explicando à criança que não poderia desacatar sua mãe da forma perpetrada.

O fato, por certo, foi ultrajante à mulher que ofendida pelo marido viu o filho repetir o gesto daquele e, pior, foi por ele incentivado quando a impediu de executar-lhe corretivo a fim de que aprendesse a respeitá-la.

Paulo Dourado de Gusmão, sobre conduta desonrosa a autorizar a separação judicial, conceitua:

“Ofensa moral grave, *que atinge a honra*, a reputação, a dignidade,

os brios *ou os sentimentos do outro cônjuge*, seja verbal, seja escrita, seja por gestos ou por conduta desonrosa capaz de tornar insuportável a vida em comum. *Violação do dever de respeito à pessoa, à personalidade e à honra do outro cônjuge*. Constitui, assim, violação de um dos deveres do casamento (art. 5º da Lei n. 6.515, de 1977), que enseja desquite (separação judicial). É conduta desonrosa, o alcoolismo, a prática de crime, as ofensas por palavras ou escritos, o emprego de palavras de baixo calão endereçadas ao outro cônjuge com o objetivo de ofendê-lo, a atribuição falsa de conduta desonrosa do outro cônjuge (calúnia), namoros, saídas com pessoas de outro sexo, que não sejam familiares, intimidades com tais pessoas, etc. [...], são dentre muitas outras, formas de injúria grave, violação do dever de respeito ao outro cônjuge ou o de fidelidade. A lei brasileira não se refere mais à injúria grave como causa de desquite, mas à conduta desonrosa que torna insuportável a vida em comum. A injúria grave, ou seja, a conduta desonrosa, presta-se a várias interpretações, indo desde a ofensa moral *até a conduta capaz de ferir os brios do outro cônjuge, ultrajando-o*. É, pois, injúria grave toda conduta atentatória à moral, aos bons costumes, à honra familiar, à honra ou à dignidade do outro cônjuge. Para a caracterização da injúria não é necessário a habitualidade, a prática de mais de um ato injurioso, pois basta um só fato injurioso, desde que grave, para motivar desquite (separação judicial)” (in Dicionário de direito de família, Rio

de Janeiro: Forense, 1985, p. 643 a 645).

A conclusão pode ser deduzida, inclusive, porque o próprio requerido reconhece que o menor assim agiu após ouvir uma discussão dele com sua esposa a respeito de uma amiga, de quem aquele não gostava (fl. 16 da ação cautelar) e que a mãe iria bater na criança, sendo impedida pelo pai.

Ora, o requerido não tinha poder de decidir a respeito de amizades de sua mulher ou dispor de sua vontade, muito menos de desautorizá-la diante do filho.

O vínculo de amizades de uma pessoa decorre de várias situações, entre elas a afinidade e a proximidade em virtude de relações sociais. O respeito à individualidade do consorte é um dos basilares de uma relação a dois.

O marido poderia pedir a esposa que não trouxesse amigos para casa, mas jamais decidir por ela sobre suas amizades ou comportar-se de forma a infringir-lhe constrangimentos.

Agindo de tal forma o requerido desrespeitou direito à personalidade da autora.

Veja-se, inclusive, que em momento algum discorreu as razões porque não gostava desta ou daquela amiga, afirmando apenas que “várias vezes falou para a requerente que não simpatizava com as amizades que esta possuía” (fl. 24 da ação principal), como se lhe tocasse o poder de deci-

dir sobre a liberdade daquela em escolher seus amigos, em flagrante afronta ao direito da requerente, corroborando a assertiva daquela de ciúmes infundados sobre sua opção sexual.

A respeito:

“O casamento obriga os cônjuges a determinado padrão de dignidade e de respeitabilidade, não podendo ser maculado por posicionamentos que, em razão de sua própria natureza, impliquem em conduta desonrosa para aquele que os toma. Nessa textura, assaques infundados e improvados contra a honra, a dignidade e a moral da esposa, perpetrados pelo marido, importam em injúria grave, compreendendo-se na genérica expressão ‘*conduta desonrosa*’ a que se reporta o art. 5º da Lei n. 6.515/77” (Ap. Cív. n. 48.737, de Tijucas, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 31-10-95).

Entendo, pois, que em tais situações, quais sejam: agressividade do requerido nas discussões do casal, desrespeito à esposa diante dos filhos e desconsideração com as amizades dela, conseqüentemente com a vida social da mulher, tem-se que o requerido infringiu o dever de mútua assistência, no caso moral, como leciona Inácio de Carvalho Neto:

“Mútua assistência diz respeito tanto à assistência material quanto moral. [...]”

“Quanto ao dever de assistência moral, ou seja, o *dever de mútua respeito*, é de se observar que basta a

prática de uma sevícia que seja para a configuração de sua infração, não se fazendo mister a sua repetição.

“Assim também, não é necessário que a sevícia tenha sido praticada em público, de forma a causar vexame ao cônjuge lesado. Como observa Yussef Said Cahali, *‘mesmo na intimidade do lar, sem testemunhas presenciais, ela demonstra falta de respeito ou de consideração de um cônjuge ao outro, legitimando assim o pedido de terminação da sociedade conjugal, dado o ambiente insustentável estabelecido para a vida em comum’*” (in *Separação e divórcio*. Curitiba : Juruá, 1998, p. 134) (grifo meu).

Da mesma maneira, o demandado confirma a afirmação da autora de que deixou o quarto comum, justificando a medida por ser portador de rinite crônica que, segundo ele, criava discussões desgastantes durante a madrugada, oriundas da dificuldade de respirar, fato que não era compreendido por sua companheira.

A autora reconvida, entretanto, afirma que não havia necessidade de sua saída do quarto, sendo que não teriam ocorrido as brigas narradas por seu marido.

Dessa forma, houve inversão do ônus da prova, cabendo ao requerido reconvinte comprovar a efetiva necessidade da sua ausência do leito conjugal.

Comprovou ele a moléstia por meio de exame laboratorial (fl. 24 da ação cautelar). Nesse aspecto, impende salientar que o exame data de 20

de janeiro de 1997, sendo que o ajuizamento da separação de corpos deu-se em 24 de outubro de 2001, portanto quase quatro anos após aquele diagnóstico.

Não obstante, não há provas nos autos de que a medida por ele tomada — saída do quarto comum — fosse efetivamente necessária, mormente quando se verifica que tendo conhecimento da doença poderia tê-la tratado convenientemente.

Por certo não se está a discutir as questões técnicas da rinite crônica. Entretanto, cuida-se hoje de mal bastante comum e conhecido, atingindo grande número de pessoas, apresentando tratamento acessível à população (arts. 334 e 335, ambos do CPC).

A divisão pelo casal de aposentos é a prova de uma vida em comum harmoniosa, em que, ainda existindo desavenças perfeitamente admissíveis e toleráveis na vida a dois, permanece o ânimo da manutenção da intimidade, da cumplicidade, do compartilhamento dos momentos bons, e a sustentabilidade da relação nas situações de desencontros de opiniões e vontades.

Deixar o quarto comum definitivamente sem real motivo justo importa em demonstração de repúdio e desprezo do cônjuge pelo outro, comprovando que o demandado buscava humilhar sua esposa, desrespeitando-a na tentativa de magoá-la, externalizando seu desinteresse no prosseguimento da união.

Com seu comportamento evidenciou não mais nutrir por sua mulher o necessário afeto imprescindível ao prosseguimento do casamento:

“Casamento é compromisso, engajamento, fidelidade, solidariedade, respeito mútuo, reciprocidade no afeto, estrada de duas mãos. A conduta desonrosa da parte de qualquer dos cônjuges é a negação da liberdade engajada, configurando a transgressão de um dos deveres fundamentais da sociedade conjugal o que torna insuportável a vida em comum. Mas o desastre matrimonial pode ser resultado do desamor que, mesmo despedido de procedimento moral incompatível, pode levar à separação, se a vida a dois se tornar intolerável” (Des. Xavier Vieira, *in* JC 59/133) (Ap. Cív. n. 49.051, de Mafra, rel. Des. Orli Rodrigues, j. em 15-8-95).

A questão poderia importar, inclusive, no reconhecimento da recusa do débito conjugal pelo marido, uma vez que o dever de coabitação imposto por lei não se resume exclusivamente na divisão do mesmo teto.

Como ensina Yussef Said Cahali, ao referir-se à coabitação, “a expressão, mero eufemismo, designaria o dever conjugal por excelência, as relações sexuais entre marido e mulher; a convivência do casal não atingiria a sua plenitude com a simples moradia sob o mesmo teto, pois reclamaria a própria satisfação do *idebitum conjugale*” (*in* Divórcio e separação 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, tomo 1, p. 414).

Assim, a “vida em comum”, legalmente erigida como um dos deveres do casamento, foi desrespeitada pelo varão. Vida em comum é o compartilhamento de rotinas, de divisão de tarefas, é a construção de uma vida a dois.

O doutrinador antes mencionado, Inácio de Carvalho Neto, observa que a ruptura da “vida em comum” não exige “efetiva separação de fato, com moradia em residências distintas, podendo a ruptura se dar ainda que os cônjuges estejam vivendo sob o mesmo teto” (*opus cit.*, p. 201).

E pondera, no mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira:

“Por outro lado, a ruptura da vida em comum não exige afastamento físico ou material. Tal seja o ambiente doméstico e o relacionamento pessoal dos cônjuges, que será lícito configurar a ruptura, não obstante permaneçam os cônjuges residindo sob o mesmo teto” (*in* Instituições de direito civil, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol. V, p. 150).

Por sua vez, as assertivas do reconvinte requerido assacadas contra a autora ficaram no campo das alegações e cediço, *probare oportet, non sufficit dicere* ! (não basta dizer é preciso provar).

Dessa forma, entendo que o requerido infringiu os deveres do casamento, podendo ser-lhe imputada a culpa pelo desfazimento da união.

Conseqüentemente, deverá prestar alimentos à requerente, nos termos do art. 19 da Lei n. 6.515/77.

Nesse aspecto, não se olvida que a autora exerça atividade remunerada. O fato, porém, não impede a condenação da parte adversa no pagamento da pensão, servindo apenas como elemento a ser sopesado na fixação do *quantum*.

A requerente reconvida afirmou que necessita de auxílio para prover sua subsistência, o que há de ser tomado como verdadeiro, mormente diante da impressão pessoal do Dr. Promotor de Justiça no termo de audiência de fl. 82 da ação principal, de que “as possibilidades financeiras do requerido são *flagrantemente superiores*” (Dr. Ricardo Paladino, fl. 82).

A autora reconvida, segundo o requerido (fl. 27 da ação principal), é professora, questão que não pode ser arredada de apreciação quando se sabe que, infelizmente, a classe não encontra o cabível reconhecimento salarial no país (art. 334, I, CPC).

Ressalta-se, inclusive, que quem permaneceu no lar conjugal foi o próprio requerido reconvincente, fato que, por certo, diminuiu-lhe os gastos durante todo esse tempo.

Portanto, entendo, a autora faz jus ao pensionamento.

A propósito já se pronunciou a colenda Corte catarinense:

“Alimentos fixados em um salário mínimo. Recurso visando à diminuição e/ou à exoneração. Impossibilidade.

“A intolerabilidade da vida em comum, decorrente da culpa do ex-

esposo, importa no seu dever de arcar com o pagamento de alimentos à mulher, inobstante que esta exerça atividade laboral, porquanto o valor arbitrado pelo juízo já é praticamente irrisório e insignificante à satisfação das necessidades freqüentes da família” (Ap. Cív. n. 1997.014497-0, de Criciúma, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 14-4-98).

Entendo que o requerido reconvincente deva pagar o equivalente a meio salário mínimo mensal à autora reconvida a título de pensão alimentícia.

Observe, ainda, que, consoante constou no termo de audiência de fl. 73 e depoimentos das testemunhas de fls. 75 e 76, dos autos principais, os filhos do casal tiveram a guarda partilhada, ficando cada um dos cônjuges com um dos filhos comuns.

A requerente, aplicando-se friamente a lei, após o reconhecimento da culpa do varão na separação, teria direito à guarda de ambos os filhos (art. 10 da Lei n. 6.515/77).

Não obstante, já possuem eles capacidade volitiva para escolherem com quem querem ficar, não havendo, ainda, razões para alterar situação fática já consolidada, considerando o tempo já transcorrido desde a saída daquela do lar comum.

Entendo que consistiria verdadeira violência hoje retirar o menor da casa de seu pai e entregá-lo para viver com a mãe em Florianópolis, quando já está adaptado à rotina paterna, tendo aqui seus amigos, vida escolar e social.

Portanto, em que pese a lei amparar a autora, o direito do menor deverá prevalecer sobre qualquer outro.

Assim, entendo que o filho E. F. S. T. deverá permanecer com a mãe e o filho R. S. T. ficará sob a guarda paterna.

Considerando que já houve pronunciamento judicial sobre a necessidade da autora reconvinde do auxílio do ex-marido para a sua própria subsistência, é de ter-se como corolário lógico que o menor que está sob sua guarda também necessite da prestação de alimentos pelo pai.

Fixo, assim, em um salário mínimo a pensão alimentícia devida pelo requerido reconvinde ao filho E. F. S. T.

O requerido reconvinde não pleiteou alimentos em favor do filho que está sob sua custódia, levando a crer-se que dela não necessita.

Com relação aos bens do casal, verifica-se que o requerido reconvinde reconhece a existência de todos aqueles indicados pela autora, à exceção da caderneta de poupança, informando que teria ocorrido desencontro de informações a respeito dos números identificadores e respectivos bancos.

O casal contraiu núpcias pelo regime da comunhão universal de bens (fl. 7 da ação cautelar).

Dessa forma, todos os bens havidos pelo casal deverão ser partilhados, cabendo 50% para cada um,

conforme art. 262 do CC/1916, inclusive as contas bancárias com a divisão dos saldos existentes na data em que a requerente reconvinde deixou o lar conjugal, o que poderá ser apurado em liquidação própria.

Isso posto, com fulcro no art. 888, VI, do CPC, julgo procedente a Ação Cautelar n. 014.01.003580-3, promovida por J. F. S. T. contra J. B. T. e T., confirmando a liminar anteriormente deferida, autorizando aquela a deixar definitivamente o lar conjugal, sem a configuração do abandono.

Julgo procedente a ação de separação judicial movida por J. F. S. T. contra J. B. T. e T., reconhecendo a culpa do requerido pelo desfazimento da união, com fulcro no art. 5º da Lei n. 6.515/77 e art. 231, II e III, do Código Civil/1916.

Condene o requerido J. B. T. e T. a pagar à autora J. F. S. T. pensão alimentícia mensal correspondente a ½ (meio) salário mínimo nacional, a ser descontado em folha de pagamento, com fulcro no art. 19 da Lei n. 6.515/77 e art. 400 do Código Civil/1916 e ser depositado em conta bancária.

Defiro a guarda do filho E. F. S. T. à requerente J. F. S. T. e a guarda do menor R. S. T. ao requerido J. B. T. e T.

Com fulcro no art. 20 da Lei n. 6.515/77, condene o requerido J. B. T. e T. a pagar ao filho E. F. S. pensão alimentícia correspondente a 1 (um) salário mínimo mensal, a ser descontado em folha de pagamento e depositado em conta bancária, o que faço com espeque no art. 400 do CC/1916.

Determino a divisão de todos os bens do casal arrolados pela autora na proporção de 50% para cada uma das partes, inclusive as quantias existentes em depósito bancário até a data da saída da requerente do lar conjugal, com base no art. 263 do CC/1916.

A autora poderá, a qualquer momento, renunciar aos apelidos de seu marido (art. 18 da Lei n. 6.515/77).

Conseqüentemente, julgo improcedente a reconvenção proposta por J. B. T. e T. contra J. F. S. T., com fulcro nos dispositivos já mencionados e no art. 269, I, do CPC.

Diante do julgamento simultâneo das ações, e tendo em vista a pro-

cedência dos pedidos formulados pela autora, condeno o requerido J. B. T. e T. a pagar as custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios à parte adversa que, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, fixo em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Juntem-se cópias da presente decisão em todos os feitos.

Campos Novos, 7 de abril de 2005.

*Adriana Lisboa,
Juíza de Direito.*

AUTOS N. 039.02.001735-7

Ação: Ação Penal — Comum/Comum

Acusados/Denunciados: Adelino Roberto Toigo e outros, Antônio Scotti e outros

Vistos, etc.

O Dr. Promotor de Justiça, com base em inquérito policial, ofereceu denúncia contra Adelino Roberto Toigo, brasileiro, casado, Delegado de Polícia, filho de Miracy Toigo, natural de Capinzal/SC, nascido em 18 de setembro de 1956, residente e domiciliado na Rua Marciano Antunes, n. 10, Bairro Copacabana, Lages/SC, dando-o como incurso nas sanções do art. 158, § 2º, e art. 319, aplicada a causa especial de aumento de pena

do art. 327, § 2º, e art. 288, *caput*, todos do Código Penal; Luiz Carlos Freitas de Souza, alcunha “Cardoso”, brasileiro, casado, comerciante, filho de Pedro Gaudêncio de Souza e Olívia Freitas de Souza, natural de Otacílio Costa/SC, nascido em 6 de junho de 1960, residente e domiciliado na Rua Cirilo Vieira Ramos, n. 287, Bairro Vila Nova, Lages/SC, atualmente recolhido na Penitenciária Estadual de Florianópolis, dando-o como incurso nas sanções do art. 158, § 2º, e art. 288, *caput*, ambos do Código Penal; João

Antônio de Oliveira Valle, alcunha “João do Ferro Velho” ou “João Caolho”, brasileiro, casado, comerciante, filho de Arturo Valle e Terezinha de Oliveira Valle, natural de Lages/SC, nascido em 24 de junho de 1960, residente e domiciliado na Avenida Santa Catarina, n. 429, Bairro Triângulo, Lages/SC, dando-o como incurso nas sanções do art. 180, § 1º, e art. 288, *caput*, do Código Penal; João Augustinho da Silva Sutil, alcunha “João Bunda”, brasileiro, casado, motorista, filho de João Maria Sutil e Emília Pereira da Silva, natural de Cerro Negro/SC, nascido em 2 de janeiro de 1955, residente e domiciliado na Rua Fernando de Ataíde, n. 239, Bairro Sagrado Coração de Jesus, Lages/SC, dando-o como incurso nas sanções do art. 180, § 1º, e art. 288, *caput*, do Código Penal, e Antônio Scotti, alcunha “Nunes”, brasileiro, casado, motorista, filho de Natal Scotti e Olívia Scotti, natural de Bom Retiro/SC, nascido em 7 de novembro de 1948, residente e domiciliado na BR-116, Km 240, Bairro Nossa Senhora Aparecida, Amola Faca, Lages/SC, atualmente recolhido no Manicômio Judiciário de Curitiba/PR, dando-o como incurso nas sanções do art. 180, § 1º, e art. 288, *caput*, do Código Penal, pelos seguintes fatos:

Quadrilha ou bando — Art. 288, caput, do CP

No correr do ano de 2001, os denunciados Adelino Roberto Toigo, Luiz Carlos Freitas de Souza, João Antônio de Oliveira Valle, João Augustinho da Silva Sutil e Antônio

Scotti estavam permanentemente associados para prática de inúmeros delitos, vários relacionados à recepção de veículos automotores. Os denunciados recebiam automóveis de origem ilícita, a fim de revendê-los ou encaminhá-los ao desmanche para comercializar as peças de forma isolada.

O denunciado João Antônio de Oliveira Valle, conhecido por “João Caolho”, proprietário de um estabelecimento comercial denominado “Stok Car”, o qual revende peças de carro usadas, encomendava a aquisição de veículos de procedência criminosa e entregava a outros integrantes da quadrilha para a alienação ou desmanche.

Os denunciados João Sutil e Antônio Scotti, comerciantes de veículos, continuamente recebiam de “João Caolho”, veículos de origem ilícita, para vendê-los em seguida.

O denunciado Luiz Souza, conhecido por “Cardoso”, proprietário de uma empresa especializada no comércio de peças de automóveis denominada “Multi Peças”, o qual revende peças e carros de procedência criminosa, contando com o auxílio dos demais denunciados, atuava continuamente com autoridades policiais, intencionando garantir a impunidade e a consumação das empreitadas delituosas.

O denunciado Antônio Roberto Toigo, titular do cargo de Delegado de Polícia com exercício na 3ª Delegacia de Polícia de Lages, ajudava os integrantes do grupo, usando a sua fun-

ção para facilitar as ações dos membros da quadrilha, protegendo e encobrindo os seus atos criminosos, além de auxiliá-los no registro irregular de automóveis no órgão de trânsito.

Os denunciados cooperavam permanentemente, cada um desenvolvendo atos e funções específicas, organizando-se para garantir a impunidade e a consumação das ações da quadrilha.

Receptação qualificada de tratores — Art. 180, § 1º, do CP

No dia 20 de outubro de 2001, durante a madrugada, no município de Santo Antônio da Platina, interior do Estado do Paraná, com autoria desconhecida, foi roubado o caminhão Mercedes-Benz, 1418, de cor branca, placa SYG 8470, conduzido por Sérgio Bento Biastozak, juntamente com a carga que transportava, composta de dois tratores New Holland, 2001, cor azul, um modelo TL70 e outro 7630-4WD, individualizados nas notas fiscais de fls. 7 e 10, respectivamente, sendo que o caminhão não foi encontrado [...].

O denunciado “João Caolho” foi quem primeiro recebeu os tratores, repassando-os a João Sutil e Antônio Scotti para que procedessem à respectiva venda. Eles sabiam que os tratores eram produto de crime. Ao adquirirem as *res* por preço vil, não exigiram os documentos de registro no órgão de trânsito competente, nota fiscal de procedência ou placas de identificação.

João Sutil e Antônio Scotti guardaram os tratores no sítio de proprie-

dade deste último, situado nas margens da BR 116, neste Município, a fim de ocultá-los até que fossem alienados.

Posteriormente, os denunciados João Sutil e Antônio Scotti, orientados e autorizados por “João Caolho”, passaram a oferecer os tratores à venda, expondo-os a preço bem inferior ao de mercado.

O modelo TL70 foi avaliado em R\$ 42.000,00 e o modelo 7630-4WD foi avaliado em R\$ 49.000,00, totalizando a soma de R\$ 91.000,00 (auto de avaliação, fl. 53).

João Sutil propôs a José Edson Muniz Velho a venda de ambos os tratores por R\$ 60.000,00.

Antônio Scotti ofereceu a Albino Gonçalves Padilha um dos tratores pelo preço de R\$ 32.000,00.

No final de novembro de 2001, o trator de modelo TL70 foi transportado para a cidade de Bom Retiro por Antônio Scotti, ocultando-o num matagal na localidade de Barreiros.

O trator de modelo 7630-4WD permaneceu no sítio de Antônio Scotti até o dia 30 de novembro de 2001, quando os policiais militares Paulo Roberto Godinho e Renato Borges da Silva Júnior foram até o local, verificaram que o delito se tratava de produto de crime, deram voz de prisão em flagrante a Antônio Scotti e o levaram para a 3ª Delegacia de Polícia desta comarca de Lages, ocasião em que apreenderam o trator.

Posteriormente, os policiais militares referidos acima encontraram o

trator de modelo TL70 e procederam à apreensão, levando-o para a 3ª DP de Lages.

O denunciado “João Caolho” exerce habitualmente o comércio de veículos, neste município de Lages, desenvolvendo suas atividades em estabelecimento próprio para esse fim.

Os denunciados João Sutil e Antônio Scotti possuem estabelecimento comercial irregular, exercendo habitualmente atividades de forma clandestina.

Prevaricação — Art. 319 do CP

No dia 30 de novembro de 2001, os policiais militares que efetuaram a prisão de Antônio Scotti dirigiram-se à 3ª DP, objetivando que fosse lavrado o auto de prisão em flagrante.

Nessa ocasião, o denunciado Adelino Roberto Toigo, Delegado de Polícia responsável pela referida unidade policial, não estava presente, razão pela qual o conduzido foi recebido pelo Escrivão de Polícia Roberto Bueno Stancke, o qual de imediato entrou em contato com o superior hierárquico, a fim de receber ordens de como deveria proceder.

O Delegado Adelino Roberto Toigo, usando função pública de direção, deixou de lado o dever funcional de ordenar que fosse lavrado o competente auto determinando ao Escrivão apenas que tomasse as declarações de Antônio Scotti, mas não lavrasse o flagrante e o libertasse em seguida. A determinação foi integral-

mente cumprida conforme a vontade exarada pelo denunciado Toigo.

Extorsão — Art. 158, § 2º, do CP

O denunciado Adelino Roberto Toigo procurou pelo também denunciado Luiz Carlos Freitas de Souza objetivando engendrar um plano para extorquir vantagem de Antônio Scotti e, posteriormente, de João Sutil, para dizer-lhes que corriam o risco de serem presos em razão da receptação dos tratores, mas que teria uma forma de se livrarem do problema, pagando a quantia de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) exigida pelo Delegado de Polícia Toigo, por ser o responsável pelas investigações do lugar onde ocorreu o delito. Se assim procedessem, ele não instauraria inquérito ou produziria provas que levariam ao seu arquivamento, circunstância que dispensaria até mesmo gastos com o advogado. Todavia, se não aceitassem a exigência, seria indiciado inquérito policial, com várias provas apuradas contra eles, e presos durante a instrução indiciária, mediante representação do próprio Delegado de Polícia.

Luiz Souza encontrou Antônio Scotti e fez a proposta mencionada acima, razão pela qual se sentiu constrangido e, no dia 10 de dezembro de 2001, encontraram-se novamente, ocasião em que Scotti apresentou uma contraproposta, oferecendo um veículo Voyage, no valor de R\$ 3.000,00, mais duas parcelas futuras de R\$ 2.000,00, uma parcela para trinta e outra para sessenta dias, completando os R\$ 7.000,00 exigidos.

Luiz Souza entrou em contato telefônico com Toigo, na frente de Scotti, expondo-lhe a contra-oferta, a qual não foi integralmente aceita pela autoridade policial, sendo que esta exigiu que o pagamento de uma das parcelas de R\$ 2.000,00 fosse paga à vista. Nessa oportunidade Luiz Souza entrou em contato com João Sutil para que este contribuísse com o pagamento do dinheiro que o Delegado estava exigindo, sob pena de ser indiciado em inquérito policial e ser preso durante a instrução.

Scotti e João Sutil, objetivando arranjar a quantia exigida, ficaram de retornar alguns dias depois, e se encontraram com Luiz Souza para fazer o pagamento, conforme o combinado (um Voyage no valor de R\$ 3.000,00, mais duas parcelas de R\$ 2.000,00, uma à vista e a outra para 30 dias).

Ocorre que, nesse ínterim, Scotti foi preso em razão do cumprimento do decreto preventivo expedido pela justiça do Estado do Paraná, onde responde processo criminal acusado da prática de delito de latrocínio e formação de quadrilha, não chegando a pagar a vantagem exigida.

Em decorrência do não-pagamento, o denunciado Adelino Toigo, conforme houvera prometido, instaurou o inquérito policial respectivo, e indiciou Antônio Scotti e João Sutil pela prática de receptação, bem como representou a prisão preventiva de ambos.

Recebida a denúncia em 19 de abril de 2002 (fls. 2 a 11), foi aprecia-

do o pedido de prisão preventiva, sendo decretada a dos acusados Luiz Carlos Freitas de Souza, João Antônio de Oliveira Valle, João Agostinho da Silva Sutil e Antônio Scotti (fls. 383 a 387).

O acusado Adelino Roberto Toigo foi notificado (fl. 479) para fins do disposto no artigo 514 do CPP, tendo apresentado defesa preliminar (fls. 532 a 552). O despacho de fls. 595 a 599 não recebeu a denúncia contra todos os acusados com relação ao crime de quadrilha, porém decretou sua prisão preventiva, a qual restou cumprida em seguida (fls. 625 e 626). Posteriormente, foi devidamente interrogado (fls. 628 e 629 e verso), bem como ingressou com pedido de revogação da prisão preventiva (fls. 634 a 652), resultando indeferida (fls. 781 e 782), e apresentou defesa prévia, ocasião em que arrolou cinco testemunhas. O denunciado, inconformado com a decisão, aforou novo pedido de revogação de prisão (fl. 871), o qual restou novamente indeferido (fl. 895). Finalmente, às fls. 953 a 958, foi deferido o pedido de revogação da prisão de fls. 929 a 941.

O acusado Luiz Carlos Freitas de Souza apresentou defesa prévia (fls. 670 e 671), arrolando três testemunhas. Foi juntada a precatória com o interrogatório (fl. 801) e reinquirição às fls. 860 a 862 e verso.

O acusado João Antônio de Oliveira Valle foi interrogado (fls. 858 e 859) e apresentou defesa prévia, ocasião em que arrolou três testemunhas (fls. 888 a 890). Requereu a revoga-

ção da prisão preventiva (fls. 1.104 a 1.107), a qual restou deferida (fl. 119 e verso). Foi reinterrogado às fls. 1.152 e 1.153.

O acusado João Augustinho da Silva Sutil ingressou com pedido de revogação de prisão preventiva (fls. 554 a 561), o qual foi indeferido (fl. 827). Conforme o teor do despacho de fl. 872, para não haver prejuízo aos demais presos foi separado o processo em relação a este acusado e providenciados autos suplementares. Novamente o acusado requereu a revogação de sua prisão preventiva (fls. 961 a 973), tendo sido mantida a sua prisão (fl. 982). O denunciado foi devidamente interrogado (fls. 984 e 985 e verso). Posteriormente, teve sua prisão revogada (fl. 986) e apresentou defesa prévia (fls. 1.011 e 1.012), ocasião em que arrolou três testemunhas.

O acusado Antônio Scotti ingressou com pedido de revogação de prisão preventiva (fls. 570 a 578), o qual foi indeferido (fl. 827). O denunciado foi devidamente interrogado (fls. 854 a 857 e verso) e apresentou defesa prévia, ocasião em que arrolou quatro testemunhas (fls. 873 e 874) e exceção de litispendência (fls. 875 a 877), esta já devidamente julgada, conforme autos em separado e apensos ao Processo n. 039.02.001735-7/002. Novamente o acusado requereu a revogação de sua prisão preventiva (fls. 996 e 997), tendo sido ela mantida (fl. 1.008). O réu foi reinterrogado às fls. 1.150 e 1.151.

Foram ouvidas as seguintes testemunhas: Roberto Bueno Stancke

(fls. 899v. e 890); Jairo de Souza (fls. 901 e 902); Paulo Roberto Godinho da Silva (fls. 902v. e 903); Renato Borges da Silva Junior (fls. 903v. e 904); Carlos Manoel Mendonça (fl. 1.000v.); Almir da Silva Malinverni (fl. 1.001v.); Wilson Meurer (fl. 1.002v.); Edilson Renato Wolff Antunes (fl. 1.003); Nivaldo Correa Geremias (fl. 1003v.); Wilson Ricardo Floriani (fl. 1004); Albertina Bueno (fl. 1.004v.); Levy Inácio Filho (fl. 1.033v.); Rodrigo Belisário Ramos (fl. 1.034); Jaison Luis Mendes Ouriques (fl. 1.034v.); Amilton Moretti (fl. 1.035); Davi Cruz Rodrigues (fl. 1.035v.); Assis Jerônimo de Brida Souza (fl. 1.036); Albino Gonçalves Padilha (fl. 1.042); Paulo Eduardo Noboa (fl. 1.068); Sérgio Simiano (fl. 1.075); Osmar Barcelos (fl. 1.084); Rui Carlos Krenkel (fl. 1.091); Kunibert Krenkel (fl. 1.092); Alexandre Mello Coradin (fls. 1.099 e 1.100); Osmar Barcellos (fl. 1.183) e Marcos Vinicius França (fl. 1.200).

Na fase do art. 499 do CPP, o Ministério Público fez requerimento (fl. 1.201v.), o qual restou indeferido (fl. 1.202), sendo que as defesas nada requereram.

Concluída a instrução, as partes apresentaram alegações finais, requerendo e alegando o que segue abaixo:

O Ministério Público requereu a condenação dos acusados Adelino Roberto Toigo pela prática dos delitos tipificados no art. 158, § 1º e art. 319, aplicada a causa especial de aumento de pena do art. 327, § 2º, c/c o art. 69, todos do Código Penal; Luiz Car-

los Freitas de Souza pela prática do delito tipificado no art. 158, § 1º, do Código Penal; e João Antônio de Oliveira Valle, Antônio Scotti e João Augustinho da Silva Sutil pela prática do crime tipificado no artigo 180, § 1º, do Código Penal, entendendo que a materialidade e a autoria estão devidamente provadas (fls. 1.210 a 1.243).

A defesa de Adelino Roberto Toigo, por sua vez, preliminarmente requereu a incompetência do Juízo da 2ª Vara Criminal; a incompetência do Ministério Público para realização da investigação criminal e de suas consequências para o caso vertente; a nulidade da prova produzida às fls. 318 a 372 — suposta desgravação de fita magnética e da inexistência de autorização judicial nestes autos, para que se procedesse à interceptação telefônica e da nulidade da prova produzida dessa maneira; da impossibilidade de virem aos autos documentos com cotas; da falta de assinatura no documento de fls. 77 a 80; da juntada de documentos pertencentes a outros processos — da inviabilidade jurídica da prova emprestada; da falta de conexão dos documentos juntados aos autos, com a posição do réu que ora se defende, na trama desenhada pelo Ministério Público — da inépcia da denúncia. No mérito, postula pela absolvição do réu, com relação à imputação relativa ao crime do art. 158, § 2º, do CP. No caso de decisão diversa, que seja o delito desclassificado para o art. 316 do CP; sucessivamente, que seja considerada a absorção do crime de concussão (extorsão) pelo de prevaricação; com relação à impu-

tação do crime previsto no art. 288 do CP, é de reconhecer a inépcia da denúncia assim como a conexão com a imputação idêntica que é feita nos Autos n. 039.02.002586-4 que tramitam na 2ª Vara Criminal desta Comarca, e, finalmente, seja reconhecida a impossibilidade de o Ministério Público realizar investigações, de forma que a prova por ele produzida com esta natureza, nestes autos, seja toda desentranhada (fls. 1.262 a 1.298).

A defesa de Luiz Carlos Freitas de Souza postula pela absolvição do réu, alegando que o acusado não participou de nenhum fato delituoso, que o Ministério Público não é competente para produzir provas e que não concorda com a prova emprestada (fls. 1.311 a 1.318). Posteriormente, requereu a revogação da prisão preventiva (fls. 1.324 a 1.336), que foi indeferida (fl. 1.340).

A defesa de João Antônio de Oliveira Valle pede a absolvição do réu, alegando que a autoria não está comprovada nos autos, sendo o denunciado inocente, conforme o art. 5º, XXXV, c/c art. 92, IX, todos da CF (fls. 1.252 a 1.257).

A defesa de João Augustinho da Silva Sutil requer a absolvição do réu, alegando que não há prova da receptação, e, alternativamente, a desclassificação para a modalidade culposa ou favorecimento real.

Antônio Scotti, por sua vez, postula, da mesma forma, pela absolvição, alegando que apenas emprestou a propriedade para que fosse guarda-

da a *res*, mas, no caso de entendimento diverso, pugna pela desclassificação do crime para o art. 349 do CP (favorecimento real), conduta que mais se afigura com o ocorrido (fls. 1.301 a 1.308).

Relatados.

Decido

Proeminalmente, verifico que o Dr. Altamiro de Oliveira, esposo desta Magistrada, proferiu alguns despachos neste feito (fls. 634, 669, 670, 766, 776 e 777, mas nenhum deles de cunho decisório, aliado ao fato de que na Comarca somente existem dois substitutos, esta magistrada e seu marido, juiz especial, acrescentando que em quase todos os processos que tramitam nas Varas já funcionaram juntos, sem que isso tenha sido alvo de nulidade, mesmo porque é lema de ambos manter a imparcialidade e honrar as funções desempenhadas.

Ademais, deixou claro nosso egrégio Tribunal, em decisão da lavra do eminente Desembargador Cesar Abreu proferida numa alegação de impedimento desta magistrada e seu marido, que tal fato não ocorria, haja vista que esta figura somente se verificaria de Tribunal para juiz de primeiro grau, pois ‘trancaria’ o julgamento, mas nunca na mesma linha, ou seja, de juiz para juiz.

Feita essa ponderação, passa-se à análise do mérito propriamente dito.

Trata-se de ação penal na qual o Ministério Público pretende a condenação dos acusados sob os argumentos expostos na exordial, que se tornam parte integrante da presente.

Preliminarmente, cumpre esclarecer que a este Juízo, assim como ao MM. Titular à época, causou estranheza uma denúncia ter sido subscrita por todos — ou quase todos — os membros do Ministério Público da Comarca, quando a praxe não é comum e há divisão interna de competência entre seus membros.

No entanto, passo a analisar os acusados e seus respectivos delitos, separadamente, pela ordem em que a peça condenatória foi deflagrada, lembrando que a denúncia em relação ao delito de quadrilha não foi recebida.

Adelino Roberto Toigo

Não procedem os argumentos da defesa quando afirma que há incompetência do Juízo em vista da prevenção da 2ª Vara Criminal da Comarca, pois tratam-se de acusações distintas, embora envolvam alguns acusados que são comuns em ambos os processos.

Da mesma forma, é sabido que a questão da realização de investigações criminais pelo Ministério Público está sendo alvo de discussão trazida à baila recentemente, o que ainda se encontra sem veredicto, mas, desde já, embora reconheça sua licitude, este Juízo apresenta restrições a este tipo de procedimento, por entender que o Ministério Público, como parte ativa da

ação penal, gera um desequilíbrio entre acusação e defesa, já que a produção das provas se dá sem a garantia do contraditório, que é um direito assegurado constitucionalmente.

A desgravação das fitas será analisada oportunamente.

A falta de assinatura do documento de fls. 77 a 80 pouco importa, já que não serviu de prova para a condenação dos acusados.

Indevidamente foram assinaladas partes dos depoimentos que interessavam a quem as fez, com caneta marcadora de textos, o que é vedado legalmente como menciona a douda defesa, mas tal fato não tem as consequências que pretendem, já que num processo da estirpe do presente todo e qualquer escrito chama a atenção do Juízo, de modo que não faz diferença estar negrito ou não, pelo que se mantém.

Com relação à prova emprestada no crime, os autores se dividem. Nelson Nery Júnior admite que a prova obtida dentro de uma investigação criminal ou instrução penal pode ser utilizada em outro processo, ainda que civil, administrativo etc.

Luiz Flávio Gomes, porém, pensa diferente e explica que o legislador constitucional já estava ponderando valores ao delimitar a finalidade da interceptação telefônica. Assim, ensina:

“[...] segundo a imagem do legislador, justifica-se sacrificar o direito à intimidade para uma investigação

ou processo criminal, não civil. Isso tem por base os valores envolvidos num e noutro processo. Não se pode esquecer que a proporcionalidade está presente (deve estar, ao menos) na atividade do legislador (feitura da lei), do juiz (determinação da medida) e do executor (que não pode abusar).

“Estando em jogo liberdades condicionais (direito ao sigilo das comunicações frente a outros direitos ou interesses), procurou o constituinte, desde logo, demarcar o âmbito da prevalência de outro interesse (criminal), em detrimento daquele. Mesmo assim, não é qualquer crime que admite a interceptação. Essa escolha, fundada na proporcionalidade, não pode ser desviada na praxe forense. Em conclusão, a prova escolhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser ‘emprestada’ (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito. O Min. Luiz V. Cernicchiaro vai mais longe: é uma prova imprestável para qualquer outro inquérito ou processo. Urge o respeito à vontade do constituinte (‘fins criminais’) ao permitir a interpretação, como quebra que é do sigilo das comunicações, somente para ‘fins criminais’, já fazia o uso da ponderação e da proporcionalidade, que agora não pode ser ampliada na prática. Impõe-se, por último, acrescentar: essa prova criminal deve permanecer em ‘segredo de justiça’. É inconciliável o empréstimo de prova com o segredo de justiça assegurado no artigo 1º.

“O tema que acaba de ser abordado vincula-se com o denominado

‘direito à prova’, que é decorrência do direito de ação ou de defesa. Efetivamente, quem participa de um processo tem ‘direito à prova’. Mas esse direito não é absoluto. Só se admite a prova legalmente obtida e produzida. É um direito, como outros, submetido a limitações. Possui estatutura constitucional, porém, como bem enfatizou Antonio Magalhães Gomes Filho, ‘nem por isso pode sobrepor-se sistematicamente aos demais valores tutelados pela ordem jurídica. Especialmente no campo penal, é inconcebível que o Estado banalize os direitos fundamentais para obter provas’ (Luiz Flávio Gomes e Raul Cervini, *Interceptação Telefônica*, Ed. RT, SP).

Outro ponto a ser observado é que o MM. Juiz da 2ª Vara Criminal desta Comarca fixou um prazo de 15 dias para a interceptação telefônica, prorrogáveis a pedido, e não se tem notícias de pedido de eventual prorrogação.

O art. 5º da Lei n. 9.296/96 tem o seguinte teor:

“Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

Entende este Juízo que a interceptação telefônica não deve exceder 15 dias, mas pode ser renovada por igual período, não havendo restrição legal ao número de vezes para tal

renovação, se comprovada a sua necessidade.

Há, contudo, depoimento nos autos que informa que a interceptação durou aproximadamente 6 meses, o que certamente a tornaria ilegal.

Nesse sentido, a jurisprudência: “A lei fixou um prazo para que se proceda à escuta telefônica: 15 dias. Dispôs também que este prazo pode ser renovado por igual tempo. Já quanto à quantidade de renovações, o texto legal silenciou. Vale dizer, o dispositivo dito violado não tem o alcance que lhe querem emprestar os Impetrantes, a não ser condicionar cada diligência a um novo pedido perante o Juiz, cautela, aliás, imperiosa por atingir o direito à intimidade. A propósito, as palavras de Vicente Greco Filho (*in Interceptação Telefônica*, Saraiva, 1996, p. 31), no seguinte sentido de que ‘A lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas forem necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser prazo muito exíguo’. E em nota de rodapé, o mesmo autor analisa gramaticalmente o dispositivo, acrescentando que ‘a leitura rápida do art. 5º poderia levar à idéia de que a prorrogação somente poderia ser autorizada uma vez. Não é assim; ‘uma vez’, no texto da lei, não é adjunto adverbial, é preposição. É óbvio que se existisse uma vírgula após a palavra ‘tempo’, o entendimento seria mais fácil”.

É sabido que os fatos apurados tanto neste feito quanto no afeto à 2ª Vara Criminal são complexos e obvia-

mente a interceptação telefônica certamente se prolongou pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos, mas seu prazo de duração deveria ter sido avaliado pelo Juiz da causa, ou seja, pela 2ª Vara, do que não se teve notícias.

Ademais, trata-se de perícia realizada nas dependências da Promotoria de Justiça de Lages, cuja perita tem matrícula PGJ, que, pelo que se sabe, é a sigla da Procuradoria-Geral de Justiça, além do que, da interceptação e gravação das comunicações efetuadas, resultaram 112 fitas, das quais foram retiradas somente as comunicações que guardavam relação com os fatos investigados, o que faz com que a prova seja parcial, em que pese o respeito que este Juízo teça pelos Promotores de Justiça, como é do conhecimento destes.

Não é dado ao Ministério Público selecionar as provas que lhe interessam, já que este Juízo entende que é parte no processo e deve o Judiciário intervir para equilibrar os litigantes, ainda mais num processo como o presente que tem consequências gravíssimas e irreparáveis aos acusados, dada sua repercussão na Comarca e no Estado.

Em relação aos documentos acostados de forma deliberada pelo Ministério Público, também há objeção do Juízo, pois se trata de depoimentos colhidos em outros processos, de comarcas diversas, alguns demonstrando prática de crimes em tese praticados por acusados deste processo e alguns feitos sem obedecer às

formalidades legais, certamente para dar maior ênfase à presente acusação.

Em qualquer fase do processo pode o documento ser apresentado, salvo se a lei expressamente proibir (art. 231 do CPP). As hipóteses em que a lei estabelece o momento para a apresentação do documento estão previstas nos arts. 406, § 2º, e 475 do CPP.

Em busca da descoberta de ponto relevante para a acusação ou defesa — ou até mesmo de ofício — o magistrado poderá ordenar a juntada de documentos, se possível (art. 234 do mencionado Diploma), salvo as restrições previstas em lei (arts. 233, 243, § 2º, 406, § 2º, e 475 do CPP).

De todo documento juntado por uma parte deve ser ouvida a parte adversa, sob pena de cerceamento de defesa ou acusação. Se a juntada foi determinada de ofício, ambas as partes devem ser intimadas para manifestar-se acerca do documento, sob pena de nulidade.

Assim, os documentos de fls. 76 a 172, 198 a 204, 225 a 284, 906 a 913 não guardam similitude com os fatos apurados, de modo que não são levados em conta para esta decisão.

Certamente se a defesa juntasse desenfreadamente documentos neste processo, a acusação iria insurgir-se.

Diz a Promotoria, por primeiro, que em 30 de novembro de 2001 os policiais militares que efetuaram a pri-

são de Antonio Scotti apresentaram-no na Delegacia a fim de fosse lavrado o auto de prisão em flagrante e que o acusado Toigo não estava presente no local, sendo o conduzido recebido pelo Escrivão de Polícia, Roberto Bueno Stanke, o qual efetuou contato com a autoridade policial para saber como deveria proceder.

Assim, ainda segundo a acusação, mancomunado com a “quadilha”, tentando livrar o detido, determinou que fosse ele somente ouvido e liberado, o que foi cumprido na esperança de dividendos futuros, até mesmo criminosos.

Primeiramente, cumpre ressaltar que é procedimento comum, embora incorreto, o Escrivão de Polícia tomar o depoimento das pessoas encaminhadas à delegacia sem a presença dos delegados plantonistas, que assinam o termo posteriormente, já que qualificado para tanto.

Segundo declarações colhidas à fl. 193, frise-se, sem a presença de um juiz e de um defensor e somente de membros do Ministério Público, que são partes no processo, Renato Borges da Silva Junior, policial militar, disse que levou, juntamente com seu colega Godinho, o pessoal da seguradora até a propriedade de Antonio Scotti, e lá chegando viram um dos tratores subtraídos; assim, simularam a compra do bem, sendo-lhes mostrado o trator; que, como foi identificada a numeração deste, deram voz de prisão a Scotti que alegou que um senhor, “João Bunda”, o acusado João Augustinho, havia-lhe pedido para deixar o trator em sua propriedade.

Assim, Renato e Godinho teriam deixado Scotti na delegacia e nararam o ocorrido ao escrivão, que ficou conversando numa sala separada com o Dr. José Luiz, advogado militante na Comarca. Ato contínuo, Renato indagou pelo delegado, e o escrivão teria dito que entraria em contato com ele; assim, foi entregue ao policial militar um documento que autorizava o transporte do trator até a delegacia. Passado um tempo, o escrivão disse que havia entrado em contato com o acusado Toigo e que este havia dito que não era caso de flagrante e que era para instaurar o inquérito, sem explicar o motivo. Acrescentou que o escrivão não quis ficar com o trator apreendido, o qual foi encaminhado à Encassis; que o delegado não apareceu. Que soube do paradeiro do outro trator que estava em Bom Retiro e encaminhou o caso aos policiais militares competentes, os quais localizaram o veículo.

Em Juízo (fl. 903v.) disse que foi procurado pelo soldado Godinho que estava com um senhor da seguradora, Alex, pois tinha informações de que no sítio de Scotti havia dois tratores furtados. Assim, para lá se dirigiram e ficou dando cobertura, enquanto os dois foram conversar com Scotti, apresentando-se como compradores. Que viu quando Scotti pediu R\$ 20.000,00 pelo trator e após ser preso ouviu deste a versão de que um senhor, cujo nome não sabe se foi mencionado, guardava os tratores.

Daí a primeira contradição: na fase inquisitória disse que Scotti men-

cionara o nome de João Augustinho como sendo a pessoa que deixara o bem em sua propriedade, ao passo em que, em Juízo, muda a versão, dizendo que não se lembra de ter ouvido o nome da pessoa que pediu para guardar o trator.

Roberto Bueno Stanke, ouvido nas mesmas condições às fl. 196, ou seja, somente na presença do Ministério Público, disse que a polícia militar lhe apresentou o detido Scotti, conhecido por Nunes, o qual havia sido preso, por ser encontrado na posse do trator. Ressaltou que, na parte da manhã, o acusado Toigo estava na Delegacia e recebera a informação de que a polícia militar estava no sítio de Scotti, determinando que alguns policiais civis fossem até o local, os quais repassaram o que estava acontecendo. Assim determinou a Roberto que, se apresentassem Scotti, este deveria ser interrogado e liberado imediatamente, o que foi cumprido. Disse que é praxe na delegacia tomarem depoimentos das pessoas sem a presença dos delegados, e que o acusado teria dito que era para liberar Scotti em razão das circunstâncias que envolveram o caso; que parece que uma terceira pessoa é quem tinha deixado o trator no sítio de Scotti.

Em Juízo (fl. 899v.), deu a mesma versão, acrescentando que quando Toigo soube que na chácara estariam os tratores, determinou que policiais fossem até o local averiguar os fatos, ordenando, ainda, que policiais trouxessem tudo o que encontrassem, referindo-se a pessoas e trator. Enfa-

tizou que, se fosse delegado, também teria ficado na dúvida acerca de lavar ou não o flagrante por não ter certeza de ser Scotti o receptador.

Acaso Toigo quisesse prevaricar, não mandaria policiais ao local averiguar as denúncias e trazer tudo o que fosse eventualmente encontrado, além de jamais ter pedido, num segundo momento, a preventiva de Scotti (fls. 175 a 178).

Às fls. 371 e seguintes, novamente quase todos os Promotores de Justiça pugnam pela prisão preventiva dos acusados, cujos argumentos tornam-se parte integrante da presente.

Às fls. 383 e seguintes, o então e culto Titular recebe a denúncia em relação aos acusados, à exceção do delegado, funcionário público, cujo rito processual foi rigorosamente obedecido.

Compulsando-se o segundo volume, à fl. 532 apresenta o acusado Toigo sua defesa, sendo a denúncia recebida em relação a ele, bem como decretada sua preventiva, afastada a acusação de formação de quadrilha.

Das preliminares levantadas, são analisadas as de incompetência do juízo por conexão e nulidade das provas, que restaram afastadas pelo respeitável despacho de fls. 595 a 599.

Devidamente interrogado (fls. 628 e seguintes), o acusado Toigo disse que tinha em “Cardoso” um informante que auxiliava a polícia, mas

sempre mantendo em relação a ele imparcialidade; disse que conheceu João Antonio quando ele se envolveu em acidente de trânsito com vítima, o mesmo ocorrendo em relação a Scotti.

Quanto à acusação de prevaricação, recebeu informações da polícia militar de que estaria investigando o furto de tratores e que um deles havia sido localizado, sem fazer menção a nomes; acrescentou que um agente da seguradora estava com os policiais e havia reconhecido o trator, sendo por ele determinado que o bem fosse guinchado e tomadas as providências legais; diz que estava num curso de computação quando recebeu ligação do escrivão dizendo que haviam apreendido o trator e detido Scotti; acrescentou o escrivão que dois advogados acompanhavam o caso e indagava como deveria proceder.

Posto isso, soube que Scotti teria alegado que, como era caminhoneiro, tentou ajudar um caminhão parado e ofereceu sua residência acaso este apresentasse problemas maiores, o que ocorreu, tendo o caminhoneiro ido à sua residência pedindo para descarregar o trator que estava sobre o veículo, já que o problema era sério, no que foi autorizado por Scotti.

Assim, o acusado Toigo obteve a informação do escrivão de que o trator estava em local visível e sem adulterações, fatos que contribuíram para que determinasse sua oitiva e posterior soltura.

Após, teve a informação de que outro trator fora localizado em Bom

Retiro, ficando clara a participação de Scotti e João Augustinho. Designou data para ouvir o primeiro e, como este não compareceu, pediu sua preventiva, o que é confirmado nos autos.

Disse que não lavrou o flagrante porque entendeu que naquele momento não estava caracterizada a receptação, até porque consultou o sistema e viu que pesava contra Scotti somente um estelionato.

Scotti (fl. 855), em relação ao acusado Toigo disse que o viu só uma vez num comício, e quando foi levado à delegacia Toigo não estava e um escrivão tomou seu depoimento; na delegacia lhe disseram que estava preso, mas viu seu advogado falar com os policiais que havia dúvidas sobre a procedência do trator; que, por ter-se instalado tal dúvida, não foi lavrado o flagrante.

Disse que nunca ouviu de “João Bunda” que os tratores que ele havia comprado eram roubados e que devia haver algum mal-entendido no seu depoimento prestado perante o Ministério Público. Referiu que, no comício onde viu o acusado Toigo, Cardoso estava lá e conversava pouco com o delegado, porque ele assava a carne. Acrescentou que já viu Toigo na garagem de Cardoso também participando de um churrasco. Afirmou que quando falou com Cardoso disse que o processo estava na 3ª DP e que o delegado era Toigo, mas não pediu a ele que intercedesse, mas, sim, que arrumasse um advogado para ele, Scotti.

Afirmou que “antes de dar o depoimento conversou por mais de uma hora com o Dr. Promotor; que o Promotor disse que se o interrogando falasse que a propina que estava sendo acertada com o Cardoso estaria sendo repartida com o delegado Toigo, o interrogando seria colocado na rua em duas semanas; que por isso o interrogando falou que teria ouvido o Cardoso falar com o Toigo, na verdade o interrogando só ouviu o Cardoso falar com o João Bunda”.

Este o ônus da colheita de provas unilateralmente.

Cardoso (fl. 860) disse que no dia em que foi preso por Florianópolis em Lages, “foi conduzido até uma sala do Fórum de Lages, que tinham vários promotores e que na ocasião foi-lhe mostrado uma fita com conversa do interrogando com outras pessoas; que os promotores queriam que o interrogando falasse da sua relação com o Dr. Toigo e o Dr. Carlos Dirceu; que se abrisse o jogo a cadeia seria melhor porque tinha dois tipos de cadeia; que inclusive uma em Lages que seria a mínima e a de Florianópolis que acabou indo e que ficou na segurança máxima; que o que eles queriam era que o interrogando comentasse a respeito de todas as pessoas que tinham sido mencionadas nas fitas; que falaram do Dr. Toigo, do Dr. Carlos Dirceu, no amigo que o interrogando tem em Florianópolis, Bernardino; que queriam saber porque o interrogando tinha ligado ao Dr. Promotor de Justiça, Dr. Neori, e esclarece que muitas vezes ia até o Fórum para pedir infor-

mações sobre o andamento do processo ao Dr. Salim e o mesmo fazia ao Dr. Neori e numa ocasião que faltava manifestação do Dr. Neori num incidente de execução de pena, conseguiu com a secretária dele o número do telefone de seu gabinete e ligou para ele para pedir informações; que o interrogando escutou as fitas e que sua voz é a que está nas fitas; que reconhece o diálogo que teve com o Dr. Toigo que se encontra às fls. 22 e 23 dos autos em apenso; [...] que a menção feita a uma rural no diálogo que manteve com o Dr. Toigo na noite do dia em que o Nunes, Scotti, estava na firma e antes que o João chegasse, dizia respeito a uma rural que o acusado Toigo teria deixado para o interrogando vender; que o preço que ele queria pela rural era de R\$ 6.000,00 a R\$ 7.000,00; que o interrogando tinha vários negócios, então resolveu o próprio interrogando comprar a rural e ofereceu um Voyage e mais duas parcelas de R\$ 2.000,00; que falou que era o interrogando que queria comprar para si, mas que tinha um pessoal que dava; que na hora o Dr. Toigo só se interessava se fosse dado junto com o Voyage uma parcela de R\$ 2.000,00; que como não deu negócio o carro não foi vendido; que esta rural estava no nome do policial Levi, comissário de polícia; que não se lembra do nome da pessoa que vendeu mas o fato é que acabou vendendo por R\$ 3.800,00 à vista porque o acusado Toigo ficou com os pneus e as rodas que valiam mais ou menos R\$ 3.000,00; que então o interrogando mandou o irmão dele entregar o di-

nheiro R\$ 2.800,00 mais o cheque entregue à secretária do Dr. Toigo; que nesta noite não sabe se o Scotti ouviu a conversa porque o Scotti ficou na sala do interrogando e como o telefone da sala estava com problemas ligou do telefone do balcão; que tem um relacionamento cordial com o Dr. Toigo [...] que tinha interesse na amizade até porque o interrogando tinha alguns problemas então até o fato de ter amigo delegado, de ter amigo militar, que muito embora tivesse prestado várias informações para o Dr. Toigo, até como informante, nunca utilizou-se dessa influência para benefício de uma atividade ilegal [...] que em relação à acusação de extorsão deve estar havendo algum equívoco porque aquele diálogo que foi gravado fazia menção a uma venda de uma rural e não a uma negociata de propina para livrar o seu Scotti do processo”.

Muito embora hajam sérias ressalvas quanto às interceptações telefônicas levadas a efeito sem a observância de requisitos básicos, por amor ao princípio da busca da verdade real, admitindo-se esta prova como válida e valorando-a, temos que ela não serve para incriminar Toigo, como pretende a douta acusação.

É que na gravação mencionada à fl. 1.223, que supostamente reproduz conversa de Cardoso com seu irmão Dilson, aquele afirma que “Nunes” não foi preso porque caiu na mão de Toigo, mas comunica que acharam o trator em Bom Retiro e provavelmente ele será preso. Quando ele diz que “depende dele ele não vai, se não, vai”,

quer dizer que se arrumar dinheiro para pagar advogado talvez não vá preso, senão vai.

E a mencionada extorsão foi desmentida por Cardoso ao dizer que quando falou em dinheiro com Toigo foi para proceder à venda da rural, mencionada nesta decisão.

Da conversa de fl. 1.229 extrai-se que Cardoso mantinha um relacionamento mais estreito com Toigo, o que é por ele confessado, até mesmo por ser informante da polícia; aliás, dessa forma, Cardoso indaga ao delegado acerca da situação de Nunes que se agrava a cada dia, com o que concorda Toigo: “a coisa tá ficando feia, ele que se mexa, né? [...] que fale com o advogado dele”.

Mais adiante, percebe-se que Cardoso estava falando que a situação de Nunes está ruim, e muda de conversa acrescentando que seus negócios — de Nunes — não estão dando certo; falando em negócio, lembra da rural e dá início à nova conversa, da qual se pode deduzir que mudou de assunto, falando da rural deixada à venda pelo delegado.

Essa interpretação foi dada pelo Juízo, uma vez que Cardoso estava falando das complicações de Nunes, que seus negócios não estavam bem e, de repente, fala que “o cara da rural esteve aqui”, mudando o assunto, o que dá a entender que seria realmente uma pessoa interessada na compra do veículo, pois, se fosse oferecimento de propina, a colocação seria diferente.

Não seria possível acreditar-se que Cardoso, o que, segundo as acusações, é pessoa ligada ao crime, e Toigo, delegado de carreira, fossem ingênuos o suficiente para conversar sobre propinas por telefone.

A certa altura da conversa não se chega a uma conclusão na negociação do veículo e retoma-se, no início de fl. 1.231, a questão do trator: “é? Tá” (encerram as tratativas da venda da rural). “Então é o seguinte” (retoma-se a situação de Nunes) “daí aquele negócio do trator tem que sê o coisa? Que era o velho que foi oferecido?” E diz o delegado “ele que vai me dizer, né?”

Ao ler e reler, por várias vezes, as conversas travadas entre Cardoso e Toigo, a interpretação dada pelo Juízo foi a acima exposta, mas ainda pairam dúvidas sobre a verdade real e nestas condições, como sabido, deve haver uma interpretação a favor do réu, por aplicação ao princípio clássico do *in dubio pro reo*.

A esse respeito, válido transcrever o pensamento de Damásio E. de Jesus: “Os autores divergem na interpretação desse princípio: para uns, ele só se aplica em matéria de fatos, de interpretações das provas de um processo; para outros ele se aplica também nos casos de dúvidas na interpretação das leis, devendo aplicar-se ao réu a lei mais favorável quando, esgotados os meios de conhecer a vontade do legislador, continua irreduzível o conflito entre o espírito e a letra da lei”.

Referido princípio visa a proteger o réu de provável injustiça que decorra de um julgamento feito com base em suposições ou em simples suspeitas. Ressalta-se que a condenação penal requer prova irrefutável contra o réu, pois tal medida, por ser drástica para o condenado, deve ser aplicada com juízo de certeza.

O único depoimento que pode comprometer Toigo foi o dado à fl. 985 por “João Bunda”, o qual afirma que dias antes da prisão de Scotti discutiu com Cardoso porque este teria dito que Scotti deveria pagar R\$ 7.000,00 para que ele e João não fossem processados; assim, foi até o escritório de Cardoso e presenciou quando ele falava ao telefone com Toigo para negociar o valor a ser pago para não serem processados.

Já Cardoso diz que acredita que Scotti não tenha presenciado nenhuma conversa [...]

No entanto, como dito, pairam dúvidas deste Juízo acerca de eventual cometimento do delito de extorsão, já que não se pode afirmar ao certo que os sete mil reais mencionados são exigência de vantagem ilícita ou negociação da rural, motivo pelo qual se afasta a presente imputação.

Com relação a não lavratura do flagrante, este Juízo não interpreta a desídia como prevaricação, pois não restou provado nos autos que tal fato se deu para satisfazer interesse pessoal do Delegado, mas simplesmente uma questão de interpretação pessoal do profissional.

Para a caracterização desse delito, mister se faz a prova concreta do dolo específico, que é o fim de satisfazer interesse ou sentimento pessoal, e o significado deste último seria a afeição, a simpatia, a parcialidade etc., que não restaram comprovados.

Magalhães Noronha diz que é preciso haver consciência de que o ato praticado é contra expressa disposição legal, do qual se remete à leitura do acórdão proferido no *Habeas Corpus* n. 310.374/2, j. 20-8-1997, relator Juiz Evaristo dos Santos, no qual se vê que “é inepta a denúncia, em face da atipicidade da conduta do agente, que imputa a prática do crime de prevaricação, previsto no art. 319 do CP, a Delegado de Polícia que não efetuou prisão em flagrante de pessoa apresentada como autora de ilícito penal, pois cabe àquele decidir da oportunidade ou não de lavar o flagrante em face do sistema processual vigente”.

Assim, atípica foi sua conduta.

Acrescenta-se que Scotti foi encaminhado à delegacia (fl. 23), detido e não preso em flagrante.

Disse Toigo em seu interrogatório que recebeu informações da polícia militar de que estariam investigando o furto de tratores e que um deles havia sido localizado por um agente da seguradora que estava com os policiais e tinha reconhecido o trator, sendo por ele determinado que o bem fosse guinchado e tomadas as providências legais; diz que estava num curso de computação quando recebeu liga-

ção do escrivão dizendo que haviam apreendido o trator e detido Scotti; acrescentou o escrivão que dois advogados acompanhavam o caso e o escrivão indagava como proceder. Assim, soube que Scotti teria alegado que, como era caminhoneiro, tentou ajudar um caminhão parado e ofereceu sua residência acaso este apresentasse problemas maiores para deixar o veículo, o que ocorreu, tendo o caminhoneiro ido à sua casa pedindo para descarregar o trator que estava sobre o veículo já que o problema era sério, no que foi autorizado por Scotti. Obteve a informação do escrivão de que o trator estava em local visível e sem adulterações, fatos que contribuíram para que determinasse sua oitiva e posterior soltura.

Certamente tinha ele a consciência de que a prisão é a exceção à regra, e como não estava na delegacia no momento da lavratura do flagrante, prevendo eventual excesso, preferiu que ele fosse ouvido e liberado posteriormente. Tanto que quando teve a informação de que outro trator fora localizado em Bom Retiro, ficando clara a participação de Scotti. Designou data para ouvi-lo e, como este não compareceu, pediu sua preventiva, o que não seria feito acaso tivesse a intenção de prevaricar.

Não se pode dizer que Toigo foi omissos, já que instaurou inquérito policial, ouviu testemunhas e, como dito, quando houve elementos suficientes, pediu a preventiva do acusado.

Da RT 622/296, extrai-se que “competes privativamente ao Delegado

do de Polícia discernir, dentre todas as versões que lhe sejam oferecidas por testemunhas ou envolvidos em ocorrência de conflito, qual a mais verossímil, e então decidir contra quem adotar as providências de instauração de inquérito ou autuação em flagrante”.

No mesmo sentido: RT 728/540.

Ainda em relação à mencionada venda da rural, esta é confirmada pelo depoimento das testemunhas, senão vejamos:

À fl. 1.000v., o policial Carlos Manoel Mendonça diz que Toigo a adquiriu do comissário Levy, vendendo-a a Edison Renato, e quem teria intermediado a venda foi Cardoso.

Wilson Meurer (fl. 1.002v.) confirma que adquiriu de Toigo cinco pneus radiais e um jogo de rodas aro 15, no valor de R\$ 2.800,00, pagos em dinheiro.

Edson Renato Wolff Antunes (fl. 1.003) confirma a versão do acusado Toigo de que deixou a rural para vender com Cardoso, pois comprou deste o veículo por R\$ 3.600,00, sendo que os documentos estavam em nome do comissário Levy. Ainda acrescentou que conhece o policial Carlos Manoel a quem perguntou das condições do veículo.

Nivaldo Correa Geremias (fl. 1.003v.) disse que Cardoso levou uma rural na sua oficina, dizendo que era de Toigo, para arrumar a direção hidráulica.

Levy Inácio Filho (fl. 1.033v.) disse que vendeu a rural a Toigo, sen-

do que este a repassou a um rapaz que procurou por Levy atrás da documentação, sendo a venda intermediada por Cardoso. Acrescentou que Cardoso era informante da polícia.

Com relação ao depoimento de Jairo de Souza (fl. 901), temos que ele escutou várias conversas telefônicas havidas entre Cardoso, Toigo, Scotti, Dilson e, assim como o Ministério Público, deu a estas interpretação diversa da dada pelo Juízo.

É de se ter em mente que escutou umas duzentas fitas, não se recordando dos detalhes das conversas ouvidas, mas anotando que nas gravações apareceram nomes de policiais e de membros do Ministério Público, mas nada que os comprometessem.

Disse que os compactos das fitas — já que gravadas umas duzentas — foram feitos por determinação do Promotor de Justiça e que as gravações se deram por aproximadamente seis meses — o que causa estranheza, já que as interceptações nunca são autorizadas por tanto tempo assim, pois a lei autoriza 15 dias prorrogáveis por mais 15, a exemplo da autorização concedida pela 2ª Vara Criminal, em apenso. Diz que havia “uma equipe” que selecionava as fitas relativas aos presentes fatos, sendo que foi o Promotor quem designou pessoas de sua confiança para que passassem as gravações para a planilha — quando este Juízo entende que deveriam ser os peritos nomeados isentos e, no entanto, segundo a testemunha, os *experts* são do Ministério Público.

Assim, igualmente não há provas de prevaricação praticada pelo acusado Toigo, motivo pelo qual sua absolvição se impõe.

Luiz Carlos Freitas de Souza, vulgo “Cardoso”

Assim como este Juízo não vislumbrou a prática de extorsão pelo acusado Toigo, diga-se o mesmo em relação a Cardoso.

É que, partindo-se da hipótese de que tenha havido algum constrangimento no intuito de obter vantagem pecuniária, a ameaça apta a caracterizar o delito em tela deve ser idônea o suficiente a incutir medo, e não se pode dizer que João Sutil e Scotti sejam pessoas ingênuas e comparadas a um cidadão comum, que se amedronta com facilidade. Acrescenta-se que não se vislumbra eventual intensidade da grave ameaça que tenha causado às vítimas forte constrangimento.

Cardoso foi incurso nas sanções do artigo 158, § 2º, porque Toigo teria telefonado para este acusado, segundo narra a denúncia, seu velho companheiro na prática reiterada de crimes, a fim de engendrar um plano para extorquir vantagem de Antonio Scotti e, posteriormente, de João Sutil, em razão da delicada situação de ambos, envolvendo a receptação de tratores. Assim, falando em nome do delegado, Cardoso deveria procurar Scotti para informá-lo que corria o risco de ser preso, mas que, se efetuasse o pagamento de R\$ 7.000,00 ao Delegado, este daria um jeito de inocentá-

lo. Assim, teria ocorrido o telefonema, já mencionado no corpo desta decisão.

Observa-se dos autos, no entanto, que em momento algum restou comprovado que Toigo teria exigido a quantia referida de Scotti e Sutil — ou, pelo menos, pairam dúvidas acerca de tal conduta, mas não existem provas de que ele teria determinado que Cardoso o fizesse.

Repetindo-se, Cardoso (fl. 860) disse que no dia em que foi preso por Florianópolis em Lages, “foi conduzido até uma sala do Fórum de Lages, que tinham vários Promotores e que na ocasião foi-lhe mostrado uma fita com conversa do interrogando com outras pessoas; que os promotores queriam que o interrogando falasse da sua relação com o Dr. Toigo e o Dr. Carlos Dirceu; que se abrisse o jogo a cadeia seria melhor porque tinha dois tipos de cadeia; que inclusive uma em Lages que seria a mínima e a de Florianópolis que acabou indo e que ficou na segurança máxima; que o que eles queriam era que o interrogando comentasse a respeito de todas as pessoas que tinham sido mencionadas nas fitas; que falaram do Dr. Toigo, do Dr. Carlos Dirceu, no amigo que o interrogando tem em Florianópolis, Bernardino; que queriam saber porque o interrogando tinha ligado ao Dr. Promotor de Justiça, Dr. Neori, e esclarece que muitas vezes ia até o Fórum para pedir informações sobre o andamento do processo ao Dr. Salim e o mesmo fazia ao Dr. Neori e numa ocasião que faltava manifestação do Dr.

Neori num incidente de execução de pena, conseguiu com a secretária dele o número do telefone de seu gabinete e ligou para ele para pedir informações; que o interrogando escutou as fitas e que sua voz é a que está nas fitas; *que reconhece o diálogo que teve com o Dr. Toigo que se encontra às fls. 22 e 23 dos autos em apenso; [...] que a menção feita a uma rural no diálogo que manteve com o Dr. Toigo na noite do dia em que o Nunes, Scotti, estava na firma e antes que o João chegasse, dizia respeito a uma rural que o acusado Toigo teria deixado para o interrogando vender; que o preço que ele queria pela rural era de R\$ 6.000,00 a R\$ 7.000,00; que o interrogando tinha vários negócios, então resolveu o próprio interrogando comprar a rural e ofereceu um Voyage e mais duas parcelas de R\$ 2.000,00; que falou que era o interrogando que queria comprar para si, mas que tinha um pessoal que dava; que na hora o Dr. Toigo só se interessava se fosse dado junto com o Voyage uma parcela de R\$ 2.000,00; que como não deu negócio o carro não foi vendido; que esta rural estava no nome do policial Levi, comissário de polícia; que não se lembra do nome da pessoa que vendeu mas o fato é que acabou vendendo por R\$ 3.800,00 à vista porque o acusado Toigo ficou com os pneus e as rodas que valiam mais ou menos R\$ 3.000,00; que então o interrogando mandou o irmão dele entregar o dinheiro R\$ 2.800,00 mais o cheque entregue à secretária do Dr. Toigo; que nesta noite não sabe se o Scotti ouviu a conversa porque o Scotti ficou na sala do interrogando e*

como o telefone da sala estava com problemas ligou do telefone do balcão; que tem um relacionamento cordial com o Dr. Toigo [...] que tinha interesse na amizade até porque o interrogando tinha alguns problemas então até o fato de ter amigo delegado, de ter amigo militar, que muito embora tivesse prestado várias informações para o Dr. Toigo, até como informante, nunca utilizou-se dessa influência para benefício de uma atividade ilegal [...] que em relação à acusação de extorsão deve estar havendo algum equívoco porque aquele diálogo que foi gravado fazia menção a uma venda de uma rural e não a uma negociação de propina para livrar o seu Scotti do processo” (grifei).

Assim, a absolvição, por falta de provas, impõe-se.

João Antonio de Oliveira Valle, vulgo “João Caolho”

Ao acusado está sendo feita a imputação de receptação qualificada.

Narra a denúncia que ele é proprietário de um estabelecimento que comercializa peças de carros usados e que, na maioria das vezes, encomendava a aquisição de veículos de procedência criminosa e entregava-os para outros integrantes do bando para alienação ou desmanche.

Assim, é acusado de ter adquirido os tratores, juntamente com Scotti e João Augustinho, sendo ele a primeira pessoa a receber os bens, repassando-os aos outros acusados.

Ocorre que nos depoimentos colhidos não se ouve falar em João

Caolho e o pouco que mencionam acerca de sua pessoa não é suficiente para incriminá-lo.

O próprio acusado Toigo afirma em seu interrogatório que no inquérito em que se apurou a receptação dos tratores não aparece João Oliveira Valle.

Em relação ao pedido de condenação em litigância de má-fé do Ministério Público, temos que “existe litigância de má-fé somente quando caracterizada a manifesta intenção de prejudicar. Presume-se que os litigantes estejam agindo sempre de boa-fé (JTA 36/104)” (Ap. Cív. n. 50.445, rel. Des. Eládio Torret Rocha, DJSC de 4-12-95, p. 11); necessário, também, para o seu reconhecimento, a prova de sua existência (*vide*, nesse norte, TAPR, Ap. Cív. n. 0056208-5, Ap. Cív. n. 1624, rel. Juiz Hirose Zeni, j. em 1º-3-93, DJPR de 26-3-93, p. 45). Salienta-se, por fim, que “a condenação de ofício por litigância de má-fé é somente impositiva quando comprovado o dolo manifesto e, *in casu*, não é admissível [...]” (Ap. Cív. n. 34.344, rel. Des. Cláudio Marques, DJSC de 18-1-93, p. 7).

Ora, o instituto da litigância de má-fé caracteriza-se quando alguém, imbuído de má-fé ou malícia, pleiteia algo que sabe que não lhe é devido, o que não ficou comprovado nos autos.

“Existente fundamentação razoável, vivificados os objetivos e funções do órgão ministerial, cuja participação é reputada de excepcional significância, tanto que, se não apare-

cer como autor, obrigatoriamente deverá intervir como *custos legis* (LACP 5º § 1º), não se compatibiliza com o espírito da lei de regência, no caso da improcedência da ACP, atribuir-lhe a litigância de má-fé (LACP 17 e CDC 115), com a condenação em honorários advocatícios. No caso, além do mais, a pretensão não se mostra infundada, não revela propósito inadvertido ou clavado pelo sentimento pessoal de causar dano à parte ré ou que a ação resulta de manifestação sombreada por censurável iniciativa. Tanto que a solução judicial dependeu de laboriosa prova técnica. A litigância de má-fé reclama convincente demonstração. Recurso provido” (STJ, 1ª t., REsp n. 28715-0-SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, v. u., j. 31-8-1994, DJU 19-9-1994, p. 24.652)” (Nery Júnior, Nelson, Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 1º-8-1997, 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.159, nota 14 ao art. 17 da Lei n. 7.347, de 24-7-1985).

Assim, ante a anemia de provas, sua absolvição se impõe.

João Augustinho da Silva Sutil,
vulgo “João Bunda”

Acusa-se este réu de receptação qualificada.

A respeito da suficiência do dolo eventual para a caracterização do crime de receptação qualificada discorre Mirabete:

“O tipo subjetivo é o dolo, ou seja, a vontade dirigida à prática de

uma das condutas registradas no tipo. É indispensável, porém, o elemento subjetivo do tipo registrado na expressão ‘deve saber ser produto de crime’, que não significa a necessidade de que o agente ‘saiba’ dessa circunstância, caso contrário, a lei teria repetido a expressão contida no *caput* do art. 180, nem a mera culpa, por se tratar de crime doloso. Assim, basta para a caracterização do ilícito a comprovação de que o agente, em decorrência das circunstâncias do fato, tinha todas as condições para saber da procedência ilícita da *res* adquirida, recebida etc. Assim, se não agiu na certeza, ao menos tinha ele dúvida a respeito dessa circunstância. A expressão trata, a rigor, de uma regra probatória, de uma presunção legal, de que o agente, diante das circunstâncias do fato, não poderia desconhecer completamente a origem espúria da coisa. Não se podendo concluir que a expressão utilizada na lei venha a significar mera culpa em sentido estrito, pois a cominação da pena seria mais severa do que a *receptação* dolosa prevista no *caput* do artigo, a condenação por dolo na hipótese da dúvida sobre a origem da coisa, não ocorrente no tipo básico do *caput*, se justifica pela qualidade do agente, de ser comerciante ou industrial e portanto mais afeito a negócios” (Mirabete, Julio Fabbrini. Código penal interpretado. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 1.369).

Idêntica é a orientação de Alberto da Silva Franco:

“Enquanto na hipótese de *receptação* constante do *caput* do art.

180 do CP, o legislador requer que o agente, ao realizá-lo, saiba da origem criminosa da coisa, no caso da *receptação* qualificada a exigência legal não é a de que saiba, mas, sim, a de que deva saber que a coisa tem proveniência delituosa. O contraste entre os dois tipos de *receptação* está fundamentalmente vinculado à área de significado que deve ser emprestado aos conceitos de ‘saber’ e ‘deve saber’. [...] Dever saber representa, na *receptação* qualificada, não o conhecimento integral, não a certeza sobre a realidade de um determinado estado de coisas, mas, sim, o reconhecimento de um juízo de dúvida a respeito dessa realidade, diante do qual o agente não fica inerte, antes põe em marcha a conduta possibilitadora da produção do resultado e entre o renunciar à conduta e o risco de com ela concretizar o tipo, prefere essa atitude em detrimento daquela” (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 1º, t. II, 6ª ed., p. 2.815).

A lei penal quis atingir principalmente aqueles que adquirem e transportam peças usadas de veículos para revenda, sem se preocuparem com a origem delas. Quis abranger, por óbvio, os proprietários de estabelecimentos de “ferro-velho” e de peças automotivas usadas,

Na verdade, extrai-se dos autos que foi roubado no Paraná um caminhão que carregava dois tratores, os quais foram localizados em Santa Catarina, por intermédio de um telefonema anônimo dado para a empresa New Holland, conforme se extrai

do depoimento de Alexandre de Mello Coradin (fls. 38 e 1.099), sendo um deles localizado em poder de Antonio Scotti, em sua chácara, e o outro em Bom Retiro, também na propriedade de mencionada pessoa.

À fl. 43 foi ouvido um ex-empregado de Scotti.

José Edson Muniz Velho, na fase policial (fl. 56), disse que é conhecido de Scotti e João Augustinho, os quais informaram que iriam a Camboriú e posteriormente a Curitiba. Que, dias depois, encontrou-se com “João Bunda”, o qual lhe mostrou duas notas fiscais de tratores, informando que os estava vendendo e que, acaso tivesse sucesso na venda, receberia uma comissão de cinco mil reais. Que como viu as notas, passou a oferecer os veículos para o Sr. Osmar, que, por sua vez, ofereceu-os a um empresário de Taió e que ambos viram os tratores numa chácara nesta cidade e que a negociata só não fluiu por causa de divergência entre o preço oferecido e o exigido. Quando ouviu os fatos noticiados publicamente, resolveu apresentar-se espontaneamente para prestar esclarecimentos.

Com relação a esse depoimento, João Augustinho (fl. 61) esclareceu que conhece Scotti por intermédio de José Edson, e adquiriu daquele um trator amarelo, tendo visto em sua chácara um trator azul, e Scotti afirmou que o bem lhe pertencia. Disse que durante a negociação do trator amarelo Scotti lhe pediu que o levasse até Bom Retiro, o que fez, num Ômega preto. Afirmou que quitou o

débito do trator com Scotti. Disse que não mais teve contato com Scotti.

Osmar Barcelos (fl. 313) disse que é proprietário de uma loja de veículos e conhece José Edson, que lhe ofereceu dois tratores à venda, que estariam em poder de “João”. Assim, fez contato com este que lhe informou que os bens eram provenientes de uma empresa falida de Mato Grosso e que os recebera como dívida e acaso se interessasse, que viesse a Lages. Assim, como tinha conhecimento de que Rui Krenkel queria adquirir tratores, contactou com ele, que mandou o pai Kuni ver os tratores com ele Osmar, em Lages. Assim, João os levou até uma chácara onde viu um trator de cor azul, tendo João informado que o outro já havia sido vendido. Que pediu para ver a nota fiscal do trator e o tal João não tinha; diante disso, pediu ao João que arrumasse a nota e lhe telefonasse para ver se fariam negócio. Disse que não conheceu nenhum Scotti e que não sabe se João é o acusado João Augustinho da Silva Sutil.

À fl. 1.084, mantém a mesma versão.

Rui Carlos Krenkel, ouvido às fls. 459 e 1.091, e Kunibert Krenkel (fls. 462 e 1.092) confirmaram a história de Osmar Barcelos.

Em Juízo (fl. 984), João Augustinho diz que adquiriu de Scotti um trator, por indicação de José Edson e lucrou R\$ 1.000,00, pois o revendeu a um tal de Gilmar. Que neste dia Scotti não tinha nenhum outro tra-

tor, mas havia comentado que iria comprar um trator mais novo e daria o número do ponto de táxi de João para pessoas de Curitiba o procurarem para comprar o trator. Que realmente dias após chegaram as mencionadas pessoas num Verona verde procurando por João, indagando sobre Scotti. Assim, levou-os à chácara, tendo as pessoas indagado se ele João conhecia pessoas que compravam trator, citando Cardoso. Assim, deixou as pessoas na chácara e, no dia seguinte, teve conhecimento de que Scotti teria adquirido o trator por R\$ 21.000,00 e queria revendê-lo por R\$ 42.000,00, e disse que se ele, João, vendesse o trator, não cobraria os R\$ 3.000,00 do débito que ele tinha da compra do trator Valmet. Assim, João falou com José Edson que disse ter comprador para o trator e, caso vendesse, dividiriam os R\$ 3.000,00. Disse que não esteve em Pouso Redondo, sendo que José Edson foi, não sabendo se com mais alguém. Acrescentou que não ofereceu o trator a mais ninguém e que não sabia de um segundo trator. Alegou que Scotti lhe disse que teria adquirido mais um trator, não comentando se queria vendê-lo. João possuía um Ômega prata e levou Scotti até Bom Retiro, onde ele disse que trataria de cavalos, tendo João ficado no carro enquanto Scotti conversava com Albino. Disse que aguardou aproximadamente uma hora e voltaram, sabendo, somente depois e pelos jornais, que Scotti teria ido negociar o trator, segundo declaração feita por Albino. Afirma que dias antes da prisão de Scotti discutiu com Car-

doso porque este teria dito que Scotti teria de pagar R\$ 7.000,00 para que ele e João não fossem processados, assim, foi até o escritório de Cardoso e presenciou quando ele falava ao telefone com Toigo para negociar o valor a ser pago para não serem processados.

O Ministério Público, entendendo que os termos do interrogatório deste acusado apresentavam um grau de verossimilhança bastante acentuado com o restante da prova colhida e acreditando que a denúncia de receptação qualificada estaria exacerbada, opinou pela soltura, o que foi deferido.

Albino (fl. 1.042) disse que foi Scotti quem lhe ofereceu tratores à venda e, diante de sua insistência, foi até Lages ver um deles, tendo Scotti pedido R\$ 32.000,00 pelo bem, mas Albino sabia que valia R\$ 60.000,00 e desconfiou da origem do trator. Disse que referido trator foi apreendido pela polícia em Bom Retiro. Referiu que foi ameaçado por Scotti, acreditando que tenha sido seu delator.

Diante de tais fatos, temos que José Edson Muniz Velho, embora ouvido somente na fase policial (fl. 56), disse que é conhecido de Scotti e João Augustinho, os quais informaram que iriam a Camboriú e posteriormente a Curitiba. Que, dias depois, encontrou-se com “João Bunda”, o que lhe mostrou duas notas fiscais de tratores, informando que os estava vendendo e que, acaso tivesse sucesso na venda, receberia uma comissão de cinco mil reais.

Scotti (fl. 854) quer fazer crer com sua versão que João Augustinho o fez de laranja para guardar uns tratores, quando este Juízo acredita que ambos tinham conhecimento da procedência ilícita dos bens e se conheciam não por intermédio de José Edson, mas de longa data.

Um exemplo disso foi o fato de ficar esperando Scotti por aproximadamente uma hora em Bom Retiro, além, é claro, de tê-lo levado até lá, pois quem é que levaria um estranho a um local distante 100km aproximadamente, o esperaria por quase uma hora e ainda saberia de detalhes de negociações feitas por essa pessoa, se não fosse íntimo seu?

A versão de Scotti dada no sentido de que avistou um motorista em apuros — João Augustinho — e ofereceu sua residência para deixar os veículos é fantasiosa, pois, além de se tratar de bem novo, referida pessoa que não o conhecia deixou que ele, até mesmo, usasse o trator e ainda o colocasse à venda!

Num primeiro momento, João Augustinho quis passar a impressão de que mantinha pouco relacionamento com Scotti, mas, no decorrer de sua oitiva em Juízo, demonstra saber de vários pormenores da vida deste, deixando clara sua intimidade com ele e sobre sua ciência acerca da ilicitude dos tratores.

Assim sendo, ao oferecer à venda coisa que sabia ou deveria saber ser produto de crime, sua condenação se impõe.

Antonio Scotti, vulgo “Nunes”

Ao acusado é atribuída a prática de receptação qualificada e, diante da prova coletada nos autos, também deve ser condenado.

É que existem provas satisfatórias de que tinha a posse dos dois tratores que sabia serem de origem ilícita, em suas propriedades, respectivamente, Lages e Bom Retiro.

A história que apresenta à fl. 24 — que estava chegando em casa quando um caminhoneiro, que tinha um trator em cima de seu caminhão, disse que estava com problemas mecânicos e, assim, ofereceu auxílio, deixando o trator em sua propriedade — diante das provas colhidas num primeiro momento, é aceitável, mas, no curso da instrução, restou provado que o referido acusado passou a oferecer este trator à venda e, assim, tinha ou deveria ter ciência de que era de procedência ilícita.

Acrescenta-se que o suposto caminhoneiro não poderia estar levando o trator de São Paulo para o Rio Grande do Sul, pois não haveria necessidade de parar justamente na entrada do terreno de Scotti, que fica em Lages, totalmente fora de mão.

Quando interrogado, o acusado acresce à sua versão proferida na fase policial que, no dia seguinte ao tal motorista ter deixado o trator, “aparece” “João Bunda” dizendo que havia comprado o trator mas queria vendê-lo, mostrando o documento e indagando se ele, Scotti, saberia de alguém para indicar. Que Scotti, então, deixou o

trator uns vinte dias na propriedade. Acrescentou que foi junto com João a Bom Retiro para oferecer o trator a um vereador (Albino), o qual desistiu da negociação.

Albino Gonçalves Padilha (fl. 60) confirma que Nunes lhe ofereceu o trator por R\$ 32.000,00, mas acrescenta que não entraram em acordo.

Após tais fatos, João teria aparecido com outro trator e era para Scotti arrumar outro comprador. Diz que o trator só foi parar em Bom Retiro porque foi fazer com ele um carregamento de xaxim e faltou óleo, ficando o veículo na Comarca vizinha.

Disse que no começo quis jogar a responsabilidade para “João Bunda” porque, se soubesse que os veículos eram furtados, não os teria guardado.

Indaga-se por qual motivo deixou o primeiro trator em sua propriedade se João Bunda queria vendê-lo mas não o fez, e por qual motivo ainda aceitou um outro, levando-o para Bom Retiro.

Nunca é demais lembrar que José Edson Muniz Velho, quando oitivado, disse ser conhecido de Scotti e João Augustinho, os quais informaram que iriam a Camboriú e posteriormente a Curitiba. Que, dias depois, encontrou-se com “João Bunda”, o qual lhe mostrou duas notas fiscais de tratores, informando que os estava vendendo, e que, acaso tivesse sucesso na venda, receberia uma comissão de cinco mil reais. Que, como viu as notas, passou a oferecer os veículos

para o Sr. Osmar, que, por sua vez, ofereceu-os a um empresário de Taió e que ambos viram os tratores numa chácara nesta cidade e que a negociação só não fluiu por causa de divergência entre o preço oferecido e o exigido. Quando ouviu os fatos noticiados publicamente, resolveu apresentar-se espontaneamente para prestar esclarecimentos.

João Augustinho então esclareceu que conheceu Scotti por intermédio de José Edson, e adquiriu daquele um trator amarelo, tendo visto em sua chácara um azul, sendo que Scotti afirmou que o bem lhe pertencia. Disse que durante a negociação do trator amarelo Scotti lhe pediu que o levasse até Bom Retiro, o que fez, num Ômega preto. Afirmou que quitou o débito do trator com Scotti. Disse que não mais teve contato com Scotti.

Repete-se: Osmar Barcelos (fl. 313) disse que é proprietário de uma loja de veículos e conhece José Edson, o que lhe ofereceu dois tratores à venda, que estariam em poder de “João”. Assim, fez contato com este que informou que os bens eram provenientes de uma empresa falida de Mato Grosso e que recebera como dívida e, acaso se interessasse, que viesse a Lages. Assim, como tinha conhecimento de que Rui Krenkel queria adquirir tratores, contactou com ele, que mandou o pai Kuni ver os tratores com ele Osmar, em Lages. Assim, João os levou até uma chácara onde viu um trator de cor azul, tendo João informado que o outro já havia sido vendido. Que pediu para ver a nota

fiscal do trator e o tal João não tinha; diante disso, pediu ao João que arrumasse a nota e lhe telefonasse para ver se fariam negócio. Disse que não conheceu nenhum Scotti e que não sabe se João é o acusado João Augustinho da Silva Sutil.

“À fl. 1.084, mantém a mesma versão.

“Rui Carlos Krenkel, ouvido às fls. 459 e 1.091, e Kunibert Krenkel (fls. 462 e 1092) confirmaram a história de Osmar Barcelos.

“Em Juízo (fl. 984), João Augustinho diz que adquiriu de Scotti um trator, por indicação de José Edson e lucrou R\$ 1.000,00, pois o revendeu a um tal de Gilmar. Que neste dia Scotti não tinha nenhum outro trator, mas havia comentado que iria comprar um trator mais novo e daria o número do ponto de táxi de João para pessoas de Curitiba o procurarem para comprar o trator. Que realmente dias após chegaram as mencionadas pessoas num Verona verde procurando por João, indagando sobre Scotti. Assim, levou-os à chácara, tendo as pessoas indagado se ele João conhecia pessoas que compravam trator, citando Cardoso. Assim, deixou as pessoas na chácara e, no dia seguinte, teve conhecimento de que Scotti teria adquirido o trator por R\$ 21.000,00 e queria revendê-lo por R\$ 42.000,00, e disse que se ele, João, vendesse o trator, não cobraria os R\$ 3.000,00 do débito que ele tinha da compra do trator Valmet. Assim, João falou com José Edson que disse ter comprador para o trator e, caso ven-

desse, dividiriam os R\$ 3.000,00. Disse que não esteve em Pouso Redondo, sendo que José Edson foi, não sabendo se com mais alguém. Acrescentou que não ofereceu o trator a mais ninguém e que não sabia de um segundo trator. Alegou que Scotti lhe disse que teria adquirido mais um trator, não comentando se queria vendê-lo. João possuía um Ômega prata e levou Scotti até Bom Retiro, onde ele disse que trataria de cavalos, tendo João ficado no carro enquanto Scotti conversava com Albino. Disse que aguardou aproximadamente uma hora e voltaram, sabendo, somente depois e pelos jornais, que Scotti teria ido negociar o trator, segundo declaração feita por Albino. Afirma que dias antes da prisão de Scotti discutiu com Cardoso porque este teria dito que Scotti teria de pagar R\$ 7.000,00 para que ele e João não fossem processados, assim, foi até o escritório de Cardoso e presenciou quando ele falava ao telefone com Toigo para negociar o valor a ser pago para não serem processados.

“Albino (fl. 1.042) disse que foi Scotti quem lhe ofereceu tratores à venda e, diante de sua insistência, foi até Lages ver um deles, tendo Scotti pedido R\$ 32.000,00 pelo bem, mas Albino sabia que valia R\$ 60.000,00 e desconfiou da origem do trator. Disse que referido trator foi apreendido pela polícia em Bom Retiro. Referiu que foi ameaçado por Scotti, acreditando que tenha sido seu delator.

“Diante de tais fatos, temos que José Edson Muniz Velho, embora ou-

vido somente na fase policial (fl. 56), disse que é conhecido de Scotti e João Augustinho, os quais informaram que iriam a Camboriú e posteriormente a Curitiba. Que, dias depois, encontrou-se com 'João Bunda', que lhe mostrou duas notas fiscais de tratores, informando que os estava vendendo e que, acaso tivesse sucesso na venda, receberia uma comissão de cinco mil reais.

"Scotti (fl. 854) quer fazer crer com sua versão que João Augustinho o fez de laranja para guardar uns tratores, quando este Juízo acredita que ambos tinham conhecimento da procedência ilícita dos bens e se conheciam não por intermédio de José Edson, mas de longa data".

Descabe a desclassificação para o delito de favorecimento real, pois neste o sujeito age em favor de terceiro, ao passo que na receptação age em proveito próprio ou de terceiro.

Damásio E. de Jesus, comentando diferenças entre favorecimento real e receptação, cita entendimento jurisprudencial, conforme segue:

"1ª) no favorecimento real o sujeito age exclusivamente em favor do autor do delito antecedente; na receptação, age em proveito próprio ou de terceiro, que não o autor do crime anterior (RT 405:331, 503:336 e 537:400; JTACrimSP 96:178 e 97:322; RJDTACrimSP 2:141) [...]" (*in* Código Penal Anotado. Saraiva. 4ª ed. ampl. e atual., São Paulo, 1994. p. 904.

Celso Delmanto, em seu Código Penal Comentado. Renovar. 3ª ed., Rio de Janeiro, 1991, p. 538, comentando sobre o mesmo crime de favorecimento real, assim se manifesta:

"[...] A ação incriminada é prestar a criminoso auxílio destinado a tornar seguro o referido objeto material, isto é, auxiliá-lo na posse e gozo do proveito do crime anterior", citando o seguinte entendimento jurisprudencial:

"Favorecimento: Há favorecimento e não receptação, quando o objetivo é auxiliar o autor do crime e não a obtenção de proveito próprio ou de terceiro (TACrimSP, RF n. 279/330; RT 503/336)" (ob. cit. p. 329).

Scotti não ocultou os tratores a pedido, mas, sim, em benefício próprio, utilizando-se deste e oferecendo-os à venda, que, acaso levada a efeito, gerar-lhe-iam lucros pessoais.

Assim, pelos depoimentos colhidos e já mencionados nesta decisão, deve responder por seus atos.

Passo a aplicar a pena

João Augustinho da Silva Sutil

A culpabilidade ressumbra dos autos. Não possui maus antecedentes (fl. 217). A conduta social é normal. A personalidade *idem*. Os motivos foram a obtenção de lucro fácil. As circunstâncias e consequências estão estampadas nos autos. O comportamento da vítima em nada contribuiu para o evento.

Aplico ao acusado a pena-base em 3 anos de reclusão. Ausentes agra-

vantes, atenuantes e causas de especial aumento ou diminuição da pena, tornando-a igualmente definitiva.

Aplico-lhe, ainda, pena de multa consistente no pagamento de 10 dias-multa, cada dia no equivalente a 1/30 do salário mínimo, tornando-a igualmente definitiva.

Substituo a reprimenda imposta por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, de acordo com as aptidões do condenado, em horário que não atrapalhe sua jornada de trabalho. A duração da reprimenda é de 3 anos.

O regime, em caso de descumprimento, é o aberto.

Antonio Scotti

A culpabilidade está comprovada nos autos. Possui maus antecedentes (fl. 182). A conduta social é normal. A personalidade *idem*. Os motivos foram a obtenção de lucro fácil. As circunstâncias e conseqüências estão estampadas nos autos. O comportamento da vítima em nada contribuiu para o evento.

Aplico-lhe a pena-base em 3 anos e 6 meses de reclusão em regime aberto, em face dos maus antecedentes, tornando-a definitiva, ante a ausência de atenuantes, agravantes ou causas de especial aumento ou diminuição da pena.

Aplico, por fim, pena de multa consistente no pagamento de 10 dias multa, cada dia no equivalente a 1/30 do salário mínimo, tornando-a igualmente definitiva.

Descabe a substituição pelos maus antecedentes e pelo fato de que está sendo acusado de latrocínio e estar preso.

O regime inicial é o aberto.

Isso posto, julgo parcialmente procedente a denúncia para:

1) absolver o acusado Adelino Roberto Toigo da imputação de extorsão, por haver dúvidas quanto à prática de tal delito e absolvê-lo, ainda, do delito de prevaricação, por não constituir crime o fato narrado;

2) absolver o réu Luiz Carlos Freitas de Souza, vulgo “Cardoso”, da acusação de extorsão, por não haver provas da prática de tal delito;

3) absolver João Antonio de Oliveira Valle, vulgo “João Caolho”, por não haver nenhum indício de sua participação nos eventos denunciados;

4) condenar João Augustinho da Silva Sutil, vulgo “João Bunda”, à pena de 3 anos de reclusão em regime aberto e dá-lo como incurso nas sanções do artigo 180, parágrafo 1º, do CP, substituída na forma acima, além da pena de multa;

5) condenar Antonio Scotti, vulgo “Nunes” à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão em regime aberto e dá-lo como incurso nas sanções do artigo 180, parágrafo 1º, do CP, além da pena pecuniária.

Expeça-se alvará de soltura aos acusados absolvidos, se por al não estiverem presos.

Condeno-os ao pagamento das custas processuais em proporção.

Após o trânsito em julgado, lancem-se o nome dos réus no rol dos culpados.

Antonio Scotti não pode recorrer em liberdade por estar preso sob acusação de latrocínio e a João Augustinho é deferido o benefício.

Defiro o pedido feito pelo digno defensor José Joaquim Coelho, no

sentido de que seja dada a informação solicitada.

P. R. I.

Lages (SC), 30 de novembro de 2004.

*Mônica Grisólia de Oliveira,
Juíza de Direito.*

PROCESSO CRIME N. 064.01.012204-8

Autor: Ministério Público

Acusado: Márcio Aurélio Péres

Vistos etc.

O Ministério Público, representado pelo Promotor de Justiça em exercício neste Juízo, no uso de suas atribuições legais, mediante Auto de Prisão em Flagrante n. 515/2001, promoveu ação penal contra Márcio Aurélio Péres, brasileiro, amasiado, jardineiro, natural de Florianópolis/SC, filho de Edio Rosa Peres e Sevaste Schlichting Peres, residente na Rua Antônio Schreider, 1.580, Bela Vista II, São José; dando-o como incurso nas sanções dos artigos 12 da Lei n. 6.368/76 e 329, *caput*, do Código Penal Pátrio, pela prática das seguintes condutas antijurídicas:

“Emerge do caderno indiciário incluso que, na madrugada de 25 de outubro de 2001, por volta de 1 hora, na Rua José Antônio Tomás, no Bairro Bela Vista, nesta Comarca, policiais militares, em ronda, avistaram um

veículo com duas pessoas em seu interior e perceberam que a pessoa que estava no banco do carona, Marco Aurélio Péres, havia passado algo para o motorista, em razão disso, resolveram abordá-los.

“Os policiais efetuaram uma revista no interior do veículo, encontrando um papelote de cocaína sobre o console da marcha. Na revista pessoal foram encontrados com o denunciado, no interior de sua cueca, quatro papelotes de substância entorpecente, conhecida como cocaína, os quais (os cinco papelotes) acondicionavam, no total, um grama e sete decigramas (1,7g) do tóxico.

“Tendo em vista as circunstâncias que envolveram a prisão do acusado (local, horário, conduta), a forma como a droga estava acondicionada, ou seja, separada em pequenos saquinhos, e a prática da mercancia

que foi flagrada pelos agentes públicos, mostram que o denunciado trazia consigo, guardava e expunha à venda a substância entorpecente referida.

“Consta, ainda, no caderno indiciário incluso que no momento em que fora encontrada a substância entorpecente estava sendo realizada a revista pessoal do acusado, este apossou-se da arma de um dos policiais com a finalidade de opor-se à execução do ato, no caso a sua prisão em flagrante, instante em que os policiais tiveram que usar de força necessária para recuperar a arma e assegurar a execução da operação, em cujo conflito o denunciado acabou sofrendo um disparo do revólver que atingiu a mão” (fl. 13).

Concluiu a inaugural acusatória requerendo a concretização dos trâmites processuais com a observância das formalidades legais, a oitiva dos testigos arrolados, com posterior julgamento e condenação do imputado.

A homologação da prisão em flagrante repousa à fl. 50.

Os laudos de constatação da droga provisório e definitivo estão insertos, respectivamente, às fls. 20 e 89 e 92.

Recebida a denúncia em 6-11-01, restou designada a data para o interrogatório do acusado no mesmo despacho (fl. 61v.).

Interrogado, às fls. 64 e 65, foi instaurado incidente de dependência toxicológica mediante despacho de fl.

65v. Sobreveio defesa prévia ofertada pelo defensor constituído (procuração à fl 56).

Na audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas as testemunhas de acusação — Luís Antônio Gorges (fl. 103), Carlos Alberto Muller Ribeiro (fl. 105) e Antônio Lindolfo de Mello (fl. 107) — e três das cinco testemunhas arroladas pela defesa — Marcelo de Souza (fl. 109), Valdecir Salésio Junkes (fl. 101) e Laurita Lea Krueger, (fl. 110), que substituiu seu marido Kurtz Krieger, impossibilitado de comparecer ao ato por motivo de doença, sendo posteriormente ouvido por carta precatória (fl. 169). A colheita dos testigos remanescentes foi desistida pela defesa a fl. 102.

O demandado obteve a benesse da liberdade provisória por meio de decisão datada de 21-12-01, às fls. 114 a 115.

Na fase de alegações finais, o Ministério Público reclamou a condenação por transgressão do artigo 12 da Lei de Tóxicos, omitindo-se em relação ao crime previsto no artigo 329 do Código Penal. Já a defesa pugnou pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva no que concerne ao crime de resistência e, no tocante ao crime de tráfico, postulou a absolvição do acusado, pleiteando, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de porte de entorpecentes. Ainda pediu a concessão do direito de recorrer em liberdade.

É o relatório.

Decido

Trata-se de ação penal pública incondicionada proposta contra Márcio Aurélio Péres, com o intento de verificar a prática dos crimes de resistência à prisão e tráfico de substância entorpecente.

Preliminarmente, analiso a questão suscitada pela defesa que diz respeito à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em relação ao artigo 329 do CP.

Ora, se averigua a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade abstrata, tendo em vista a pena máxima descrita do tipo penal, à luz do artigo 109 do Código Penal, já que aquela se verifica antes do trânsito em julgado da sentença penal para a acusação. Inviável, assim, a aferição da prescrição punitiva na modalidade retroativa, como quer a defesa, em virtude de a sentença não ter transitado em julgado para a acusação, visto que o processo está na fase da sua prolação.

Tecidas as considerações acima, passo ao cálculo dos prazos atinentes à prescrição.

A conduta ilícita de resistência à prisão teria sido perpetrada em 25-10-01, enquanto a denúncia foi recebida em 6-11-01.

Elucida o art. 117, I, do Código Penal que o ato de recebimento da denúncia é causa interruptiva do prazo prescricional, sendo necessário o reinício da contagem do prazo a partir dessa data.

Considerando-se que o crime de resistência prevê pena máxima de 2 (dois) anos de detenção, consoante o artigo 109, V, do Diploma Penal, tal crime prescreve em 4 (quatro) anos.

Não incidindo causas de redução ou aumento do respectivo prazo, conclui-se que a conduta ilícita somente prescreverá em 6-11-05, salvo advento de outra causa interruptiva. Outrossim, vale recordar que entre o fato e o recebimento da denúncia não foi sequer completado um mês.

No mérito, vislumbrando-se o possível cometimento de dois ilícitos penais, examino-os separadamente.

Primeiro fato típico – Tráfico de entorpecentes

A *materialidade* vem esculpida pelo termo de apreensão da droga de fl. 44, pelo laudo de constatação provisório de fl. 20 e pelo laudo pericial de identificação de substâncias entorpecentes de fls. 89 a 92.

A *autoria* assenta-se essencialmente nas declarações dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do imputado, que relatam coerentemente entre si o cometimento do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, versões estas aliadas a outros indícios convincentes, tais como o horário dos acontecimentos, o modo como estava acondicionada a droga e as circunstâncias da prisão.

O acusado, perante a autoridade policial, avocou seu direito constitucional de permanecer em silêncio. Em Juízo, negou a posse da droga,

aduzindo que, ao sair de um bar nas proximidades de sua residência, foi abordado pela testemunha Antônio Lindolfo de Mello, que conduzia um veículo, e, indagado por este se vendia drogas, respondeu negativamente, ocasião em que foi “pego” pelos policiais. Afirmou, ainda, que é viciado em maconha e cocaína, e que Lindolfo não era seu conhecido.

A testemunha referida acima, na delegacia, informou que rumava para o lugar dos fatos para adquirir cigarro quando, ao manobrar seu carro, constatou a aproximação do imputado. Este, pela janela do carona, fez um gesto que ela não compreendeu, e então abaixou o vidro, momento em que o indivíduo abriu a porta e entrou no automóvel. Ato contínuo, surpreendidos por policiais militares que ordenaram a saída do veículo, foram revistados e nada foi encontrado. Logo em seguida, os policiais realizaram uma busca em seu veículo, no qual descobriram um papelote de cocaína, motivo que ensejou a sua detenção. Posteriormente, nova revista foi efetuada no acusado, mas que não visualizou o ato. Assim concluiu: “que não chegou a comprar cocaína do sujeito, mas se os policiais não tivessem aparecido, teria comprado, tendo em vista ser usuário esporádico” (fl. 10).

Porém, em sua oitiva judicial, Antônio Lindolfo de Mello alterou substancialmente sua versão dos fatos, justificando que não pretendia adquirir droga naquela ocasião, que em seu veículo não teria sido encontrada nenhuma peteca de cocaína e que não

se lembrava de haver tecido a consideração acima transcrita, de fl. 10, mas que assinou o auto de prisão em flagrante sem ler suas declarações.

Os policiais militares são unânimes em suas afirmações e confirmaram, sob o crivo do contraditório em Juízo, o que haviam informado no momento da confecção do auto de prisão em flagrante. Senão vejamos.

Assim relatou Luis Antônio Gorges: “que o depoente efetuava ronda de rotina no começo da madrugada da data dos fatos, quando avistou o acusado no interior de um veículo Ômega, sentado ao lado do motorista em atitude suspeita, esclarecendo o depoente que a região onde o acusado foi visto é conhecida como ponto de tráfico de drogas [...]; *que na revista pessoal efetuada junto ao acusado foram encontradas quatro petecas de cocaína, no interior da cueca*; que em revista ao veículo Ômega foi encontrada uma peteca de cocaína no console do mesmo que as petecas estavam embaladas em plástico; [...] que *o outro policial que acompanhava o depoente na viatura policial, e conduzia esta, foi quem viu e contou ao depoente que o acusado estaria fazendo uma transação de drogas*; [...] que escutou do proprietário do veículo que este parou no local e o *acusado lhe ofereceu cocaína*, acrescentando que pretendia adquirir tal droga do acusado” (fls. 103 e 104).

O outro policial, Carlos Alberto Muller Ribeiro, narrou o ocorrido com riqueza de detalhes: “*que efetuava uma ronda [...]* quando se deparou [...]

com um veículo Santana Quantum parado e nele ingressava do lado do carona, na parte da frente o acusado; *que presenciou o acusado recebendo dinheiro do condutor do veículo [...]* tendo o depoente parado a viatura ao presenciar o recebimento do dinheiro; que o depoente [...] saltou da viatura e mandou o acusado e o condutor do veículo descerem do mesmo [...] *que efetuada a vistoria no veículo Santana, foi encontrado no console uma peteca de cocaína [...]* o depoente resolveu fazer revista nas vestes do acusado, o qual teve que tirar a roupa, ocasião em que ao abaixar a bermuda e a cueca caíram no chão quatro petecas de cocaína; *que tais petecas estavam embaladas em plástico usado para sacos de supermercado, acrescentando que a única peteca encontrada no interior do veículo usava idêntica embalagem [...]* que o proprietário do veículo nada falou no local e na delegacia afirmou que era consumidor de cocaína e *estava adquirindo cocaína para consumo do acusado*” (fls. 105 e 106).

Quanto às testemunhas remanescentes, nenhuma presenciou os fatos, detendo-se a atestar que o réu não é possuidor de má conduta social.

O causídico do imputado fez algumas ponderações para embasar uma pretendida absolvição: a) que somente um dos policiais, Carlos Alberto Muller Ribeiro, teria presenciado a mercancia da substância entorpecente, b) que este afirmou ser o automóvel abordado um Santana Quantum, mas que, na realidade, tratava-se de

um Ômega; c) que não soube dizer se os sacos plásticos que envolviam a peteca apreendida no veículo e as que caíram das vestes do acusado possuíam a mesma cor, embora tenha confirmado que eram idênticas; d) que há divergências pontuais entre os depoimentos prestados na Delegacia e os prestados em Juízo por Luiz Antônio Gorges, sendo que naquele afirma ter avistado a venda da droga e neste que esta teria sido visualizada por seu colega; e) que não foi apreendido nenhum dinheiro com o denunciado, visto que este é usuário e não traficante; f) ressalta como intrigante a atitude do policial em não revistar o acusado na frente de Antônio Lindolfo “para que pudesse, eventualmente, comprovar judicialmente qualquer irregularidade averiguada” (fl. 195); e, enfim, g) que tal testemunha negou, perante o juiz, ter o acusado tentado vender-lhe cocaína, contrariamente ao que tinha atestado no auto de prisão em flagrante.

Quanto ao primeiro argumento, o fato de só uma testemunha ter presenciado a suposta venda da droga, e mesmo que esta tenha sido rebatida pelos argumentos do réu e da testemunha Antônio Lindolfo, é convergente o entendimento jurisprudencial de que para a constatação do crime de tráfico ilícito de entorpecentes não se faz imprescindível o flagrante da transação propriamente dita, visto que o tipo penal descrito no artigo 12 da Lei n. 6.368/76 engloba também os tipos alternativos guardar, trazer consigo e expor à venda.

Dentre a numerosa quantidade de arestos que compactuam de tal assertiva, colho alguns acórdãos do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Tráfico de drogas. Cocaína. Prisão em flagrante. Autoria e materialidade demonstradas. A quantidade da droga apreendida e as características do acondicionamento são elementos que servem para suportar um decreto condenatório, ainda que não se tenha autuado o agente no instante da mercancia. Tráfico. Modalidades ‘adquirir’ e ‘trazer consigo’. Crime consumado. O tráfico de entorpecente, nas modalidades ‘adquirir’ e ‘trazer consigo’ não admite a figura da tentativa. Prova testemunhal. Depoimentos de agentes policiais. Validade. A condição de agente policial, por si só, não desmerece o depoimento testemunhal. [...]” (Ap. Crim. n. 2004.008936-8; rel. Juiz Jânio Machado; j. em 26-10-04).

“Para a caracterização do crime de tráfico ilícito de entorpecentes é desnecessária a apreensão no momento da comercialização, mesmo porque, na espécie, o réu foi enquadrado na modalidade de ‘guardar’ para a venda e não na de ‘vender’, verbos alternativos que aparecem no tipo penal do art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76” (Ap. Crim. n. 2004.001908-4, rel. Des. Jaime Ramos, j. em 9-3-2004).

Efetivamente o imputado trazia consigo, guardado em sua roupa íntima, 4 (quatro) papелotes de cocaína acondicionados em saco plástico, conforme se extrai do termo de apreensão da droga, dos laudos provisório e

definitivo de constatação de material entorpecente, dos depoimentos contidos no auto de prisão em flagrante e do depoimento dos policiais na audiência de instrução e julgamento.

Assim, a forma como estava acondicionado o material apreendido, o horário dos acontecimentos — calada da noite —, o local dos fatos — tido como ponto de venda de drogas —, e as demais circunstâncias que envolvem a conduta antijurídica e o indício de que o policial Carlos Alberto presenciou a alienação do entorpecente levam à certeza de que a substância ilícita se destinava à venda.

Soma-se a isso a apreensão, no interior do carro da testemunha Antônio Lindolfo, de papелote contendo cocaína, idêntico aos encontrados com o acusado, fazendo nascer forte presunção de ter sido objeto de comercialização entre ambos.

No que compete às proposições alocadas nas letras *b*, *c* e *d*, tem-se que o equívoco do policial Carlos Alberto acerca do modelo do carro e o seu desconhecimento se a cor dos envoltórios plásticos que acondicionavam a droga apreendida no console do automóvel, e a do que estava sendo guardada pelo demandado eram idênticas e ainda as divergências em certos pontos das declarações extrajudicial e judicial do outro militar (que, em Juízo, restaram críveis se comparadas com as de seu colega) são fatores que apenas desviam a atenção do cerne da questão, não abalando o conjunto probatório esculpido.

Passando ao exame do próximo tópico (e), tocante à exclusão do tráfico pela condição de viciado do imputado — comprovada pelo laudo de dependência toxicológico em apenso —, tem-se que tal circunstância não exclui a atividade de traficante, restando esta demonstrada nos demais elementos dos autos, como já decidiu o nosso Tribunal de Justiça:

“Comércio de entorpecentes — Acusado preso em flagrante na posse de vinte e oito papérolas de *crack* — Denúncias indicando-o como negociador de drogas — Depoimentos fortes dos policiais que efetuaram a diligência — Declarações que se mostraram unânimes e coerentes com os demais elementos dos autos — Materialidade e autoria cabalmente confirmadas pela prova pericial e testemunhal colacionadas — Infração ao art. 12 da Lei Antitóxicos perfectibilizada — Agente que se diz viciado em substância estupefaciente — Exame de dependência toxicológica apontando o réu como dependente em grau leve — Condição que, por si só, não exclui a sua responsabilidade como traficante — Absolvção ou desclassificação para o delito menos grave (art. 16) inviáveis — Condenação mantida — Recurso defensivo improvido” (Apelação Criminal n. 2003.017747-7, rel. Des. Jorge Mussi, j. em 7-10-2003).

“Tráfico de drogas — Autoria e materialidade comprovadas — Agentes flagrados transportando considerável quantidade de entorpecente (472g de maconha) — Depoimentos policiais em harmonia com os demais

elementos de prova — Pleitos absolutório, desclassatório e isenção da pena de multa, inviáveis — Cumprimento da pena em regime integralmente fechado — Sentença condenatória mantida — Apelo desprovido.

“[...] A condição de dependente psíquico ao uso da maconha, em grau leve, não é incompatível com a de traficante” (Apelação Criminal n. 2004.000703-5; rel. Des. Juiz Jânio Machado; j. em 8-9-2004).

Tal posicionamento é compartilhado pelo Supremo Tribunal Federal:

“A circunstância de ser o agente considerado usuário ou dependente de droga, por si só, não constitui motivo relevante para a descaracterização do tráfico de entorpecente, mormente quando comprovada sua condição de traficante [...]” (HCML n. 73.197/GO — rel. Min. Maurício Corrêa — j. 2-4-96).

Sopesando, por seu turno, o argumento defensivo acerca da inexistência de cédula monetária em poder do réu, pois se a nota mencionada pelo policial Carlos Alberto existisse teria sido por ele apreendida, há de se ponderar que outros rumos pode ter tomado o referido numerário, desde sua dispensa em via pública pelo acusado até sua perda por ocasião da tentativa de evasão do local.

De qualquer sorte, ainda que se aceite por verdade a inexistência da malfadada cédula, tal circunstância é indiferente no que tange à configuração do tipo *sub examinen*, uma vez

que este restou, como dito alhures, caracterizado sob as modalidades de “trazer consigo”, “portar” ou “expor à venda”.

No que compete ao questionamento acerca do procedimento adotado pelo policial, ao revistar o imputado, tenho por incabível a análise meritória da conduta pelo Judiciário, cingindo-se tal controle sobre os ditames da legalidade exigida.

Enfim, embora a testemunha Antônio Lindolfo tenha retratado na audiência de instrução e julgamento o seu depoimento extrajudicial no que concerne à sua intenção de adquirir cocaína do réu, conclui-se duvidosa a sua retratação, já que ambos os policiais foram precisos em afirmar, sob o crivo do contraditório, que ela havia admitido na Delegacia o manifesto intento de comprar a referida substância “[...] que escutou do proprietário do veículo que este parou no local e o acusado *lhe ofereceu cocaína*, acrescentando que pretendia adquirir tal droga do acusado” (fls. 103 e 104) e “*que o proprietário do veículo* nada falou no local e na *delegacia* afirmou que era consumidor de cocaína e *estava adquirindo cocaína para consumo do acusado*” (fls. 105 e 106).

Não se pode olvidar que os dizeres dos policiais não devem ser desprestigiados em razão da sua função, mas se revestem da credibilidade necessária para embasar um edito condenatório, consoante assente na vasta jurisprudência:

“Os agentes policiais é que estão mais perto dos acontecimentos,

participando das diligências de prisão e apreensão de drogas. Então, é natural que, com frequência, sejam chamados a depor acerca dos procedimentos realizados. Não se vê aí qualquer mácula ou deficiência do aparelho estatal. Suas declarações valem como quaisquer outras, sendo analisadas à luz do conjunto probatório. E, no caso concreto, merecem credibilidade, sendo aptas a suportar um decreto condenatório” (Ap. Crim. n. 2004.002420-7, rel. Juiz Jânio Machado, j. em 19-10-2004).

Assim, derrocadas as teses defensivas, e constatadas evidentes a materialidade, a autoria e a culpabilidade, impõe-se a condenação do demandado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Segundo fato típico – Resistência

O Código Penal Brasileiro assim descreve o crime de resistência: “Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem *lhe esteja* prestando auxílio”.

Destarte, verifica-se imprescindível que a violência ou a ameaça deve ser somada à oposição do ato legal para que se delineie o tipo penal em questão.

Nesse andar, não obstante a legalidade da prisão em flagrante venha certificada pela sua homologação à fl. 50, evidencia-se a inocorrência de tal crime, pois, como ficará exposto a seguir, não há prova nos autos de que o réu tenha-se oposto ao encar-

ceramento processual em questão, mediante o emprego de violência ou ameaça.

O condutor, Luís Antônio Gorges, afirmou, conforme se extrai do auto de prisão em flagrante, que após ter dado voz de prisão ao demandado, este, aproveitando-se da momentânea desatenção do policial, tentou arrancar-lhe a arma das mãos, ocasião em que esta disparou, produzindo um ferimento na mão do réu (laudo de lesões corporais de fls. 86 e 87).

No entanto, tais declarações foram relatadas diversamente em Juízo pelo mesmo policial: “que após o acusado se vestir, este tentou se evadir do local e *passou a mão na arma que o depoente trazia*, ocasião em que este reagiu e acabou disparando e atingiu a mão de Márcio. [...] que o depoente efetuava a segurança e estava apostado ao lado do acusado, *esclarecendo que este quando terminou de se vestir, girou o corpo e chegou a bater com a mão na arma do depoente que estava em punho*; que, em razão disso, o depoente disparou imediatamente tentando acertar a perna do acusado [...]” (fls. 103 e 104).

Como se pode notar, não há a precisão necessária no depoimento da vítima do suposto crime para embasar uma condenação, já que num momento expõe a intenção do conduzido de apossar-se de sua arma e noutro deixa a entender que ele, ao girar o corpo para empreender fuga, teria acidentalmente esbarrado no instrumento bélico.

Outrossim, o imputado, que apenas se manifestou em Juízo, assegurou que não intentou assenhorar-se do revólver do policial, mas apenas empreendeu fuga.

Enfim, constatando-se que nenhuma das outras testemunhas que se encontravam no local da prisão avisaram o desenrolar dos fatos ora examinados, diante do confronto entre os depoimentos da vítima e os do autor, e não tendo sido constatada uma das partículas elementares do tipo (violência ou ameaça), a absolvição do acusado pelo crime de resistência é a providência mais razoável a ser adotada.

Encerrada a análise meritória, passo à *aplicação da reprimenda* por cometimento do crime de tráfico de entorpecentes.

A *culpabilidade* significa a consciência do agente de que a conduta perpetrada é classificada como ilícito penal. *In casu*, o réu tinha ciência de que guardar, trazer consigo e expor à venda drogas ilícitas é crime, tanto que negou ter realizado tais ações com o fim de esquivar-se da Justiça. Dessa maneira, sua conduta foi normal à espécie, sendo-lhe perfeitamente exigível uma ação diversa.

Não registra *antecedentes* criminais e detém *conduta social* normal, consoante se extrai das declarações das testemunhas defensivas. Acerca da *personalidade*, não há elementos suficientes nos autos.

Os *motivos do crime* são comuns, traduzidos no intuito de obten-

ção de lucro fácil por meio da venda da droga, as *circunstâncias* também se ativeram à normalidade, enquanto as *conseqüências* atingem a sociedade em geral.

Por fim, o *comportamento da vítima* em nada foi proveitoso ao êxito da conduta criminosa.

Verificadas individualmente as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, assento a pena-base em 3 (três) anos de reclusão e quantifico o pagamento da pena pecuniária em 50 (cinquenta) dias-multa, no valor mínimo legal.

Na segunda e na terceira etapa da dosimetria, apura-se ausentes, respectivamente, quaisquer agravantes e atenuantes e causas gerais e especiais de aumento ou diminuição de pena, permanecendo esta em 3 (três) anos de reclusão e no valor mínimo legal.

Ante o exposto, *julgo parcialmente procedente a denúncia* para absolver Márcio Aurélio Péres filho de Edio Rosa Peres e Sevaste Schlichting Peres, em relação ao crime de resistência, por insuficiência probatória, com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código Processual Repressivo; *condená-lo* ao cumprimento de 3 (três) anos de reclusão em regime fechado, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor mínimo legal, por transgressão ao artigo 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76.

Em se tratando de crime inserido na Lei de Tóxicos, o valor do dia-multa deve ter como base o artigo 38 e seus parágrafos da Lei n. 6.368/76.

Constatados os requisitos localizados no artigo 44 do CP, visto que se trata de réu primário e sem antecedentes, que o crime foi praticado sem violência ou grave ameaça e que a pena ora aplicada é de 3 (três) anos; considerando ainda a ínfima quantidade de entorpecente apreendida, e salientando o fato de o réu ter residência fixa e emprego lícito e de desfrutar de boa conduta social (consoante depoimentos de fls. 101, 109 e 110) e, enfim, ante a inexistência de vedação expressa da Lei dos Crimes Hediondos quanto à aplicação da substituição da pena privativa de liberdade, posiciono-me favorável à concessão do benefício em pauta.

No mesmo vértice se encontra o pensamento do renomado doutrinador Celso Delmanto, em seu Código Penal Comentado:

“Sobre a aplicabilidade das penas restritivas de direitos disciplinadas neste art. 43 aos denominados crimes hediondos e ao tráfico ilícito de entorpecentes, cremos que a substituição é perfeitamente possível, desde que, como em qualquer outro delito, estejam preenchidos os requisitos do art. 44, I a III e § 3º. Com efeito, o referido artigo 44 não traz limitação quanto à sua aplicação a esses crimes, não cabendo ao intérprete distinguir onde a lei não distingue. [...] No que toca ao requisito subjetivo do inciso do art. 44, observe-se que eventual restrição deverá ser suficientemente fundamentada, não podendo se basear na própria ‘gravidade’ do crime. De outra parte, se, por exemplo, o magistrado

fixou a pena-base no mínimo legal, atendendo aos critérios do art. 59 do CP, diante da similitude dentre as redações deste art. 59 e do art. 44, III, não haverá razão para negar a substituição. [...] Por derradeiro, diante do fato de a Constituição da República dar tratamento paritário aos crimes hediondos, à prática de tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e ao terrorismo, o argumento de que o regime fechado integral impediria a substituição cai por terra. Isto porque, a Lei de Tortura estipula, para esse crime, apenas regime inicial fechado, admitindo-se a progressão. Assim, não resta dúvida de que o mesmo tratamento deve ser estendido aos outros crimes mencionados no art. 5º, XLIII, da CR/88" (São Paulo: Editora Renovar, 6ª ed., p. 85 e 86).

Com efeito, é necessário examinar cada caso com suas particularidades, aplicando-se os princípios constitucionais cabíveis. Referi-me ao fato de que esta conduta é isolada na vida do acusado e que, encarcerá-lo por três anos, certamente é medida extrema, quanto mais frente à realidade carcerária (ficará em contato com verdadeiros bandidos e frequentará a Escola do Crime). Possível alcançar-lhe a referida benesse legal, em substituição da pena corporal, registrando que está sendo devidamente apenado, e que, acaso incida em nova censura legal, voltará para o cárcere.

Eis aí uma forma de Política Jurídica Criminal, ou de integração da norma.

Assim, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, uma consistente em prestação de serviços à comunidade e outra em prestação pecuniária, nos termos, respectivamente, dos artigos 46 e 45, § 1º, do Códex Criminal, ambas a serem determinadas no Juízo de Execuções Penais.

Outorgo ao réu o benefício de recorrer em liberdade, porque livrou-se solto durante a maior parte do curso processual.

Transitada em julgado a presente sentença condenatória:

a) que seja lançado o nome do sentenciado no rol dos culpados;

b) oficie-se à Justiça Eleitoral para fins do artigo 15, III, da Constituição Federal;

c) providencie-se a execução da pena pecuniária;

d) comunique-se a Corregedoria Geral de Justiça; e e) preencha-se e encaminhe-se o boletim individual (art. 809, CPP) à Autoridade Policial.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

São José, 17 de junho de 2005.

Sérgio Ramos,
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) 3445-4207

FÓRUM DA COMARCA DE ANCHIETA

Av. Anchieta, 722 — Centro
CEP: 89970-000 — Anchieta
Telefone: (49) 3653-3000

FÓRUM DA COMARCA DE ANITA GARIBALDI

Rua Vidal Ramos Júnior, s/n — Centro
CEP: 88590-000 — Anita Garibaldi
Telefone: (49) 3543-5301

FÓRUM DA COMARCA DE ARAQUARI

Rua Antonio Ramos Alvim, 500 — Centro
CEP: 89245-000 — Araquari
Telefone: (47) 3447-7503

FÓRUM DA COMARCA DE ARARANGUÁ

Rua Cel. João Fernandes, 195 — Centro
CEP: 88900-000 — Araranguá
Telefone: (48) 3522-0204

FÓRUM DA COMARCA DE ARMAZÉM

Rua Antônio David Filet, s/n — Centro
CEP: 88740-000 — Armazém
Telefone: (48) 3645-4200

FÓRUM DA COMARCA DE ASCURRA

Rua Padre Simão Majcher, 65 — Centro
CEP: 89138-000 — Ascurra
Telefone: (47) 3383-3300

FÓRUM DA COMARCA DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Av. das Flores, s/n — Bairro dos Estados
CEP: 88330-000 — Balneário Camboriú
Telefone: (47) 3261-1700

FÓRUM DA COMARCA DE BARRA VELHA

Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1.003 — Centro
CEP: 88390-000 — Barra Velha
Telefone: (47) 3446-7500

FÓRUM DA COMARCA DE BIGUAÇU

Rua Rio Branco, 29 — Centro
CEP: 88160-000 — Biguaçu
Telefone: (48) 3279-9200

FÓRUM DA COMARCA DE BLUMENAU

Rua Elesbão Pinto, 620 — Bairro da Velha
CEP: 89036-200 — Blumenau
Telefone: (47) 3321-9200

FÓRUM DA COMARCA DE BOM RETIRO

Rua 14 de Janeiro, 165 — Centro
CEP: 88680-000 — Bom Retiro
Telefone: (49) 3277-3000

FÓRUM DA COMARCA DE BRAÇO DO NORTE

Rua Jorge Lacerda, s/n (Pça. Padre Roher) — Centro

CEP: 88750-000 — Braço do Norte

Telefone: (48) 3658-9200

FÓRUM DA COMARCA DE BRUSQUE

Praça das Bandeiras, s/n — Centro

CEP: 88350-051 — Brusque

Telefone: (47) 3251-1500

FÓRUM DA COMARCA DE CAÇADOR

Rua Conselheiro Mafra, 790 — Centro

CEP: 89500-000 — Caçador

Telefone: (49) 3561-2500

FÓRUM DA COMARCA DE CAMBORIÚ

Rua Goiânia, 104 — Centro

CEP: 88340-000 — Camboriú

Telefone: (47) 3365-2440

FÓRUM DA COMARCA DE CAMPO BELO DO SUL

Rua Major Teodósio Furtado, 30 — Centro

CEP: 88580-000 — Campo Belo do Sul

Telefone: (49) 3249-3300

FÓRUM DA COMARCA DE CAMPO ERÊ

Rua Maranhão, s/n — Centro

CEP: 89980-000 — Campo Erê

Telefone: (49) 3655-1185

FÓRUM DA COMARCA DE CAMPOS NOVOS

Praça Lauro Müller, 121 — Centro

CEP: 89620-000 — Campos Novos

Telefone: (49) 3551-0400

FÓRUM DA COMARCA DE CANOINHAS

Rua Vidal Ramos, 650 — Centro

CEP: 89460-000 — Canoinhas

Telefone: (47) 3621-5600

FÓRUM DA COMARCA DE CAPINZAL

Rua Carmelo Zoccoli, 133 — Centro

CEP: 89665-000 — Capinzal

Telefone: (49) 3555-8000

FÓRUM DA COMARCA DA CAPITAL (CENTRAL)

Av. Governador Gustavo Richard, 434 — Centro

CEP: 88020-901 — Florianópolis

Telefone: (48) 3251-6500

FÓRUM DISTRITAL DO NORTE DA ILHA

Campus da UFSC

Av. Desembargador Vitor Lima, 183 – Fundos – Serrinha

CEP: 88040-400 — Florianópolis

Telefone: (48) 3331-3300

FÓRUM DISTRITAL DO CONTINENTE

Rua São José, 300 — Estreito

CEP: 88075-310 — Florianópolis

Telefone: (48) 3271-1900

FÓRUM DA COMARCA DE CAPIVARI DE BAIXO

Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 — Centro

CEP: 88745-000 — Capivari de Baixo

Telefone: (48) 3623-0567

FÓRUM DA COMARCA DE CATANDUVAS

Rua Felipe Schmidt, 1.435 — Centro

CEP: 89670-000 — Catanduvas

Telefone: (49) 3525-1019

FÓRUM DA COMARCA DE CHAPECÓ

Rua Augusta Müller Bohner, 300-D — Passo dos Fortes

CEP: 89805-900 — Chapecó

Telefone: (49) 3321-9400

FÓRUM DA COMARCA DE CONCÓRDIA

Rua Dr. Maruri, 865 — Centro

CEP: 89700-000 — Concórdia

Telefone: (49) 3441-1500

FÓRUM DA COMARCA DE CORONEL FREITAS

Rua Minas Gerais, 586 — Centro

CEP: 89840-000 — Coronel Freitas

Telefone: (49) 3347-0522

FÓRUM DA COMARCA DE CORREIA PINTO

Rua Vitória Régia, 254 — Pro-Flor
CEP: 88535-000 — Correia Pinto
Telefone: (49) 3243-1000

FÓRUM DA COMARCA DE CRICIÚMA

Av. Santos Dumont, s/n — Milanesi
CEP: 88804-301 — Criciúma
Telefone: (48) 3431-5331

FÓRUM DA COMARCA DE CUNHA PORÃ

Rua Benjamin Constant, 832 — Centro
CEP: 89890-000 — Cunha Porã
Telefone: (49) 3646-3000

FÓRUM DA COMARCA DE CURITIBANOS

Rua Antônio Rossa, 241 — Centro
CEP: 89520-000 — Curitibaanos
Telefone: (49) 3221-0500

FÓRUM DA COMARCA DE DESCANSO

Rua Thomaz Koproski, 615 — Centro
CEP: 89910-000 — Descanso
Telefone: (49) 3623-0378

FÓRUM DA COMARCA DE DIONÍSIO CERQUEIRA

Av. Washington Luís, 670 — Centro
CEP: 89950-000 — Dionísio Cerqueira
Telefone: (49) 3644-1254

FÓRUM DA COMARCA DE FORQUILHINHA

Rodovia Antônio Valmor Canela, 106 — Santa Izabel
CEP: 88850-000 — Forquilha
Telefone: (48) 3463-8300

FÓRUM DA COMARCA DE FRAIBURGO

Av. Curitibaanos, 375 — Centro
CEP: 89580-000 — Fraiburgo
Telefone: (49) 3251-2100

FÓRUM DA COMARCA DE GAROPABA

Rua Santa Rita, 100 — Centro
CEP: 88495-000 — Garopaba
Telefone: (48) 3254-8300

FÓRUM DA COMARCA DE GARUVA

Av. Celso Ramos, 1.226 — Centro
CEP: 89248-000 — Garuva
Telefone: (47) 3445-8000

FÓRUM DA COMARCA DE GASPARGASPAR

Av. Deputado Francisco Mastella, s/n — Sete de Setembro
CEP: 89110-000 — Gaspar
Telefone: (47) 3331-6100

FÓRUM DA COMARCA DE GUARAMIRIM

Rua 28 de Agosto, 2000 — Centro
CEP: 89270-000 — Guaramirim
Telefone: (47) 3373-9500

FÓRUM DA COMARCA DE HERVAL DO OESTE

Rua Nereu Ramos, 388 — Centro
CEP: 89610-000 — Herval do Oeste
Telefone: (49) 3551-4400

FÓRUM DA COMARCA DE IBIRAMA

Rua Dr. Getúlio Vargas, 800 — Centro
CEP: 89140-000 — Ibirama
Telefone: (47) 3357-8000

FÓRUM DA COMARCA DE IÇARA

Rodovia SC 444, km 5, 150, Loteamento Simone/Jaqueline
CEP: 88820-000 — Içara
Telefone: (48) 3432-3466

FÓRUM DA COMARCA DE IMARUÍ

Av. Governador Celso Ramos, s/n — Centro
CEP: 88770-000 — ImaruÍ
Telefone: (48) 3643-8000

FÓRUM DA COMARCA DE IMBITUBA

Rua Ernani Contrin, 643 — Centro
CEP: 88780-000 — Imbituba
Telefone: (48) 3355-8000

FÓRUM DA COMARCA DE INDAIAL

Rua Tiradentes, 111 — Centro
CEP: 89130-000 — Indaial
Telefone: (47) 3281-5400

FÓRUM DA COMARCA DE IPUMIRIM

Rua Bento Gonçalves, 143 — Centro
CEP: 89790-000 — Ipumirim
Telefone: (49) 3438-3300

FÓRUM DA COMARCA DE ITÁ

Praça dos Expedicionários, s/n — Pioneiros
CEP: 89760-000 — Itá
Telefone: (49) 3458-9600

FÓRUM DA COMARCA DE ITAIÓPOLIS

Rua Alfredo Fernandes Luiz, 130 — Centro
CEP: 89340-000 — Itaiópolis
Telefone: (47) 3652-6000

FÓRUM DA COMARCA DE ITAJAÍ

Rua Uruguai, 222 — Centro
CEP: 88301-902 — Itajaí
Telefone: (47) 3341-0500

FÓRUM DA COMARCA DE ITAPEMA

Av. Marginal Oeste da BR 101, 7.980 — Morretes
CEP: 88220-000 — Itapema
Telefone: (47) 3268-8800

FÓRUM DA COMARCA DE ITAPIRANGA

Rua São José, 10 — Centro
CEP: 89896-000 — Itapiranga
Telefone: (49) 3677-0210

FÓRUM DA COMARCA DE ITAPOÁ

Rua Mariana Michels Borges, 776 — Itapema do Norte
CEP: 89249-000 — Itapoá
Telefone: (47) 3443-8000

FÓRUM DA COMARCA DE ITUPORANGA

Rua Vereador Joaquim Boing, s/n — Centro
CEP: 88400-000 — Ituporanga
Telefone: (47) 3533-8100

FÓRUM DA COMARCA DE JAGUARUNA

Rua Nestor Horácio Luiz, s/n — Cristo Rei
CEP: 88715-000 — Jaguaruna
Telefone: (48) 3624-8000

FÓRUM DA COMARCA DE JARAGUÁ DO SUL

Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, 87 — Vila Nova
CEP: 89259-300 — Jaraguá do Sul
Telefone: (47) 3275-7200

FÓRUM DA COMARCA DE JOAÇABA

Rua Salgado Filho, 160 — Centro
CEP: 89600-000 — Joaçaba
Telefone: (49) 3551-4100

FÓRUM DA COMARCA DE JOINVILLE

Rua Hermann August Lepper, 980 — Sanguaçu
CEP: 89201-900 — Joinville
Telefone: (47) 3461-8500

FÓRUM DA COMARCA DE LAGES

Rua Belisário Ramos, 3.650 — Centro
CEP: 88501-902 — Lages
Telefone: (49) 3221-3500

FÓRUM DA COMARCA DE LAGUNA

Rua Arcângelo Bianchini, 69 — Centro
CEP: 88790-000 — Laguna
Telefone: (48) 3646-0167

FÓRUM DA COMARCA DE LAURO MÜLLER

Travessa 20 de Janeiro, s/n — Centro
CEP: 88880-000 — Lauro Müller
Telefone: (48) 3464-3399

FÓRUM DA COMARCA DE LEBON RÉGIS

Rua Valdir Ortigari, 45 — Centro
CEP: 89515-000 — Lebon Régis
Telefone: (49) 3247-6000

FÓRUM DA COMARCA DE MAFRA

Av. Cel. José Severiano Maia, 863 — Centro

CEP: 89300-000 — Mafra

Telefone: (47) 3642-3055

FÓRUM DA COMARCA DE MARAVILHA

Av. Anita Garibaldi, 1.181 — Centro

CEP: 89874-000 — Maravilha

Telefone: (49) 3664-0424

FÓRUM DA COMARCA DE MODELO

Rua Presidente Vargas, 20 — Centro

CEP: 89872-000 — Modelo

Telefone: (49) 3365-2500

FÓRUM DA COMARCA DE MONDAÍ

Rua Aurora, 65 — Centro

CEP: 89893-000 — Mondaí

Telefone: (49) 3674-3000

FÓRUM DA COMARCA DE NAVEGANTES

Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 — Centro

CEP: 88375-000 — Navegantes

Telefone: (47) 3342-9100

FÓRUM DA COMARCA DE ORLEANS

Rua Rui Barbosa, 320 — Centro

CEP: 88870-000 — Orleans

Telefone: (48) 3466-0119

FÓRUM DA COMARCA DE OTACÍLIO COSTA

Rua Clementino Zambonato, 119 — Centro

CEP: 88540-000 — Otacílio Costa

Telefone: (49) 3275-8000

FÓRUM DA COMARCA DE PALHOÇA

Rua Cel. Bernardino Machado, 95 — Centro

CEP: 88130-220 — Palhoça

Telefone: (48) 3279-3300

FÓRUM DA COMARCA DE PALMITOS

Rua Padre Manoel da Nóbrega, s/n — Centro

CEP: 89887-000 — Palmitos

Telefone: (49) 3647-0111

FÓRUM DA COMARCA DE PAPANDUVA

Rua Simeão Alves de Almeida, 411 — Centro

CEP: 89370-000 — Papanduva

Telefone: (47) 3653-6000

FÓRUM DA COMARCA DE PINHALZINHO

Av. Porto Alegre — Esq. com a Rua São Luiz, 735 — Centro

CEP: 89870-000 — Pinhalzinho

Telefone: (49) 3366-1226

FÓRUM DA COMARCA DE POMERODE

Rua XV de Novembro, 700 — Centro

CEP: 89107-000 — Pomerode

Telefone: (47) 3387-2204

FÓRUM DA COMARCA DE PIÇARRAS

Av. Emanuel Pinto, 1.655 — Centro

CEP: 88380-000 — Piçarras

Telefone: (47) 3347-4000

FÓRUM DA COMARCA DE PONTE SERRADA

Rua 3 de Maio, 460 — Centro

CEP: 89683-000 — Ponte Serrada

Telefone: (49) 3435-0151

FÓRUM DA COMARCA DE PORTO BELO

Av. Gov. Celso Ramos, 2.890 — Centro

CEP: 88210-000 — Porto Belo

Telefone: (47) 3369-4242

FÓRUM DA COMARCA DE PORTO UNIÃO

Rua Voluntários da Pátria, 365 — Centro

CEP: 89400-000 — Porto União

Telefone: (42) 3521-3700

FÓRUM DA COMARCA DE PRESIDENTE GETÚLIO

Rua Kurt Hering, 14 — Centro
CEP: 89150-000 — Presidente Getúlio
Telefone: (47) 3352-5000

FÓRUM DA COMARCA DE QUILOMBO

Rua Presidente Juscelino, 703 — Centro
CEP: 89850-000 — Quilombo
Telefone: (49) 3346-2000

FÓRUM DA COMARCA DE RIO DO CAMPO

Rua 29 de Dezembro, s/n — Centro
CEP: 89198-000 — Rio do Campo
Telefone: (47) 3564-8900

FÓRUM DA COMARCA DE RIO DO OESTE

Rua XV de Novembro, 1.570 — Centro
CEP: 89180-000 — Rio do Oeste
Telefone: (47) 3543-9300

FÓRUM DA COMARCA DE RIO DO SUL

Rua Dom Bosco, 820 — Jardim América
CEP: 89160-000 — Rio do Sul
Telefone: (47) 3531-4700

FÓRUM DA COMARCA DE RIO NEGRI-NHO

Rua Carlos Hantschel, 425 — Bela Vista
CEP: 89295-000 — Rio Negrinho
Telefone: (47) 3644-2558

FÓRUM DA COMARCA DE SANTA CECÍLIA

Rua XV de Novembro, s/n — Centro
CEP: 89540-000 — Santa Cecília
Telefone: (49) 3244-6500

FÓRUM DA COMARCA DE SANTA ROSA DO SUL

Rua Raul José dos Santos, 120 — Centro
CEP: 89965-000 — Santa Rosa do Sul
Telefone: (48) 3534-8200

FÓRUM DA COMARCA DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ

Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 — Centro
CEP: 88140-000 — Santo Amaro da Imperatriz
Telefone: (48) 3245-4000

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO BENTO DO SUL

Av. São Bento, 401 — Colonial
CEP: 89290-000 — São Bento do Sul
Telefone: (47) 3631-1900

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO CARLOS

Rua La Salle, 243 — Centro
CEP: 89885-000 — São Carlos
Telefone: (49) 3325-1000

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO DOMINGOS

Rua Major Azambuja, 138 — Centro
CEP: 89835-000 — São Domingos
Telefone: (49) 3443-0111

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO FRANCISCO DO SUL

Rua Leôncio Pereira, 304 — Rocio Pequeno
CEP: 89240-000 — São Francisco do Sul
Telefone: (47) 3444-2053

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO JOÃO BATISTA

Rua Otaviano Dadam, 201 — Centro
CEP: 88240-000 — São João Batista
Telefone: (48) 3265-6300

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO JOAQUIM

Rua Domingos Martorano, 302 — Centro
CEP: 88600-000 — São Joaquim
Telefone: (49) 3233-6000

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO JOSÉ

Rua Domingos André Zannini, 380 — Barreiros

CEP: 88117-200 — São José

Telefone: (48) 3271-9600

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO JOSÉ DO CEDRO

Rua Padre Aurélio, 235 — Centro

CEP: 89930-000 — São José do Cedro

Telefone: (49) 3643-0033

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO LOURENÇO DO OESTE

Rua Dom Pedro II, 966 — Centro

CEP: 89990-000 — São Lourenço do Oeste

Telefone: (49) 3344-8200

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO MIGUEL DO OESTE

Rua Marcílio Dias, 2.070 — Sagrado Coração

CEP: 89900-000 — São Miguel do Oeste

Telefone: (49) 3631-1500

FÓRUM DA COMARCA DE SEARA

Rua do Comércio, 171 — Centro

CEP: 89770-000 — Seara

Telefone: (49) 3452-1211

FÓRUM DA COMARCA DE SOMBRIO

Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 — Centro

CEP: 88960-000 — Sombrio

Telefone: (48) 3533-0645

FÓRUM DA COMARCA DE TAIÓ

Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 — Centro

CEP: 89190-000 — Taió

Telefone: (47) 3562-8000

FÓRUM DA COMARCA DE TANGARÁ

Rua Luís Menoncin, s/n — Centro

CEP: 89642-000 — Tangará

Telefone: (49) 3532-1240

FÓRUM DA COMARCA DE TIJUCAS

Rua Florianópolis, 130 — Centro

CEP: 88200-000 — Tijucas

Telefone: (48) 3263-8000

FÓRUM DA COMARCA DE TIMBÓ

Av. Getúlio Vargas, 736 — Centro

CEP: 89120-000 — Timbó

Telefone: (47) 3281-1700

FÓRUM DA COMARCA DE TROMBUDO CENTRAL

Rua Emílio Graubner, s/n — Vila Nova

CEP: 89176-000 — Trombudo Central

Telefone: (47) 3544-8100

FÓRUM DA COMARCA DE TUBARÃO

Rua Wenceslau Brás, 560 — Vila Moema

CEP: 88701-901 — Tubarão

Telefone: (48) 3621-1500

FÓRUM DA COMARCA DE TURVO

Rua Nereu Ramos, 609 — Centro

CEP: 88930-000 — Turvo

Telefone: (48) 3525-8000

FÓRUM DA COMARCA DE URUBICI

Rua Nereu Ramos, n. 200 — Centro

CEP: 88650-000 — Urubici

Telefone: (49) 3278-4182

FÓRUM DA COMARCA DE URUSSANGA

Rua Barão do Rio Branco, 115 — Centro

CEP: 88840-000 — Urussanga

Telefone: (48) 3465-1264

FÓRUM DA COMARCA DE VIDEIRA

Rua Vítor Meirelles, s/n — Ed. Brasil-Áustria — Matriz

CEP: 89560-000 — Videira

Telefone: (49) 3566-0041

FÓRUM DA COMARCA DE XANXERÊ

Rua Victor Konder, 898 — Centro

CEP: 89820-000 — Xanxerê

Telefone: (49) 3441-7100

FÓRUM DA COMARCA DE XAXIM
Rua Rui Barbosa, 385 — Centro

CEP: 89825-000 — Xaxim
Telefone: (49) 3353-2391

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

2003.009008-8 — Capital	279
-------------------------------	-----

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2002.010678-5 — Urussanga	468
2003.005370-0 — Brusque	472
2003.029015-0 — Itajaí	372
2004.007632-0 — Navegantes	423
2004.024434-7 — Capital	549
2004.033039-0 — Ipumirim	498
2005.000636-8 — Blumenau	376
2005.003457-0 — Chapecó	481
2005.007964-6 — São Bento do Sul	381

AGRAVOS EM AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2005.004073-1 — Capital	340
2005.008128-7 — Itajaí	336

APELAÇÕES CÍVEIS

1.816/2004 — Maravilha	778
1.958/2005 — Chapecó	780
2.544/2005 — Timbó	771
2.864/2005 — Laguna	789
3.118/2005 — Criciúma	786
1999.001466-5 — Imbituba	556
1999.020289-5 — São José	505
2000.012142-8 — Capital	429

2000.013935-1	— Blumenau	411
2001.011028-8	— Capital	477
2002.000372-7	— Otacílio Costa	533
2002.015112-8	— Turvo	436
2002.017623-6	— Blumenau	509
2002.024270-0	— Joinville	391
2003.004749-2	— Mafra	404
2003.012361-0	— Capital	492
2003.025428-5	— Criciúma	360
2003.028354-4	— Gaspar	540
2003.030627-7	— Joinville	391
2004.016560-9	— Lages	559
2004.035372-1	— Gaspar	353
2005.003061-3	— Curitiba	443
2005.003272-7	— Joinville	586
2005.003775-8	— Balneário Camboriú	578
2005.008352-8	— Capital	452

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

2004.019089-1	— Timbó	600
2005.010867-9	— Mafra	595

APELAÇÕES CRIMINAIS

102/2005	— Balneário Camboriú	811
117/2005	— Capital	764
154/2005	— Ibirama	770
349/2005	— Ituporanga	804
2004.028933-0	— Palhoça	657
2004.032627-4	— Descanso	637
2005.000981-4	— Itajaí	619
2005.001787-3	— Joinville	623
2005.003575-4	— Timbó	652
2005.005272-9	— Balneário Camboriú	687
2005.010899-2	— Criciúma	641

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

2004.033057-2	— Blumenau	334
---------------	------------------	-----

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2005.003873-6 — Capital	529
-------------------------------	-----

EMBARGOS INFRINGENTES

2004.027277-5 — Concórdia	347
2005.009045-1 — Sombrio	462

HABEAS CORPUS

2005.014328-8 — Capital	523
-------------------------------	-----

INQUÉRITO JUDICIAL

1988.083671-2 — Balneário Camboriú	316
--	-----

INTERPELAÇÃO JUDICIAL

2004.037293-4 — São Miguel do Oeste	697
---	-----

MANDADOS DE SEGURANÇA

72/2005 — Joinville	802
---------------------------	-----

PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

2005.009078-1 — Joinville	724
2005.012070-9 — Joinville	717
2005.012300-4 — Joinville	734

RECLAMAÇÃO

1.721 — Santa Catarina	269
------------------------------	-----

RECURSO DE AGRAVO

2005.003682-8 — Araranguá	702
---------------------------------	-----

RECURSO DE DECISÃO

2000.001758-2 — Joinville	300
---------------------------------	-----

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

14.643 — Santa Catarina	266
-------------------------------	-----

RECURSO INOMINADO

860/2005 — Itajaí	806
-------------------------	-----

RECURSOS CÍVEIS

2.112/2005 — Guaramirim	793
2.139/2005 — Joinville	797
4.385/2005 — Capital	761

RECURSOS CRIMINAIS

2004.022726-4 — São Joaquim	706
-----------------------------------	-----

RECURSOS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

15.123 — Santa Catarina	261
-------------------------------	-----

RECURSOS ESPECIAIS

1998.004350-6 — São Joaquim	753
1999.000181-4 — Jaraguá do Sul	754
2000.015689-2 — Blumenau	743
2004.032839-5 — Rio do Sul	745
2004.033606-2 — Içara	747

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

199.101-1 — Santa Catarina	252
426.059-0 — Santa Catarina	249
432.789-9 — Santa Catarina	254
2002.018292-9 — Tubarão	756

REVISÃO CRIMINAL

2005.008877-9 — Xanxerê	617
-------------------------------	-----

SENTENÇAS

014.01.003580-3 — Campos Novos	874
023.02.009925-0 — Capital	817
039.02.001735-7 — Lages	885
064.01.012204-8 — São José	915
075.05.001650-9 — Tubarão	840
104.05.000124-0 — Ascurra	837
256.05.000157-8 — Modelo	863

ÍNDICE POR ASSUNTO

A

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA

- Contrato de prestação de serviços médico-hospitalares – Solicitação de cirurgia. Médico não-cooperado. Autorização negada. Princípio da fungibilidade das tutelas de urgência. Presença dos requisitos legais. Recurso desprovido. 376

AÇÃO DE COBRANÇA

- Seguro – Contrato em grupo. Doença laboral. Aditivo contratual restritivo de direito. Cláusula iníqua. Indenização devida. Recurso provido. 452
- Restituição de pagamento indevido – Venda *ad corpus*. Metragem do terreno meramente enunciativa. Previsão contratual. Recurso contra decisão na ação de cobrança parcialmente provido. Recurso contra o *decisum* na ação de restituição desprovido. 429

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

- Matéria jornalística – Ofensa à honra. Peculiaridades do caso. Quantificação escorreita. Sucumbência recíproca. Descabimento. Pedido estimativo. Recurso desprovido. 360

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

- Lei municipal – Zoneamento. Norma menos restritiva que a anterior. Afronta ao art. 25 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Estadual. Inocorrência. Controle difuso. Inaplicabilidade da norma estadual. Preliminares. Rejeição. Ação direta improcedente. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 279

AÇÃO INDENIZATÓRIA

- Erro médico – Responsabilidade civil do Estado. Omissão. Teoria subjetiva. Dano moral. Fixação do *quantum* delegada ao prudente arbítrio do julgador. Recurso parcialmente provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 559

AÇÃO REIVINDICATÓRIA

- Individuação de área – Prescrição aquisitiva. Lapso temporal. Interrupção e suspensão. Imóvel público. Enfiteuse. Fim social. Recurso desprovido. 436

AGRAVO DE INSTRUMENTO

- *Vide* Recurso.

ALIENAÇÃO JUDICIAL DE BEM

- Separação consensual – Partilha de bem indivisível. Regime condominial sob a condição resolutiva de pagamento da meação. Evento não implementado. Remanência da co-propriedade por quotas. Cassação da sentença. Recurso provido. 353

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

- Absolvição – Decisão que afronta a prova dos autos. Recurso ministerial provido para determinar novo julgamento. 637

ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

- Art. 25 279

ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- Art. 48 840

B**BUSCA E APREENSÃO**

- Compra e venda com reserva de domínio – Liminar deferida. Veículo apreendido. Exceção de incompetência. Procedência. Reinício do prazo. Intimação da parte. Ausência. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Sentença cassada. Recurso provido. 477

C

CASA DE PROSTITUIÇÃO

- Estabelecimento destinado à prática de encontros íntimos – Comprovação. Condenação. Adequação da pena. Recurso parcialmente provido. 687

CÓDIGO CIVIL

- Art. 15 (1916) 189
- Art. 43 189
- Art. 79 793
- Art. 160, I (1916) 347
- Art. 177 (1916) 404
- Art. 186 219
- Art. 188, I 347
- Art. 230 (1916) 837
- Art. 231 (1916) 874
- Art. 263 (1916) 874
- Art. 386 372
- Art. 400 (1916) 874
- Art. 406 793
- Art. 423 481
- Art. 476 391
- Art. 500 429
- Art. 550 (1916) 436 e 443
- Art. 629 523
- Art. 678 (1916) 436
- Art. 740, *caput* 761
- Art. 842 505
- Art. 920 (1916) 540
- Art. 927, parágrafo único 219
- Art. 931 219
- Art. 933 219
- Art. 936 219
- Art. 948, II 89
- Art. 1.029 (1916) 505
- Art. 1.092 (1916) 391 e 411
- Art. 1.136 (1916) 429
- Art. 1.531 (1916) 509
- Art. 1.536 771
- Art. 1.639, § 2º 837
- Art. 1.691 372
- Art. 2.039 837

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 1º	797 e 840
— Art. 2º	336 e 840
— Art. 3º	336 e 840
— Art. 3º, § 2º	797
— Art. 4º	840
— Art. 4º, I	481
— Art. 6º, III, VI e VII	840
— Art. 6º, IV	840
— Art. 6º, VI e VII	219
— Art. 6º, VIII	336 e 797
— Art. 7º	786
— Art. 14	761
— Art. 14, § 1º	797
— Art. 14, § 3º, II	806
— Art. 18	340
— Art. 24	840
— Art. 25	840
— Art. 26	840
— Art. 29	481
— Art. 42, parágrafo único	840
— Art. 51, IV	336

CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 5.624/1979)

— Art. 26	300
— Art. 364, § 4º	300
— Art. 379	300
— Art. 439	300

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 2º	505
— Art. 3º	786
— Art. 17, V	840
— Art. 17, VII	797
— Art. 18, <i>caput</i> e § 2º	797
— Art. 18	840
— Art. 20	347
— Art. 20, § 3º	429, 452 e 789
— Art. 20, § 3º, <i>a, b e c</i>	360 e 578
— Art. 20, §§ 3º e 4º	443 e 586
— Art. 20, § 4º	477, 509, 540 e 874
— Art. 21, <i>caput</i>	462
— Art. 21	540

— Art. 21, parágrafo único	429
— Art. 70	189
— Art. 71	189
— Art. 94	481
— Art. 100, IV, <i>a</i>	481
— Art. 103	874
— Art. 105	874
— Art. 128	586
— Art. 130	840
— Art. 131	806 e 840
— Art. 148	523
— Art. 183	189
— Art. 191	452
— Art. 219	452 e 771
— Art. 245	189
— Art. 264	586
— Art. 265	477
— Art. 265, IV, <i>a</i>	797
— Art. 267	505
— Art. 267, IV	472 e 477
— Art. 267, VI	353, 509, 533, 786 e 837
— Art. 267, XI	697
— Art. 269, I	595, 863 e 874
— Art. 269, III	505
— Art. 273	376 e 498
— Art. 275, II, <i>c</i>	793
— Art. 280	189
— Art. 282	863
— Art. 282, III	586
— Art. 283	863
— Art. 294	189
— Art. 297	189
— Art. 300	189
— Art. 306	477
— Art. 321	586
— Art. 330	840
— Art. 333, I	347
— Art. 333, I e II	771 e 840
— Art. 333, II	472 e 797
— Art. 334	874
— Art. 334, I	840
— Art. 334, II	481
— Art. 335	481 e 874
— Art. 370, IV	411
— Art. 460	586
— Art. 461, § 5º	863

— Art. 471	189
— Art. 473	189
— Art. 479	340
— Art. 515, § 1º	404 e 452
— Art. 525, I	340
— Art. 527, I	336
— Art. 527, V e VI	340
— Art. 530	462
— Art. 535	540
— Art. 535, II	529
— Art. 557, <i>caput</i>	336 e 340
— Art. 557, § 1º	336 e 340
— Art. 583	578
— Art. 584	578
— Art. 585, II	492
— Art. 586	509
— Art. 600	472
— Art. 601	189 e 472
— Art. 608	429
— Art. 614, II	472
— Art. 618, I	472 e 509
— Art. 632	540
— Art. 644	540
— Art. 665	472
— Art. 668	523
— Art. 798	376
— Art. 888, VI	874
— Art. 927	498
— Art. 1.071, § 1º	477
— Arts. 1.113 a 1.119	353
— Art. 1.113, § 3º	353
— Art. 1.117, II	353

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 40	300 e 863
— Art. 41	657
— Art. 61	811
— Art. 84, § 1º	316 e 697
— Art. 149	623
— Art. 156	641
— Art. 383	657
— Art. 384	657
— Art. 386, III	764
— Art. 386, VI	652
— Art. 499	657
— Art. 593, III, <i>d</i>	637
— Art. 809	915

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

— Art. 160	652
— Art. 280, VI	586
— Art. 281, <i>caput</i>	586
— Art. 306	652

CÓDIGO FLORESTAL (Lei n. 4.771/1965)

— Art. 22, parágrafo único	600
----------------------------------	-----

CÓDIGO PENAL

— Art. 14, II	619, 623 e 641
— Art. 18, I, <i>in fine</i>	706
— Art. 29	316 e 657
— Art. 33, § 2º	619
— Art. 44	915
— Art. 44, I, II e III	623
— Art. 44, III	619
— Art. 45, § 1º	915
— Art. 46	915
— Art. 59	619, 804 e 915
— Art. 65, I	619
— Art. 69	316
— Art. 71	316
— Art. 77, II	619
— Art. 109	915
— Art. 109, VI	687
— Art. 110, §§ 1º e 2º	687
— Art. 121, <i>caput</i>	706
— Art. 121, § 2º, III	637
— Art. 129, § 1º, I	706
— Art. 138	764
— Art. 140, <i>caput</i>	764
— Art. 141, <i>caput</i> , III	764
— Art. 155, <i>caput</i>	619
— Art. 157, § 1º e § 3º, segunda parte	641
— Art. 157, 2º, I e II	641
— Art. 158, § 2º	885
— Art. 180, § 1º	885
— Art. 214	637
— Art. 226, III	637
— Art. 228, <i>caput</i>	687
— Art. 228, § 1º	702
— Art. 229, §§ 1º e 3º	687
— Art. 288, <i>caput</i>	885
— Art. 299	657
— Art. 304	657

— Art. 312	316
— Art. 319	885
— Art. 321	316
— Art. 327, § 2º	885
— Art. 329, <i>caput</i>	915

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)

— Art. 32	77
— Art. 161, § 1º	793

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

— Negativo – Ação de indenização por danos morais, materiais e estéticos. Litisconsorte passiva com personalidade jurídica de direito público. Competência da Vara da Fazenda. Conflito rejeitado.	334
---	-----

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL — 1989

— Art. 85, VII	279
— Art. 140	279
— Art. 141	279
— Art. 181	279

CONSTITUIÇÃO FEDERAL — 1988

— Art. 5º, <i>caput</i>	481
— Art. 5º, V e X	219
— Art. 5º, IX	360
— Art. 5º, XXII e XXIII	443
— Art. 5º, XXXII	840
— Art. 5º, XXXV	169, 347, 468 e 797
— Art. 5º, XXXVI	540 e 837
— Art. 5º, XLI	169
— Art. 5º, LIV	169
— Art. 5º, LV	586
— Art. 5º, LXVII	89
— Art. 5º, LXXVIII	169
— Art. 5º, § 1º	219
— Art. 5º, § 2º	623
— Art. 5º, § 3º	53
— Art. 15, III	915
— Art. 30, VIII	279
— Art. 37, X	533
— Art. 37, § 6º	189
— Art. 39	169
— Art. 39, § 4º	533
— Art. 93, IX	381

— Art. 125, § 2º	279
— Art. 129, IV	279
— Art. 133	443
— Art. 145, § 1º	77
— Art. 156, I	77
— Art. 170, V	840
— Art. 182, II, § 2º	77
— Art. 182, § 2º	436
— Art. 186, <i>caput</i>	436
— Art. 220, § 1º	360
— Art. 227	423

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

— Tráfico de cocaína, associação para o tráfico, porte ilegal de armas, falsidade ideológica e lavagem de dinheiro – Confissões extrajudiciais retratadas em juízo. Condenação. Preliminares. Rejeição. Recurso ministerial desprovido, provido em parte o de um dos réus e desprovido o do outro.	657
— Tráfico – Flagrante no interior de presídio. Visitante que transportava maconha para o marido preso. Modalidade tentada. Admissibilidade. Condenação. Recurso parcialmente provido.	623

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO

— Furto qualificado – Pena-base acima do mínimo legal. Exacerbação. Não ocorrência. Minoração da pena. Indeferimento.	617
--	-----

CRIME DE TRÂNSITO

— Condução de veículo de forma perigosa e sob a influência de álcool – Ausência de prova. Infração administrativa somente. Absolvção. Recurso provido.	652
---	-----

D

DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS

— Administrativo – Infração de trânsito. Notificações da infração e da imposição da multa feitas simultaneamente. Impossibilidade. Exegese dos arts. 280 e 281 do Código de Trânsito Brasileiro. Recurso desprovido. ...	586
--	-----

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

— Terras de marinha – Indenização. Incerteza quanto ao cancelamento da inscrição. Prova indispensável. Anulação do processo a partir da sentença, inclusive.	556
---	-----

DESPACHOS DA 1ª VICE-PRESIDÊNCIA

- Pedido de suspensão de liminar – Mandado de segurança. Fornecimento de medicamento de alto custo. Ausência de lesão à ordem, à economia e à saúde públicas. Decisão de primeiro grau mantida. Pedido indeferido. 724
- Pedido de suspensão de liminar – Mandado de segurança. Sustação da exigibilidade da tarifa de limpeza urbana sobre imóveis. Ausência de lesão à economia e à saúde públicas. Pedido indeferido. 717
- Pedido de suspensão de liminar – Mandado de segurança. Sustação de ordem para expedição de certidão positiva com efeitos de negativa. Recolhimento de ISS. Renovação de cadastro no Sistema Único de Saúde. Ausência de lesão à ordem, à economia e à saúde públicas. Pedido indeferido. 734

DESPACHOS DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA

- Recurso especial em apelação criminal – Decisão que, por maioria de votos, deu provimento à apelação. Readequação da pena. Pretensão de reexame de prova em recurso especial. Impossibilidade. Desprovimento. 743
- Recurso especial em apelação criminal – Decisão unânime que determinou a remessa dos autos à turma de recursos competente. Divergência jurisprudencial. Remessa ao STJ. 745
- Recurso especial em apelação criminal – Decisão unânime que negou provimento à apelação. Lei n. 10.409/02 que estabelece novo rito processual ao delito de tráfico de entorpecente. Não observância. Prejuízo à defesa. Remessa ao STJ. 747

DESPACHOS DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA

- Recurso especial em apelação cível – Alegação de que o acórdão contrariou o art. 593, II, do CPC, e interpretação jurisprudencial do STJ. Inobservância da Súmula 284 do STF e do art. 255 do RISTJ. Recurso não admitido. 754
- Recurso especial em apelação cível – Alegação de violação a dispositivos constitucionais e à Resolução n. 1.129/86, e de interpretação divergente da do STJ. Não conhecimento. Recurso admitido somente pela alínea c do inciso III do art. 105 da CF. 753
- Recurso extraordinário em apelação cível – Alegação de violação a dispositivos constitucionais. Questão estritamente processual. Matéria infraconstitucional. Impossibilidade. Recurso admitido somente no tocante ao art. 7º, IV, da CF. 756

DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO

- Locação em *shopping center* – Alegação de descumprimento das condições de uso do imóvel pelo locador. Retenção dos aluguéis pelo locatário. Indeferimento. Julgamento antecipado. Impossibilidade. Sentença cassada. Recurso provido. 391

DOCTRINA

— A culpa e a punição não podem servir de critério para a fixação da indenização por dano moral – Sérgio Luiz Junkes, Juiz de Direito em Santa Catarina.	219
— A idéia de valor como fundamento do direito – Moacyr Motta da Silva, Professor aposentado da UFSC, Professor da Univali e Pesquisador do CNPq.	121
— A liminar no mandado de segurança – Artur Jenichen Filho, Juiz de Direito em Santa Catarina.	25
— A mentira do desarmamento – Rui Fortes, Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.	215
— A norma jurídica na visão de Hans Kelsen – Jaime Luiz Vicari, Juiz de Direito de segundo grau no Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Professor de Direito Processual Civil.	63
— Da possibilidade da prisão civil do devedor de alimentos originados de ato ilícito – Maximiliano Losso Bunn, Juiz de Direito Substituto em Santa Catarina.	89
— Interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente e do ato infracional. Uma análise crítica – Amaral e Silva, Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.	15
— Natureza jurídica do IPTU: imposto “real” ou “pessoal” – Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Juiz de Direito em Santa Catarina.	77
— O direito à razoável duração do processo à luz dos direitos humanos e sua aplicação no Brasil – Pedro Miranda de Oliveira, Advogado em Santa Catarina.	169
— O direito e os direitos humanos – Elton Vitor Zuquelo, Juiz de Direito em Santa Catarina.	53
— Responsabilidade civil do Estado e a denúncia da lide ao funcionário público – Rogério Zuel Gomes, Professor de Direito e Advogado em Santa Catarina.	189

E**EMBARGOS À EXECUÇÃO**

— Acordo homologado em liquidação de sentença – Descumprimento. Cláusula penal. Redução ao limite do valor da obrigação. Possibilidade. Afronta à coisa julgada material. Inocorrência. Recurso parcialmente provido. ...	540
— Confissão de dívida – Empresa de <i>factoring</i> . Operação privativa de instituições financeiras. Venda mercantil ou prestação de serviços. Não comprovação. Ausência de adequação da tutela na modalidade de interesse de agir. Nulidade da execução. Extinção. Recurso prejudicado.	509

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

- Ausência de pressupostos de embargamento do julgado – Reexame de matéria decidida. Inadmissibilidade. Recurso rejeitado. 529

EMBARGOS INFRINGENTES

- *Vide* recurso.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

- Art. 6º 381 e 423
- Art. 43 423
- Art. 81, II 687
- Art. 243 687

EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA

- Avisos de notificação de mora – Prova do recebimento pelo mutuário. Indispensabilidade. Financiamento não vinculado ao SFH. Argumento desmentido pelas condições da pactuação. Recurso desprovido. 492

EXECUÇÃO PENAL

- Unificação de penas – Condenações transitadas em julgado. Admissibilidade. Exclusão da pena que vem sendo cumprida provisoriamente. Recurso provido. 702

H**HABEAS CORPUS**

- Depositário judicial – Encargo assumido pelo devedor. Penhora hígida. Desconhecimento das obrigações. Irrelevância. Prisão decretada. Ordem denegada. 523

HOMICÍDIO E LESÕES CORPORAIS

- Acidente automobilístico – Desclassificação para a modalidade culposa. Embriaguez, alta velocidade e local de grande circulação de pessoas. Previsibilidade do sinistro. Recurso ministerial provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 706

HOMICÍDIO QUALIFICADO

- Júri – Meio cruel. Decisão amparada na prova dos autos. Recurso defensivo desprovido. 637

I**INQUÉRITO JUDICIAL**

- Crime praticado por magistrado – Aposentadoria superveniente. Cessa-
ção da competência originária do Tribunal de Justiça para processar e
julgar ação penal. Remessa dos autos ao juízo de primeiro grau. Maioria
de votos. **VOTO VENCIDO.** 316

INTERPELAÇÃO JUDICIAL

- Pedido de explicações – Prefeito. Decadência do direito de queixa. Expli-
cações fornecidas pelo interpelado. Extinção do processo sem
apreciação do mérito. 697

L**LATROCÍNIO**

- Tentativa – Autoria e materialidade demonstradas. Delito configurado.
Inexistência da vontade de matar. Irrelevância. Dolo eventual.
Condenação. Provido o recurso ministerial e prejudicado o da defesa. ... 641

LEGISLAÇÃO ESTADUAL**DECRETOS**

- N. 1.017/1991 600
- N. 11.588/1980 817

LEIS

- N. 5.624/1979 — *Vide* Código de Divisão e Organização Judiciárias
do Estado de Santa Catarina.
- N. 6.063/1982 — Art. 8º, III 600
- N. 10.957/1998 600

LEGISLAÇÃO FEDERAL**DECRETOS**

- N. 89.284/1984 492

DECRETOS-LEIS

— N. 406/1968	— Art. 9º, §§ 1º e 3º	595
— N. 413/1969	— Art. 5º	462
— N. 3.688/1941	— <i>Vide Lei das Contravenções Penais.</i>	
— N. 4.657/1942	— <i>Vide Lei de Introdução ao Código Civil.</i>	

LEIS

— N. 1.060/1950	— <i>Vide Lei da Assistência Judiciária.</i>	
— N. 1.533/1951	— <i>Vide Lei do Mandado de Segurança.</i>	
— N. 4.595/1964	— Art. 17	509
— N. 4.771/1965	— <i>Vide Código Florestal.</i>	
— N. 5.172/1966	— <i>Vide Código Tributário Nacional.</i>	
— N. 5.250/1967	— <i>Vide Lei de Imprensa.</i>	
— N. 5.741/1971	— Arts. 2º, II, IV e seguintes	492
— N. 6.015/1973	— <i>Vide Lei dos Registros Públicos.</i>	
— N. 6.368/1976	— <i>Vide Lei Antitóxicos.</i>	
— N. 6.515/1977	— <i>Vide Lei do Divórcio.</i>	
— N. 6.766/1979	— Art. 4º, III	600
	— Art. 11	600
— N. 7.244/1984	— Art. 55	505
— N. 7.492/1986	— Art. 1º	509
— N. 7.661/1988	— <i>Vide Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro.</i>	
— N. 7.803/1989		600
— N. 8.069/1990	— <i>Vide Estatuto da Criança e do Adolescente.</i>	
— N. 8.072/1990	— <i>Vide Lei dos Crimes Hediondos.</i>	
— N. 8.078/1990	— <i>Vide Código de Defesa do Consumidor.</i>	
— N. 8.245/1991	— <i>Vide Lei do Inquilinato.</i>	
— N. 8.429/1992	— Art. 3º	549
— N. 8.666/1993	— <i>Vide Lei de Licitações.</i>	
— N. 8.935/1994	— Art. 31, I, II e V	300
	— Art. 32, IV	300
— N. 9.099/1995		189 e 793
	— Art. 2º	797 e 840
	— Art. 3º, § 3º	840
	— Art. 5º	840
	— Art. 6º	840
	— Art. 38	840
	— Art. 42, § 2º	771
	— Art. 46	789
	— Art. 55, segunda parte	797
	— Art. 76, III, § 4º	804
	— Art. 82, § 1º	811
	— Art. 88	706
— N. 9.394/1996	— Art. 12	840
	— Art. 53	840

— N. 9.437/1997 — Art. 10, § 3º, IV	657
— N. 9.503/1997 — <i>Vide</i> Código de Trânsito Brasileiro.	
— N. 9.613/1998 — Art. 1º, I e VII e § 1º, II	657
— Art. 2º, III, <i>a</i> e <i>b</i>	657
— N. 9.714/1998	623
— N. 9.785/1999	600
— N. 10.409/2002	657
— N. 10.628/2002	316
— N. 10.826/2003 — Art. 14	619
— N. 10.932/2004	600

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

— Art. 12	657 e 915
— Art. 12, § 2º, I	623
— Art. 14	657
— Art. 16	623
— Art. 18, IV	623
— Art. 34	657
— Art. 38	623 e 915

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

— 434 — Art. 12	578, 780 e 817
-----------------------	----------------

LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS (Decreto-Lei n. 3.688/1941)

— Art. 34	770
-----------------	-----

LEI DE IMPRENSA (Lei n. 5.250/1967)

— Art. 25	697
— Art. 49	360
— Art. 51 e incisos	360
— Art. 52	219
— Art. 56, § 7º	360
— Art. 57, § 6º	360

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Decreto-Lei n. 4.657/1942)

— Art. 3º	523
— Art. 5º	423, 436, 623 e 874
— Art. 6º	837

LEI DE LICITAÇÕES (Lei n. 8.666/1993)

— Art. 27, V	863
— Arts. 44 e seguintes	863
— Art. 43, §§ 3º e 5º	863

— Art. 48, § 3º	863
-----------------------	-----

LEI DO DIVÓRCIO (Lei n. 6.515/1977)

— Art. 5º	874
— Art. 10	874
— Art. 18	874
— Art. 19	874
— Art. 20	874

LEI DO INQUILINATO (Lei n. 8.245/1991)

— Art. 3º	523
— Art. 5º	498
— Art. 68, § 1º	391

LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)

— Art. 1º, <i>caput</i>	863
— Art. 8º, parágrafo único	340
— Art. 12	340
— Art. 12, parágrafo único	863
— Art. 13	340

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

— Art. 1º, II	641
— Art. 2º, § 1º	641

LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS (Lei n. 6.015/1973)

— Art. 169, II	300
— Art. 195	300
— Art. 225, § 2º	300

LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL (Lei Complementar n. 35/1979)

— Art. 104	300
------------------	-----

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 001/1997 (Florianópolis)	279
— N. 030/2001 (Florianópolis)	279
— N. 35/1979 — <i>Vide</i> Lei Orgânica da Magistratura Nacional.	

M**MANDADO DE SEGURANÇA**

- Tributário – ISS. Sociedade uniprofissional de contabilidade. Alíquota calculada em relação a cada profissional habilitado. Sentença confirmada em reexame. 595
- Construção em área urbana – Licenciamento por órgão ambiental municipal. Embargo pela autoridade policial militar. Legislação municipal. Observância da distância mínima permitida. Ausência de óbices legais. Concessão do *mandamus*. Recurso provido. 600
- Trânsito em julgado – Descumprimento da ordem. Aplicação de multa diária. Possibilidade. Execução das multas. Ausência de título líquido e certo. Extinção da execução. Recurso desprovido. 578

N**NOTICIÁRIO**

- Quadro de antigüidade dos magistrados – Republicado, por incorreção. ... 237

P**PLANO NACIONAL DE GERENCIAMENTO COSTEIRO (Lei n. 7.661/1988)**

- 279

PORTE ILEGAL DE ARMA

- Materialidade e autoria – Prova suficiente. Ausência de exame pericial para comprovar a eficiência da arma. Irrelevância. Recurso ministerial provido. 619

R**RECLAMAÇÃO**

- Desembargador aposentado –Atos administrativos ilícitos cometidos no exercício de mandato de presidente do Tribunal. Competência para processar e julgar eventual ação penal. Aplicação do art. 84, § 1º, do CPP. 269

RECONHECIMENTO DE DIREITO

- Vereadores – Cobrança de diferenças remuneratórias. Atualização na proporção do reajuste do funcionalismo municipal. Possibilidade. Recur-

so provido para extinguir o processo em relação à Câmara de Vereadores.	533
--	-----

RECURSO

— Agravo de instrumento – Ação civil pública. Improbidade administrativa. Norma que alcança terceiros, mesmo que não sejam agentes públicos. Deferimento de liminar. Indisponibilidade de bens. Limitação. Recurso parcialmente provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO	549
— Agravo de instrumento – Ação de rescisão de contrato cumulada com reintegração de posse. Locação. Comercialização de combustíveis. Descumprimento de cláusulas contratuais. Reintegração. Recurso desprovido.	498
— Agravo de instrumento – Adoção. Mãe biológica que, ainda na maternidade, entrega filha menor mediante instrumento particular, à família cadastrada. Anulação pedida pelo Ministério Público. Adoção à brasileira. Prevalência do interesse do menor. Recurso provido.	423
— Agravo de instrumento – Busca e apreensão de menor recém-nascida. Casal guardião de fato da criança não habilitado no cadastro para adoção. Circunstância que não configura situação de risco para regularização da adoção. Consentimento da genitora. Recurso provido.	381
— Agravo inominado – Contrato de prestação de serviços educacionais. Relação de consumo. Cláusula do foro de eleição. Prejuízo. Nulidade. Questão de ordem pública. Competência do foro onde reside o consumidor. Recurso desprovido.	336
— Agravo de instrumento – Exceção de incompetência. Franquia. Rescisão contratual com perdas e danos. Foro de eleição. Competência do domicílio da acionada. Decisão de improcedência insubsistente. Recurso provido.	481
— Agravo de instrumento – Execução. Acordo. Parte desacompanhada de advogado. Irrelevância. Homologação. Descumprimento. Prosseguimento da executória. Anulação. Recurso parcialmente provido.	468
— Agravo de instrumento – Execução de contrato de abertura de crédito. Exigibilidade do título. Demonstrativo do débito. Requisitos legais satisfeitos. Atentado à dignidade da justiça. Inocorrência. Recurso parcialmente provido.	472
— Agravo de instrumento – Falecimento de genitor. Defesa judicial. Menor representado pela mãe. Administração e disposição dos bens. Acordo extrajudicial. Homologação. Indeferimento. Decisão mantida. Recurso desprovido.	372
— Agravo de instrumento – Pedido de efeito suspensivo. Responsabilidade solidária entre fabricante e vendedor. Multa. Exegese do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor. Recurso provido para negar pedido de efeito suspensivo.	340

- Embargos infringentes – Ação de revisão de cédulas de crédito industrial. Prevalência do voto vencido para capitalização mensal de juros. Possibilidade. Recurso provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO** 462
- Embargos infringentes – Danos morais. Ação contra garantes hipotecários. Exercício regular de direito. Dever de indenizar afastado. *Decisum* reformado. Recurso provido. 347

RECURSO DE DECISÃO

- Oficial de registro de imóveis – Vitaliciedade adquirida. Carta de adjudicação. Não observância dos ditames legais. Princípio da continuidade da matrícula anterior. Aplicação de pena administrativa. Preliminares rejeitadas. Recurso desprovido. 300

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

- Servidores públicos estaduais – Gratificação de função prevista na Lei n. 8.240/91. Ordem concedida. Posterior revogação pelo STF. Subtração da vantagem e descontos em folha de pagamento. Notificação prévia. Ausência de direito líquido e certo. Recurso desprovido. 261
- Servidor público estadual – Contagem de licença-prêmio em dobro e do tempo de frequência no curso da Academia de Polícia Civil para efeitos de aposentadoria. Impossibilidade. Artigo 40, § 10, da CF. Recurso desprovido. 266

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Lei municipal – Instituição bancária. Tempo de espera em fila. Interesse local e proteção ao consumidor. Competência legislativa do município. Recurso provido. 254
- Lei municipal que fixa distância mínima entre postos de combustíveis como medida de segurança – Legitimidade. Jurisprudência do STF. Recurso provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO** 252
- Servidor público estadual – Gratificação complementar de vencimento. Vinculação ao salário mínimo. Ofensa ao art. 7º, IV, da CF. Recurso provido. 249

REIVINDICATÓRIA

- Prescrições extintiva e aquisitiva – Lapsos temporais diferenciados e independentes. Matéria de defesa. Arguições inacolhidas. Sentença mantida. Recurso desprovido. 404

RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE

- Contrato de compra e venda – Bens móveis e imóveis. Inaplicabilidade do CDC. Inadimplência das parcelas. Dúvida acerca da concretização do negócio. Culpa recíproca reconhecida. Retorno das partes ao *status quo ante*. Recurso parcialmente provido. 411

S

SENTENÇAS

— Ação de repetição de indébito – Instituição de ensino superior. Cobrança de créditos a mais. Devolução em dobro. Condenação. Pedido parcialmente procedente.	840
— Mandado de segurança – Prefeitura. Tomada de preços para aquisição de combustíveis. Cancelamento de registro cadastral. Inabilitação da empresa vencedora. Nulidade do procedimento licitatório. Segurança concedida.	863
— Pedido de alteração de regime de bens – Prejuízo financeiro às empresas em que o casal é sócio-cotista. Impossibilidade do pedido. Carência do direito de ação. Extinção do processo.	837
— Quadrilha – Crimes de receptação, prevaricação e extorsão. Conjunto probatório inconsistente. Denúncia parcialmente procedente.	885
— Retrocessão cumulada com pedidos diversos e tutela antecipada – Desapropriação de área para construção de lagoa destinada ao tratamento de esgoto. Desvio de finalidade. Comprovação. Ação parcialmente procedente.	817
— Separação litigiosa de corpos cumulada com pedidos alternativos de pensão alimentícia, guarda dos filhos e divisão dos bens – Abandono do lar. Autorização. Convivência insuportável. Procedência das ações. Reconvenção improcedente.	874
— Tráfico de entorpecentes e resistência à prisão – Prisão em flagrante. Conjunto probatório uniforme e coerente. Condenação. Denúncia parcialmente procedente.	915

SÚMULAS — STF

— N. 121	462
— N. 163	771
— N. 394	316
— N. 619	523

SÚMULAS — STJ

— N. 33	336
— N. 37	347
— N. 93	462

T

TRÁFICO DE ENTORPECENTE

- *Vide* Crime contra a saúde pública.

TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL

- Homologação judicial – Impossibilidade. Falta de interesse processual. Artigos 2º e 267 do CPC. Recurso desprovido. 505

TURMAS DE RECURSOS

- Apelação criminal – Direção perigosa. Contradição nos depoimentos testemunhais. Crime de perigo abstrato. Condenação. Recurso desprovido. 770
- Calúnia e injúria – Assembléia de condomínio. Inexistência da intenção de ofender. Queixa-crime improcedente. Recurso parcialmente provido. ... 764
- Código de Defesa do Consumidor – Indenização. Culpa exclusiva do consumidor. Vício de serviço. Ausência de comprovação. Sentença reformada. Recurso provido. 806
- Crimes de ameaça e desacato praticados por réus distintos – Tipicidade de ambas as condutas. Condenação. Recurso provido para afastar a reincidência e adequar o regime de cumprimento da pena. 804
- Indenização – Inadimplência do consumidor. Suspensão dos serviços de telefonia. Notificação prévia. Dano moral inexistente. Recurso provido. 778
- Indenização – Plano de assistência médica. Recusa de cobertura de material cirúrgico. Contrato firmado fora do domicílio do atendimento médico. Ilegitimidade passiva configurada. Extinção do processo. 786
- Indenização – Violação de conta corrente. *Hacker*. Aplicação do CDC. Responsabilidade objetiva da instituição financeira. Prevalência das assertivas do consumidor. Recurso desprovido. 797
- Indenização por acidente de trânsito – Atropelamento. Recurso de ambas as partes. Culpa exclusiva da vítima. Sentença reformada. Desprovisionamento do recurso da autora e provimento do do réu. 771
- Indenização por danos morais – Devolução de cheque por insuficiência de fundos. Depósito feito em outra agência bancária. Dor sofrida não comprovada. Aplicação do direito ao caso concreto. Recurso desprovido, por maioria. 780
- Inscrição indevida em órgãos de restrição ao crédito – Fatura telefônica quitada por débito automático. Repasse extemporâneo pelo banco. Responsabilidade da operadora telefônica. Dano moral configurado. Indenização devida. Recurso parcialmente provido. 789
- Mandado de segurança – Ato judicial. Pedido de expedição de alvará judicial. Habilitação de herdeiros diante de presumível comoriência. Direito líquido e certo inexistente. Segurança denegada. 802
- Recurso cível – Aquisição de passagens aéreas. Transferência negada. Fornecedor. Solidariedade. Dever de indenizar. Desprovisionamento. 761
- Recurso crime – Razões da apelação. Intempestividade. Não conhecimento. Prescrição retroativa. Extinção da punibilidade, de ofício. 811

- Responsabilidade civil – Morte de aves decorrente de falta de energia elétrica. Indenização. Aplicação da taxa Selic. Impossibilidade. Art. 161, § 1º, do CTN. Recursos providos – o da ré, por maioria de votos. 793

U

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO

- Imóvel residencial – Contrato empregatício. Aluguel. Inexistência de provas. Descaracterização da precariedade da posse. Abandono do imóvel. Lapso de vinte anos ininterruptos. Possibilidade da aquisição. Recurso desprovido. 443

ÍNDICE ONOMÁSTICO

A

— Adriana Lisbôa	874
— Alcides Aguiar	296, 505 e 523
— Alexandre Moraes da Rosa	797
— Amaral e Silva	15, 619, 623 e 637
— Anselmo Cerello	298, 717, 724 e 734
— Antônio Zoldan da Veiga	793
— Artur Jenichen Filho	25

C

— Candida Inês Zoellner	837
— Cesar Abreu	600
— Cláudio Barreto Dutra	743, 745 e 747
— Clóvis Marcelino dos Santos	817

D

— Dionízio Jenczak	429 e 436
— Domingos Paludo	761

E

— Edir Josias Silveira Beck	778
— Eládio Torret Rocha	299
— Elton Vitor Zuquelo	53

— Eros Grau	254
-------------------	-----

F

— Felix Fischer	269
— Fernando Carioni	467, 498 e 509
— Francisco Oliveira Filho	296, 549 e 556

G

— Gaspar Rubik	300
— Gilmar Mendes	249
— Guilherme Nunes Born	789

I

— Irineu João da Silva	331
------------------------------	-----

J

— Jaime Luiz Vicari	63, 336 e 340
— Jaime Ramos	586 e 595
— Jorge Schaefer Martins	381 e 411
— José Carlos Carstens Köhler	641 e 687

L

— Luiz Antônio Zanini Fornerolli	77
— Luiz Carlos Freyesleben	316 e 376
— Luiz César Medeiros	559 e 578
— Luiz Felipe Siegert Schuch	771
— Luiz Fernando Boller	840
— Luiz Neri Oliveira de Souza	804

M

— Marcus Tulio Sartorato	423
--------------------------------	-----

— Maria do Rocio Luz Santa Ritta	353 e 360
— Maurílio Moreira Leite	652 e 706
— Maximiliano Losso Bunn	89
— Mazoni Ferreira	347
— Moacyr Motta da Silva	121
— Monica Grisolia de Oliveira	885
— Monteiro Rocha	372, 391 e 404

N

— Newton Janke	533 e 540
— Newton Trisotto	555 e 572

O

— Orli Rodrigues	753, 754 e 756
— Osvaldo João Ranzi	806
— Otávio José Minatto	802

P

— Paulo Medina	261 e 266
— Pedro Miranda de Oliveira	169

R

— Rejane Andersen	764
— Ricardo Fontes	334 e 462
— Roberto Lepper	770
— Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva	811
— Rogério Zuel Gomes	189
— Rui Fortes	215

S

— Salim Schead dos Santos	468, 472 e 477
---------------------------------	----------------

— Selso de Oliveira	780
— Sepúlveda Pertence	252
— Sérgio Izidoro Heil	443 e 452
— Sérgio Luiz Junkes	219
— Sérgio Paladino	331, 697 e 710
— Sérgio Ramos	915
— Solon Bittencourt Depaoli	863
— Solon d'Eça Neves	617

T

— Torres Marques	657 e 702
— Trindade dos Santos	465, 481 e 492

V

— Vanderlei Romer	299
— Vânia Petermann Ramos de Mello	786
— Volnei Carlin	529

W

— Wilson Augusto do Nascimento	279 e 300
--------------------------------------	-----------

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

Adelson André Brüggemann

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 Carlota de Medeiros
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 Valmecir de Souza (Atta)