JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

ANO XXXI — 3º e 4º trimestres 2005 — N. 108/109
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. Pedro Manoel Abreu
Comissão de Jurisprudência:
Des. Eládio Torret Rocha — Presidente
Des. Nelson Juliano Schaefer Martins
Des. Fernando Carioni
Des. Salim Schead dos Santos
Des. Edson Nelson Ubaldo
Des. Cid José Goulart Júnior
(de acordo com a Portaria n. 240/06)
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

DOUTRINA

Adolescentes, ato infracional e a maternagem (i)limitada – Alexandre Morais da Rosa, Juiz de Direito em Santa Catarina 15

Aspectos relevantes do contrato de transporte e da responsabilidade civil do transportador – Carlos Roberto Gonçalves, Mestre em Direito Civil e Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo 19

Primeira leitura da Emenda Constitucional n. 45 – Cesar Luiz Pasold, Doutor em Direito pela USP, Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC. Professor e Advogado em Santa Catarina 35

Formação do magistrado e legitimidade judicial: o caso das escolas de magistratura – Delton R.S. Meirelles, Mestre em Ciências Jurídicas e Professor na Universidade Federal Fluminense 43

Efeitos da hipoteca em face do usucapião – Domingos Afonso Kriger Filho, Mestre em Direito e Advogado em Santa Catarina 53

Artigo 1.698 do Código Civil: Análise da possibilidade jurídica do chamamento ao processo como intervenção de terceiro – Evelise Mileide Boratti, Bacharel em Direito em Santa Catarina 59

Fundamentos para a manutenção da ordem: a possibilidade de expulsão de morador sociopata do condomínio edilício à luz da Constituição da República Federativa do Brasil – Fabrício Wloch, Mestrando em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí 83

Os crimes hediondos e a individualização da pena à luz de uma nova proposta de atuação – Fernando da Silva Comin, Promotor de Justiça em Santa Catarina 113

Direito processual intertemporal aplicado: a Lei n. 10.352 e as restrições ao reexame necessário – Márcio Schiefler Fontes, Juiz substituto em Santa Catarina 135

Dano moral na relação paterno-filial – Natália Gaspar Machado, Bacharel em Direito em Santa Catarina 161

O quinto constitucional na berlinda – Nildomar da Silveira Soares, Desembargador do Tribunal de Justiça do Piauí 171

O direito econômico como fundamento para a revisão judicial de políticas de fomento industrial – Renato Lisboa Altemani, Bacharel em Direito pela UFSC e Assessor Jurídico no Tribunal de Justiça de Santa Catarina 181

Política de abastecimento de água em Santa Catarina e marco regulatório: a transição dos serviços da Casan para os municípios – Sérgio Luiz Junkes, Juiz de Direito em Santa Catarina 197

NOTICIÁRIO

Comemoração do 114º aniversário de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina 233

Discurso de posse do Dr. Edson Nelson Ubaldo no cargo de Desembargador 246

Discurso de posse do Dr. Cid José Goulart Júnior no cargo de Desembargador 253

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 261
Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 265

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conflito de Competência 271
Recurso Especial 276
Recurso em Mandado de Segurança 279

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

TRIBUNAL PLENO

Ações Diretas de Inconstitucionalidade 287

SEÇÃO CIVIL

Conflitos de Competência 294

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento 303

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Embargos Infringentes 306

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravos de Instrumento 320
Apelação Cível 333

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelações Cíveis 339

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelações Cíveis 386

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Embargos Infringentes 424

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelações Cíveis 445

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível 452

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento 482
Apelação Cível 489

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Embargos Infringentes 495

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível 535
Apelações Cíveis em Mandados de Segurança 540

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento 564
Apelações Cíveis 574

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelações Cíveis 611

JURISPRUDÊNCIA PENAL

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

Revisões Criminais 625

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelações Criminais 635

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Apelações Criminais 656
Habeas Corpus 735

1ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pedidos de Suspensão de Liminar 743

2ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso Especial no Agravo de Instrumento 775
Recurso Especial no Recurso Criminal 777
Recurso Extraordinário na Apelação Cível 779

3ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso Especial em Agravo de Instrumento 783
Recurso Extraordinário em Apelação Cível 784

RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA 787

ÍNDICE NUMÉRICO 799

ÍNDICE POR ASSUNTO 805

ÍNDICE ONOMÁSTICO 825

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Junho 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. PEDRO MANOEL ABREU

Primeiro Vice-Presidente

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Segundo Vice-Presidente

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Terceiro Vice-Presidente

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO

Corregedor-Geral da Justiça

Des. NEWTON TRISOTTO

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. ANSELMO CERELLO
Des. JORGE MUSSI
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. José GASPAR RUBIK

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. João Eduardo SOUZA VARELLA
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. 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 TULIO 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. PEDRO MANOEL ABREU – Presidente
Des. João Eduardo SOUZA VARELLA
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Segundo Vice-Presidente
Des. NEWTON TRISOTTO – Corregedor-Geral da Justiça
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA – Primeiro Vice-Presidente
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO – Terceiro Vice-Presidente
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza – Vice-Corregedor-Geral da Justiça
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

SEÇÃO CIVIL

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

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO – Presidente
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. EDSON NELSON UBALDO
Des. CID José GOULART Júnior
Dr. JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS (Substituindo o Des. ANSELMO CERELLO)
Juiz NEWTON JANKE (Substituindo o Des. NICANOR Calírio da SILVEIRA)
Juiz JÂNIO DA SILVA MACHADO (Substituindo o Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS)
Juiz PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA (Substituindo o Des. JOSÉ VOLPATO de Souza)
Juiz JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (Substituindo o Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. José MAZONI FERREIRA

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Juiz JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS (Substituindo o Des. ANSELMO CERELLO)
Juiz JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (Substituindo o Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

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

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR – Presidente
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. NELSON JULIANO SCHAEFER MARTINS
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. EDSON NELSON UBALDO
Juiz JÂNIO DA SILVA MACHADO (Substituindo o Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS)
Juiz PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA (Substituindo o Des. JOSÉ VOLPATO de Souza)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

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

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO – Presidente
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Des. CID José GOULART Júnior
Juiz NEWTON JANKE (Substituindo o Des. NICANOR Calírio da SILVEIRA)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Juiz JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (Substituindo o Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ)
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
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. FERNANDO CARIONI – Presidente
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Juiz JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS (Substituindo o Des. ANSELMO CERELLO)
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
Juiz JÂNIO DA SILVA MACHADO (Substituindo o 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. José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente
Des. NELSON JULIANO SCHAEFER MARTINS
Des. EDSON NELSON UBALDO
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. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Juiz PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA (Substituindo o Des. JOSÉ VOLPATO de Souza - Vice-Corregedor)
Juiz PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA (Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

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

Des. VOLNEI Ivo CARLIN – Presidente
Des. VANDERLEI ROMER
Juiz NEWTON JANKE (Substituindo o Des. NICANOR Calírio da SILVEIRA)
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. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. CID José GOULART Júnior
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. João Eduardo SOUZA VARELLA
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. SOLON D'EÇA NEVES
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Juiz JOSÉ CARLOS CARSTENS KÖHLER (Substituindo o Des. José GASPAR RUBIK)
Juiz TULIO JOSÉ MOURA PINHEIRO (Substituindo o Des. JORGE MUSSI)

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. João Eduardo SOUZA VARELLA
Des. SOLON D'EÇA NEVES
Juiz JOSÉ CARLOS CARSTENS KÖHLER (Substituindo o Des. José GASPAR RUBIK)
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. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Juiz TULIO JOSÉ MOURA PINHEIRO (Substituindo o Des. JORGE MUSSI)
Juiz JOSÉ CARLOS CARSTENS KÖHLER (Cooperador)

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

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

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO – Presidente
Juiz VICTOR JOSÉ SEBEM FERREIRA
Juíza SÔNIA MARIA SCHMITZ
Juiz JAIME LUIZ VICARI

COMISSÃO PROVISÓRIA DE CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA — PORTARIA N. 241/06-GP

Membros titulares:
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA — Presidente
Des. José GASPAR RUBIK
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. SOLON D'EÇA NEVES
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
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. 242/06-GP

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA — Presidente
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Juiz VOLNEI CELSO TOMAZINI, titular
Juiz MARCELO CARLIN, suplente.

COMISSÃO PROVISÓRIA DE REGIMENTO INTERNO — PORTARIA N. 243/06-GP

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA — Presidente
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. NELSON JULIANO SCHAEFER MARTINS
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Juiz NEWTON JANKE

COMISSÃO PROVISÓRIA DE JURISPRUDÊNCIA — PORTARIA N. 240/06-GP

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA — Presidente
Des. NELSON JULIANO SCHAEFER MARTINS
Des. FERNANDO CARIONI
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Des. EDSON NELSON UBALDO
Des. CID José GOULART Júnior

COMISSÃO PROVISÓRIA DE CONCURSO PARA INGRESSO E REMOÇÃO NA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO — PORTARIA N. 245/06-GP

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA — Presidente
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI,
Des. NICANOR Calírio da SILVEIRA, titulares e
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA, suplente.

Juízes Substitutos de 2º Grau:
Dr. JAIME RAMOS,
Dr. JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS,
Dr. JOSÉ CARLOS CARSTENS KÖHLER, titulares e
Dr. SÉRGIO IZIDORO HEIL,
Dra. SÔNIA MARIA SCHMITZ,
Dr. TÚLIO JOSÉ MOURA PINHEIRO 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. GIOVANI MARIOT, 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. 138/06-GP

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — Presidente
Juiz ANDRÉ ALEXANDRE HAPPKE
Juiz DINART FRANCISCO MACHADO
Juíza JANINE STIEHLER MARTINS
Juiz LUIZ HENRIQUE MARTINS PORTELINHA
Juiz ODSON CARDOSO FILHO
Juiz PAULO ROBERTO FRÓES TONIAZZO

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

Juiz JAIME RAMOS
Juiz JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS
Juiz NEWTON JANKE
Juiz VICTOR JOSÉ SEBEM FERREIRA
Juiz JOSÉ CARLOS CARSTENS 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 DINART FRANCISCO MACHADO
Juiz LUIZ HENRIQUE MARTINS PORTELINHA
Juiz ROBERTO LUCAS PACHECO
Juiz SAMIR OSÉAS SAAD
Juíza SORAYA NUNES LINS BIANCHINI

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juiz HÉLIO DO VALLE PEREIRA

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

Juiz PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA

DIREÇÃO-GERAL ADMINISTRATIVA

SÉRGIO GALLIZA

DIREÇÃO-GERAL JUDICIÁRIA

ALBERTO PIZZOLATTI REMOR

DOUTRINA

ADOLESCENTES, ATO INFRACIONAL E A MATERNAGEM (I)LIMITADA

Alexandre Morais da Rosa[1]

1 – Após a queda, isto é, o ato infracional, de regra, organiza-se uma cruzada pela salvação moral do adolescente. A função materna acaba sendo incorporada pela Justiça da Infância e Juventude brasileira. Assim, lotados de boas intenções, claro, o juiz, o promotor de justiça, os advogados, a equipe interprofissional, todos, buscam agarrar o cajado e indicar o caminho da redenção ortopedicamente, ou seja, quase sempre desde o lugar do Outro, do canalha, diria Lacan.

2 – Desconsidera-se, imaginariamente, que a adolescência é o momento do reencontro sempre traumático com o real do sexo, do desligamento dos pais, do conflito de gerações (Alberti), num mundo em que impera a ausência de limites, naquilo que Melman denomina "Nova Economia Psíquica", ou seja, em que, sem Lei,

1 *Alexandre Morais da Rosa. Doutor (UFPR). Mestre (UFSC). Professor do Programa de Pós-graduação da Univali (SC). Juiz de Direito Titular da Vara da Infância e Juventude de Joinville (SC). Membro do Núcleo de Direito e Psicanálise da UFPR. Filiado ao IBDFAM, IBCCrim e Brasil Cedhuc. Comunicação apresentada na* II Rencontre Franco-Brésilienne de Psychanalyse et Droit: enfante en danger, enfant dangereux – acte et enjeux de responsabilité*. Paris, 24 a 26 de outubro de 2005.* E-mail*: amr8052@tj.sc.gov.br*

gozar do objeto passa a ser o padrão social. Em um mundo de satisfação plena, felicidade eterna, cuja maior dificuldade é "ser humano", possuir angústia, o ato infracional pode significar a pretensão de existir. Pode ser o sintoma de que ali, no ato, o sujeito procura resistir ou se fazer ver.

3 – A questão se agrava, de fato, no Brasil, porque, à extragrande maioria, as condições mínimas de subsistência não existem e, o agir, muito mais tranqüilo para os adolescentes, é fomentado pelo laço social frágil, cada vez mais horizontalizado, no qual o Estado, que ainda exercia alguma função paterna, resta aniquilado pelo levante neoliberal (Miranda Coutinho).

4 – Esta sustentação do lugar adolescente, então, pode ser o indicativo de que o sujeito resiste. Evidentemente que demanda uma compreensão em sua singularidade. De qualquer forma, pode significar pelo menos duas vias: 1) a pretensão de gozar do objeto sem limites, conforme indicado por Melman e Lebrun, a saber, numa estrutura perversa; 2) a resistência à estrutura que lhe determina gozar sem limites.

5 – No primeiro caso, o laço social encontra-se, de regra, frouxo, livre, próprio do "Homem sem Gravidade", na mais ampla perversão, entregue ao consumo compulsivo do objeto indicado – pela propaganda que sorri – na pretensão sempre falha de se completar. No segundo caso, contra tudo e todos, o sujeito busca um limite. Talvez encontre um substituto paterno interditando, se tiver sorte, como aponta Legendre com o cabo Lortie.

6 – Entretanto, independentemente do que busca, na estrutura dos Juízos da Infância e Juventude brasileiros acaba encontrando uma maternagem sem limites. A medida socioeducativa, ou seja, a resposta estatal brasileira, ao promover uma finalidade pedagógica, fomenta a normatização e a disciplina (Foucault), no que pode ser chamado de "McDonaldização" das medidas socioeducativas, a saber, por propostas padrões que desconsideram, por óbvio, o sujeito e, especialmente, a existência de demanda.

7 – De regra, impõe-se tratamento, educação, disciplina, independentemente do sujeito, então objetificado. Logo, sem ética (Lacan). Na maternagem ilimitada e, muitas vezes, perversa, ao

se buscar imaginariamente o sujeito, culmina-se com o afogamento de qualquer resto de sujeito que pretenda se constituir. Assim é que o estabelecimento de engajamento ao laço social exige, primeiro, que o sujeito enuncie seu discurso, situação intolerada pelo modelo fascista aplicado no Brasil.

8 – Sabe-se, com efeito, que qualquer postura democrática não pode pretender melhorar, piorar, modificar o sujeito, como bem demonstra Ferrajoli. Caso contrário, ocupará sempre o lugar do Outro, do canalha. Portanto, no Brasil, qualquer pretensão pedagógico-ortopédica será sempre charlatã, de boa ou má-fé.

9 – Resta a nós, no limite do possível eticamente, contra o senso comum social, respeitar o sujeito e com ele, se houver demanda, construir um caminho, sempre impondo sua responsabilidade pelo ato e o relembrando, ou mesmo advertindo, de que existe algo de impossível, algo que se não pode gozar. Nem nós, nem eles. A cruzada pela salvação moral é estranha à democracia, como o inconsciente o é do orgulhoso cidadão da Modernidade. Senão, como diz Agostinho Ramalho Marques Neto, quem salva os adolescentes da bondade dos bons?

10 – Neste mundo sem limites, sem gravidade (Melman), cabe indagar nosso desejo de continuar, e encontrarmos um caminho singular pelo Direito, o qual tem-se tornado um instrumento da satisfação perversa do objeto. Não para tornar o adolescente mais feliz, sob pena de se cair na armadilha do discurso social padrão, mas de resistir apontando o impossível. Este é o desafio: articular ética e singularmente os limites, num mundo sem limites (Lebrun), pelo menos, em países do terceiro mundo, como o Brasil, àqueles que os não encontram na realidade da miséria.

ASPECTOS RELEVANTES DO CONTRATO DE TRANSPORTE E DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR

Carlos Roberto Gonçalves*

Sumário: 1. Contrato de transporte: conceito e elementos. 2. As cláusulas gerais e o contrato de transporte. 3. Aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de transporte. 4. A teoria do exercício de atividade perigosa e a responsabilidade civil do transportador. 5. A responsabilidade objetiva do transportador. 6. O transporte gratuito. 7. Aplicação da legislação especial e de tratados internacionais.

1. Contrato de transporte: conceito e elementos

O Código Civil de 2002 teve a virtude de disciplinar o contrato de transporte de forma inédita no direito brasileiro. O antigo Código Comercial foi, segundo Pontes de Miranda, o primeiro diploma do mundo a regular o transporte de pessoas. Porém se preocupava mais com o transporte de coisas e com o transporte marítimo, que eram os mais importantes na época. Afinal, era o código do seu tempo.

* *Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Mestre em Direito Civil.*

Posteriormente, surgiu a regulamentação do transporte ferroviário com o Decreto n. 2.861, de 1912, inspirado na legislação da Polônia, cuja aplicação foi estendida ao transporte terrestre em geral, mediante o emprego da analogia, ao transporte fluvial e marítimo e ao transporte aéreo. Finalmente, surgiram as normas do Código de Defesa do Consumidor, que lhe são aplicadas pelo fato de a atividade caracterizar prestação de serviços.

No entanto, não tínhamos uma legislação específica, na qual constassem os princípios básicos e norteadores do contrato, os direitos e os deveres que dele emanam e, principalmente, a responsabilidade das pessoas envolvidas. O novo Código veio, então, a suprir essa deficiência e regular o contrato de transporte em capítulo próprio, dividindo-o em três seções intituladas: "Das Disposições Gerais", "Do Transporte de Pessoas" e "Do Transporte de Coisas". Teve o mérito de traçar as coordenadas gerais desse contrato, incluindo-o no rol dos contratos típicos e estabelecendo regras gerais que deverão ser obedecidas prioritariamente, podendo ser complementadas pela legislação especial.

A responsabilidade do transportador pode ser apreciada em relação aos seus empregados, em relação a terceiros e em relação aos passageiros.

No tocante aos seus *empregados*, como o cobrador, a responsabilidade será derivada de acidente de trabalho, em razão da relação de emprego existente. A indenização, hoje, é devida pelo INSS. Contudo, se houver dolo ou qualquer grau de culpa do empregador, poderá ser pleiteada também uma indenização pelo Direito Comum contra o empregador (CF, art. 7º, XXVIII).

Em relação a *terceiros*, como o dono do outro veículo abalroado, ou o pedestre atropelado, a responsabilidade do transportador é extracontratual. Não há vínculo contratual entre os personagens envolvidos. O fundamento da responsabilidade era, originariamente, o art. 159 do Código Civil de 1916, que consagrava a responsabilidade subjetiva. Entretanto, com o advento do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tornou-se ela objetiva, na modalidade do risco administrativo, pois o referido dispositivo a estendeu às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço pú-

blico. O transporte coletivo é serviço público, transferido às empresas mediante concessão ou permissão.

Como o referido dispositivo constitucional prevê a responsabilidade objetiva das permissionárias de serviço público por danos que causarem a *terceiros*, entendendo-se por essa expressão os que não têm com elas relação jurídica contratual, a sua aplicação está restrita aos casos de responsabilidade extracontratual, só podendo ser afastada se o transportador provar força maior e culpa exclusiva da vítima, bem como fato exclusivo de terceiro.

Preceitua o art. 730 do Código Civil: "Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas". A redação espelha-se na definição de Pontes de Miranda (Tratado de direito privado, 3. ed., Borsoi, 1972, t. XLV, n. 2, p. 8), *verbis*: "Contrato de transporte é o contrato pelo qual alguém se vincula, mediante retribuição, a transferir de um lugar para outro pessoa ou bens".

Observa-se que o contrato de transporte se compõe de três elementos: o transportador, o passageiro e a transladação. No tocante à transladação é necessário que haja transferência ou remoção de um lugar para outro, ainda que não se percorra uma distância geográfica. É possível efetuar-se o transporte dentro da própria casa, do próprio prédio, de um andar para outro, do térreo para a cobertura. Em todos esses casos há transladação.

O contrato de trabalho apresenta-se hoje como *típico*, distinto das figuras clássicas do direito contratual. O que o caracteriza precipuamente é a atividade desenvolvida pelo transportador de deslocamento físico de pessoas e coisas de um local para outro sob sua total responsabilidade. Constitui tal atividade o objeto específico dessa aludida modalidade contratual.

Não basta, todavia, efetuar o deslocamento de pessoas e coisas de um lugar para outro. É mister que o objeto da avença seja especificamente o deslocamento. Se o transporte é secundário ou acessório de outra prestação, reputada principal, não se lhe aplicam as normas próprias do contrato de transporte. Assim, por exemplo, se um fabricante vende mercadorias que deverão ser entregues em outra praça, a relação entre as partes se rege pelas normas do contrato de compra e venda.

O transporte é de pessoas e coisas, e pode ser terrestre, aéreo e marítimo. A diferença localiza-se no meio de deslocamento de um local para outro. O transporte de bagagens é acessório do contrato de transporte de pessoas. O viajante, ao comprar a passagem, assegura o direito de transportar consigo a sua bagagem. Ao mesmo tempo, o transportador assume, tacitamente, a obrigação de efetuar esse transporte. Essa obrigação é de *resultado* e só se considera cumprida quando a pessoa transportada e sua bagagem, ou a mercadoria, chegarem incólumes ao seu destino. Se houver excesso de peso ou de volume, poderá ser cobrado um acréscimo.

O contrato de transporte constitui típico contrato de *adesão*, no qual há um regulamento previamente estabelecido pelo transportador, com base em normas legais, ao qual o passageiro adere ou não. Quem toma um ônibus, ou qualquer outro meio de transporte, tacitamente celebra um contrato de adesão com a empresa transportadora. Com o pagamento da passagem, o transportado adere ao regulamento da empresa. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzi-lo ao seu destino, são e salvo. Se no trajeto ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, configura-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar nos termos do art. 1.056 do Código de 1916 e dos arts. 389 e 734 do novo diploma.

2. As cláusulas gerais e o contrato de transporte

Sendo o contrato de transporte típico contrato de adesão, é de se indagar: aplica-se-lhe o sistema de *cláusulas gerais* estabelecido para os contratos no novo Código Civil?

Observa-se que as principais mudanças no âmbito dos contratos, no Código de 2002, foram implementadas por *cláusulas gerais*, em paralelo às normas marcadas pela estrita casuística. *Cláusulas gerais* são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o, ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. São elas formulações contidas na lei, *de caráter significativamente genérico e abstrato*, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral.

Quando se insere determinado *princípio geral* (regra de conduta que não consta do sistema normativo, mas se encontra na consciência dos povos e é seguida universalmente) no direito positivo do País (Constituição, leis etc.), deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação e passa a caracterizar-se como *cláusula geral*.

As cláusulas gerais resultaram basicamente do convencimento do legislador de que as leis rígidas, definidoras de tudo e para todos os casos, são necessariamente insuficientes e levam seguidamente a situações de grave injustiça. Embora tenham, num primeiro momento, gerado certa insegurança, por permitirem soluções diferentes para casos semelhantes, convivem as cláusulas gerais, no entanto, harmonicamente no sistema jurídico, respeitados os princípios constitucionais concernentes à organização jurídica e econômica da sociedade. Cabe à doutrina identificá-las e definir o seu sentido e alcance, aplicando-as ao caso concreto, de acordo com as suas circunstâncias, como novos princípios do direito contratual e *não simplesmente como meros conselhos, destituídos de força vinculante*, malgrado isso possa significar uma multiplicidade de soluções para uma mesma situação basicamente semelhante, mas cada uma com particularidades que impõem solução apropriada, embora diferente da outra.

Cabe destacar, dentre outras, a cláusula geral que proclama a *função social* do contrato e a que exige um comportamento condizente com a *probidade* e *boa-fé objetiva* (CC, art. 422). Podem ser também lembrados, como integrantes dessa vertente, aos quais se poderá aplicar a expressão "função social do contrato", os arts. 50 (desconsideração da personalidade jurídica), 156 (estado de perigo), 157 (lesão), 424 (contrato de adesão), parágrafo único do art. 473 (resilição unilateral do contrato), 884 (enriquecimento sem causa) e outros.

Deve-se ainda realçar o disposto no parágrafo único do art. 2.035 do novo Código: "Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos". As partes devem celebrar seus contratos com ampla liberdade, observadas as exigências da ordem pública, como é o caso das cláusulas gerais.

Como a função social é cláusula geral, assinala Nelson Nery Júnior, o juiz poderá preencher os claros do que significa essa "função social", com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz. Poderá, por exemplo, proclamar a inexistência do contrato por falta de objeto; declarar sua nulidade por fraude à lei imperativa (CC, art. 166, VI), porque a norma do art. 421 é de ordem pública (CC, art. 2.035, parágrafo único); convalidar o contrato anulável (CC, arts. 171 e 172); determinar a indenização da parte que desatendeu a função social do contrato etc.

Aduz o mencionado jurista que, sendo "normas de ordem pública, o juiz pode aplicar as cláusulas gerais em qualquer ação judicial, independentemente de pedido da parte ou do interessado, pois deve agir *ex officio*. Com isso, ainda que, por exemplo, o autor de ação de revisão de contrato não haja pedido na petição inicial algo relativo à determinada cláusula geral, o juiz pode, de ofício, modificar cláusula de percentual de juros, caso entenda que deve assim agir para adequar o contrato à sua função social. Assim agindo, autorizado pela cláusula geral expressamente prevista na lei, o juiz poderá ajustar o contrato e dar-lhe a sua própria noção de equilíbrio, sem ser tachado de arbitrário" (Contratos no Código Civil – Apontamentos Gerais, *in* O novo Código Civil: estudos em homenagem a Miguel Reale, p. 416 e 417).

Preceitua o art. 422 do Código Civil:

"Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, ho-

nestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas às peculiaridades dos usos e costumes do lugar.

A regra da boa-fé, como já dito, é uma cláusula geral para a aplicação do direito obrigacional que permite a solução do caso levando em consideração fatores metajurídicos e princípios jurídicos gerais. O novo sistema civil implantado no País fornece ao juiz um novo instrumental, diferente do que existia no ordenamento revogado, que privilegiava os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos, seguindo uma diretriz individualista. A reformulação operada com base nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade deu nova feição aos princípios fundamentais dos contratos, como se extrai dos novos institutos nele incorporados, *verbi gratia*: o estado de perigo, a lesão, a onerosidade excessiva, a função social dos contratos como preceito de ordem pública (CC, art. 2.035, parágrafo único) e, especialmente, a boa-fé e a probidade. De tal sorte que se pode hoje dizer, sinteticamente, que as cláusulas gerais que o juiz deve rigorosamente aplicar no julgamento das relações obrigacionais são: a boa-fé objetiva, o fim social do contrato e a ordem pública.

A probidade, mencionada no citado art. 422 do Código Civil, nada mais é senão um dos aspectos objetivos do princípio da boa-fé, podendo ser entendida como a honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa. Ao que se percebe, ao mencioná-la teve o legislador mais a intenção de reforçar a necessidade de atender ao aspecto objetivo da boa-fé do que a de estabelecer um novo conceito.

Pode-se dizer que o contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF, art. 3º, I) e da justiça social (CF, art. 170, *caput*), quando na livre iniciativa for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), quando não se ferirem valores ambientais (CDC, art. 51, XIV) etc. Haverá desatendimento da função social quando: a) a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, extrapolando a álea normal do contrato; b) houver vantagem exagerada para uma das partes; c) quebrar-se a base objetiva ou subjetiva do contrato etc. (Nelson Nery Júnior, ob. cit., p. 427).

Assim, o contrato de transporte *cumpre a sua função social* e os princípios da boa-fé e da probidade quando é respeitada a dignidade dos passageiros, oferecendo-se-lhes um meio de transporte seguro e confortável, com veículos em bom estado e que não poluam o meio ambiente; quando forem obedecidos os horários fixados e os itinerários estabelecidos (CC, art. 737); quando, interrompendo-se a viagem por qualquer motivo alheio à vontade do transportador, ainda que em conseqüência de evento imprevisível, conclua o transportador o transporte contratado em outro veículo da mesma categoria (CC, art. 741).

E o aludido contrato *desatenderá* as referidas cláusulas gerais quando, além de não cumprir as obrigações já mencionadas, o transportador deixar de indenizar os danos sofridos pelos passageiros e suas bagagens, salvo motivo de força maior (CC, art. 734); quando recusar passageiros, salvo nos casos previstos nos regulamentos, ou se as condições de higiene ou de saúde, ou motivos de segurança, o autorizarem (CC, art. 739); quando não restituir o valor da passagem, tendo o passageiro feito a comunicação de desistência da viagem em tempo de ser renegociada; quando cobrar preço da passagem superior ao autorizado etc.

A boa-fé deve ser recíproca. Assim, também o passageiro tem obrigações, devendo sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço (CC, art. 738). Por essa razão, o parágrafo único do mencionado art. 738 autoriza a redução da indenização devida por acidente ao passageiro, na medida em que este houver concorrido para a ocorrência do dano.

3. Aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de transporte

Constitui questão polêmica *a incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor* nos casos de acidentes ocorridos por ocasião do transporte de passageiros. Entendo não ter ficado prejudicada tal incidência com a entrada em vigor do Código Civil de

2002. O art. 732 deste novo diploma ressalva a aplicabilidade da legislação especial aos contratos de transporte, desde que não contrarie as disposições do estatuto civil, prescrevendo: "Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais".

Foi, assim, ressalvada a legislação especial sobre transportes, como o Código de Defesa do Consumidor, o Código Brasileiro de Aeronáutica, a Convenção de Varsóvia etc., no que não contrariam as disposições do Código Civil.

Não há incompatibilidade entre o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, visto que ambos adotam a responsabilidade objetiva do transportador, só elidível mediante a prova de culpa exclusiva da vítima, da força maior ou do fato exclusivo de terceiro, porque tais excludentes rompem o nexo de causalidade. Preceitua, com efeito, o art. 734 do novo diploma: "O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade". Malgrado não sejam mencionadas expressamente nos referidos diplomas todas as excludentes apontadas, não podem deixar de ser aceitas como excludentes da responsabilidade do transportador, por afastarem, como mencionado, o nexo de causalidade.

Essa prevalência das normas do novo Código Civil sobre as do Código de Defesa do Consumidor não é pacífica. Mas penso que, realmente, o art. 732 é bastante claro ao proclamar que são aplicáveis aos contratos de transporte os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais, "*desde que não contrariem as disposições deste Código*". As normas do Código Civil preponderam sobre as demais que dispõem a respeito do contrato de transporte. As outras regras são subsidiárias. Sejam normas especiais, sejam tratados ou convenções, sejam cláusulas de atos administrativos de autorização, de permissão ou de concessão, todas elas devem estar submetidas ao Código Civil.

Já foi dito, inicialmente, que não se pode considerar que o usuário é dispensado de velar pela própria segurança. A responsabilidade do transportador é elidida se o acidente proveio de culpa do usuário. Por essa razão, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo, em caso de queda de trem por praticante de "surfismo ferroviário", que: "Descaracteriza o contrato de transporte a atitude da vítima, que, podendo viajar no interior do trem, se expõe voluntariamente a grave risco, optando injustificadamente por viajar no teto" (AgIn n. 34.427-1/RJ, rel. Min. Fontes de Alencar, DJU 6-4-1993, p. 5.954, n. 65).

Preceitua com efeito o parágrafo único do art. 738 do Código Civil: "Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá eqüitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano".

Verifica-se, assim, que a culpa concorrente da vítima constitui causa de redução do montante da indenização pleiteada, em proporção ao grau de culpa comprovado nos autos. No capítulo específico da "Responsabilidade Civil", esse princípio já havia sido adotado, no art. 945, com a seguinte redação: "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".

De acordo com o Decreto n. 2.681, de 1912, a culpa concorrente da vítima não exonera o transportador da obrigação de compor os danos. Somente a culpa exclusiva da vítima pode exonerá-lo. O Código de Defesa do Consumidor manteve o princípio da responsabilidade objetiva do prestador de serviços, admitindo como excludentes somente a comprovada inexistência do defeito e a *culpa exclusiva da vítima ou de terceiro* (art. 14, § 3º), que rompem o nexo causal (sendo admissível, pelo mesmo motivo, a força maior). A *culpa concorrente* do consumidor não foi considerada excludente nem causa de redução da indenização, sendo indiferente, pois, no sistema da legislação consumerista, que o passageiro tenha contribuído também com culpa, como no caso dos "pingentes".

Contudo, o novo Código Civil, como visto, modificou essa situação. Havendo incompatibilidade entre o Código de Defesa do

Consumidor e o Código Civil, nesse particular, prevalecem as normas deste. Sendo assim, não poderão mais os tribunais condenar as empresas de transporte a pagar indenização integral às vítimas de acidentes, em casos de culpa concorrente desta, como vem ocorrendo nas hipóteses de passageiros que viajam dependurados nas portas dos veículos, que permanecem abertas, caracterizando a culpa do passageiro e também do transportador, por não prestar o serviço com a segurança que dele legitimamente se espera, obrigando as pessoas que têm necessidade de usá-lo a viajar em condições perigosas, e por não vigiar para que tal não se verifique.

4. A teoria do exercício de atividade perigosa e a responsabilidade civil do transportador

A maior inovação trazida pelo Código Civil de 2002 em matéria de responsabilidade civil encontra-se no parágrafo único do art. 927. Quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, responderá ele independentemente de culpa. Poderão os juízes considerar determinada atividade como perigosa, mesmo que não exista lei especial que assim a considere e responsabilize objetivamente o agente.

Carlos Alberto Bittar entendia que as atividades relacionadas a transportes estão inseridas na teoria do exercício de atividade perigosa. Penso, contudo, que o referido parágrafo único não se aplica aos transportes em geral. Para estes existe regra específica, o art. 734, que já responsabiliza o transportador de forma objetiva, salvo unicamente motivo de força maior. O referido art. 927 destina-se a regular outras atividades já existentes ou que venham a existir e que serão consideradas perigosas pela jurisprudência.

5. A responsabilidade objetiva do transportador

O art. 734 do novo diploma manteve a *responsabilidade objetiva* do transportador pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, proibindo qualquer cláusula de não indenizar. Considerando que, em outros

dispositivos, o Código refere-se conjuntamente ao caso fortuito e à força maior, pode-se inferir, da leitura do aludido dispositivo, que o fato de ter sido mencionada somente a força maior revela a intenção do legislador de considerar excludentes da responsabilidade do transportador somente os acontecimentos naturais, como raio, inundação, terremoto etc., e não os fatos decorrentes da conduta humana, alheios à vontade das partes, como greve, motim, guerra etc.

Mesmo porque a jurisprudência, de há muito, tem feito, com base na lição de Agostinho Alvim, a distinção entre "fortuito interno" (ligado à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente) e "fortuito externo" (força maior, ou *Act* of *God* dos ingleses). Somente o fortuito externo, isto é, a causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, excluirá a responsabilidade deste em acidente de veículos. O fortuito interno, não. Assim, tem-se decidido que o estouro dos pneus, a quebra da barra de direção, o rompimento do "burrinho" dos freios e outros defeitos mecânicos em veículos não afastam a responsabilidade do condutor porque previsíveis e ligados à máquina.

Deve-se entender, no entanto, que a culpa exclusiva da vítima e o fato exclusivo de terceiro, por romperem o nexo de causalidade, podem ser alegados pelo transportador para ilidir a sua responsabilidade.

Prescreve o art. 735 do novo Código: *"A responsabilidade contratual do transportador por acidente com* o *passageiro não* é *elidida por culpa de terceiro, contra* o *qual tem ação regressiva".*

O citado dispositivo tem a mesma redação da Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal. Mais uma vez a jurisprudência antecipa-se à lei. 'Ocorrendo um acidente de transporte, não pode.o transportador, assim, pretender eximir-se da obrigação de indenizar o passageiro, após haver descumprido a obrigação de resultado tacitamente assumida, atribuindo culpa ao terceiro (ao motorista do caminhão que colidiu com o ônibus, por exemplo). Deve, primeiramente, indenizar o passageiro para depois discutir a culpa pelo acidente na ação regressiva movida contra o terceiro.

Em relação à responsabilidade extracontratual, ou seja, a danos a terceiros, o que prevalece, como já frisado, é o art. 37,

§ 6º, da Constituição Federal, que responsabiliza, de forma objetiva, na modalidade do risco administrativo, as permissionárias de serviço público pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Não se eximirão da responsabilidade provando apenas ausência de culpa. Incumbe-lhes o ônus de demonstrar que o evento danoso se verificou por força maior ou por culpa exclusiva da vítima, ou ainda por fato exclusivo de terceiro.

6. O transporte gratuito

Dispõe o art. 736 do novo Código que "não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia".

Muito se tem discutido sobre se a responsabilidade do transportador, na hipótese de vítima transportada gratuitamente, é contratual ou extracontratual. Segundo proclama a Súmula 145 do Superior Tribunal de Justiça, "No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave".

Não se adotou a tese contratualista pura, pela qual o transportador assumiria obrigação de resultado e responderia pelo dano ao passageiro em qualquer circunstância, em razão da cláusula tácita de incolumidade, mas a tese contratualista moderada, com base no art. 1.057 do Código de 1916, correspondente ao art. 392 do Código de 2002, pela qual o dono do veículo só responde pelos danos causados ao carona em caso de culpa grave e dolo, e não na hipótese de culpa leve ou levíssima.

Entendemos, todavia, que a tese da responsabilidade aquiliana é a que melhor se ajusta ao chamado transporte benévolo ou de cortesia. Como já disse Cunha Gonçalves (Tratado de direito civil, 2. ed., vol. 13, p. 253), a relação de cortesia é voluntária. O homem cortês não está isento de causar danos, até no exercício de sua amabilidade, porque a cortesia não é incompatível com a negligência e a imprudência.

Pontes de Miranda (ob. cit., vol. 45, p. 51) afirma que não há razão para serem necessariamente tratadas diferentemente a res-

ponsabilidade do transportador que recebe retribuição e a do transportador que ofereceu ou aceitou o contrato de transporte benévolo. Mário Moacyr Porto (Temas de responsabilidade civil, São Paulo, Ed. RT, p. 128 e 129), por sua vez, entende artificioso e forçado pretender-se que os gestos de pura cortesia possam ser considerados autênticos contratos. Como exemplificam os doutrinadores franceses, aduz, se, por exemplo, alguém convida um amigo para jantar e o convite é aceito, sem dúvida que houve um acordo de vontades para um fim determinado, mas nunca um contrato para jantar.

A tese contratualista com responsabilidade atenuada é prejudicial à vítima, pois a obriga a provar culpa grave ou dolo do transportador e não lhe confere direito à indenização em caso de culpa leve ou levíssima.

O art. 736 do novo Código, ao dizer que "não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia", adota claramente a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, que defendemos, no transporte puramente gratuito ou benévolo, e a contratual, com a cláusula de garantia, no transporte oneroso e no aparentemente gratuito.

No transporte não oneroso há, realmente, o transporte inteiramente gratuito (transporte gratuito típico) e o transporte aparentemente e pseudamente gratuito. Naquele, o transportador atua por pura complacência, sem interesse no transporte. Neste, há uma utilidade das partes, porque o transportador pode ter algum interesse em conduzir o convidado, como, por exemplo, na hipótese do vendedor de automóveis, que conduz o comprador para lhe mostrar as qualidades do veículo, ou do corretor de imóveis que leva o interessado a visitar diversas casas e terrenos. Tais casos não constituem hipóteses de contratos verdadeiramente gratuitos, devendo ser regidos, pois, pelas disposições do novo Código que estabelecem a culpa presumida do transportador, só elidível em caso de culpa exclusiva da vítima, força maior ou fato exclusivo de terceiro.

7. Aplicação da legislação especial e de tratados internacionais

Na seção intitulada "Disposições gerais", o novo Código traçou regras comuns a todos os contratos de transporte, fazendo, porém, duas ressalvas. A primeira consta do art. 731, que assim dispõe: "O transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código".

Sempre que o transporte for privativo do Poder Público, pode este conferir a sua exploração a particulares por meio dos institutos do direito público, como a autorização, a permissão e a concessão. Nesse caso, o Estado fixa as regras, as condições, enfim, as normas que regerão a prestação dos serviços. O transporte obedecerá, prioritariamente, ao que for estabelecido nos atos de autorização, permissão ou concessão – especialmente quanto às obrigações, itinerários, tarifas, prazos – e normas regulamentares, sem prejuízo do que dispõe o Código Civil.

A segunda ressalva encontra-se no art. 732 do Código Civil, que manda aplicar os preceitos da legislação especial e de tratados e convenções internacionais somente quando couberem e não contrariarem as disposições do novo diploma. O preceito reflete-se principalmente no transporte aéreo, que é objeto de tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Continuam sendo aplicáveis a essa modalidade de transporte, no que não contrariam o Código Civil, o Código Brasileiro de Aeronáutica, a Convenção de Varsóvia e o Código de Defesa do Consumidor.

A propósito, assevera Humberto Theodoro Júnior (Do transporte de pessoas no novo Código Civil, RT 807/12) que entre nós "não há prevalência hierárquica do tratado sobre o direito interno, nem deste sobre o tratado internacional. Em conseqüência, estão no mesmo nível o tratado e a Lei Federal. De tal sorte, um tratado internacional que, em matéria de transportes, contiver futuramente disposições conflitantes com as do Código Civil haverá de revogar os preceitos deste, como o Código terá revogado regras de tratado anterior nas mesmas condições. Observa-se, *in casu*, o princípio *lex posterior derogat priori* (Lei de Introdução, art. 2º, § 1º)".

Desse modo, não se pode admitir, no transporte aéreo, a indenização tarifada, estabelecida na Convenção de Varsóvia. A Constituição Federal de 1988 dispôs competir à União "explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária" (art. 21, XII, *c*). E o art. 37, § 6º, estendeu a responsabilidade objetiva, fundada no risco administrativo, às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (empresas aéreas permissionárias), sem estabelecer nenhum limite para a indenização.

Tais dispositivos sobrepõem-se à Convenção de Varsóvia e ao Código Brasileiro de Aeronáutica. As normas desses diplomas que limitam a responsabilidade das empresas aéreas, tarifando a indenização, perderam eficácia a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Assim como não há limite para a responsabilidade civil do Estado, igualmente não o há para a das concessionárias e permissionárias de serviços públicos, que emana da mesma fonte.

A perda da eficácia das aludidas normas limitativas foi reafirmada com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor. Igualmente, o novo Código Civil, lei posterior aos diplomas legais mencionados, dispõe que o "transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade" (art. 734). Não estabeleceu nenhum limite para a indenização, salvo o correspondente ao valor da bagagem, quando declarado.

Por tais razões, tem o colendo Superior Tribunal de Justiça proclamado:

"Transporte aéreo. Indenização tarifada. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de relação de consumo, prevalecem as disposições do Código de Defesa do Consumidor em relação à Convenção de Varsóvia. Derrogação dos preceitos desta que estabelecem a limitação da responsabilidade das empresas de transporte aéreo" (REsp n. 258.132-0/SP, rel. Min. Barros Monteiro, DJU 28-11-2000, v. u.).

PRIMEIRA LEITURA DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45

Cesar Luiz Pasold[1]

1. Introdução

Principio este artigo com a conveniente contextualização do seu objeto que é a verificação inicial da contribuição da Emenda Constitucional n. 45 de 8 de dezembro de 2004[2] à efetivação da Justiça em nosso País. Qualquer que seja a abordagem que se confira ao tema Justiça, sempre é recomendável partir-se da Teoria do Estado.

1 *Doutor em Direito pela* Universidade de São Paulo/USP*; Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC; Mestre em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo. Advogado – OAB/SC 943 e integrante do* Advocacia Pasold e Associados S/S — OAB-SC—059/90*; Ex-Coordenador do Curso de Pós-Graduação* Stricto Sensu *em Ciência Jurídica/CPCJ – Univali, da qual é atualmente Professor nas Disciplinas "Metodologia da Pesquisa Jurídica" e "Elementos Jurídicos da Atividade Portuária". Ex-Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito-CPGD/UFSC. Autor, entre outros, dos livros:* O Advogado e a Advocacia *(3. ed., Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001),* Prática da Pesquisa Jurídica – *idéias e ferramentas úteis ao Pesquisador do Direito (9. ed. rev., Florianópolis: OAB/SC Editora, co-edição OAB Editora, 2005) e* Função Social do Estado Contemporâneo*. (3. ed. rev. atual. amp., Florianópolis: OAB/SC Editora, co-edição Editora Diploma Legal, 2003).*

2 Doravante identificada neste artigo pela sigla EC n. 45.

Nesse mister, pondero que se o Estado for concebido como *aparelho ou conjunto de atividades formalmente vinculadas à sociedade política* é possível, de forma simplificada, configurá-lo historicamente em três momentos:

1º momento: o do Estado assumidamente a serviço de minoria, seja a economicamente privilegiada, seja a casta religiosa, encontrado do período Pré-Cristão até a Idade Média;

2º momento: o do Estado Moderno Constitucional, com o estabelecimento de lei fundamental e, nela, a previsão de direitos e garantias individuais, de um sistema de freios e contrapesos ao poder absoluto, institucionalização de três poderes, harmônicos e independentes (Judiciário, Legislativo e Executivo), em alguns casos com um quarto poder (o Moderador); este momento histórico do Estado se encontra desde o final da Idade Média até 1916;

3º momento: o do Estado Contemporâneo, nascido com a Constituição Mexicana de 1917, seguida da Constituição de Weimar de 1919[3], e que mantém as características do Estado Moderno, mas se diferencia significativamente porque a elas acresce:

a) a previsão de intervenção do Estado nos domínios econômico e social para a realização dos legítimos anseios da sociedade;

b) a caracterização de direitos sociais e coletivos que devem ser realizados sempre com predominância do interesse público ou bem comum, com função social a cumprir.

Este é o sucinto perfil do Estado Contemporâneo que, para atender à sua vocação, deve ter como destinação primordial a realização da Justiça[4] [5].

3 infelizmente as duas Constituições matrizes do Estado Contemporâneo estiveram vigentes por curtos períodos!

4 A esse respeito, e de maneira mais especificada, *vide* PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 3. ed. rev. atual. ampl., Florianópolis: OAB/SC Editora, co-edição Editora Diploma Legal, 2003.

5 Sobre evolução constitucional, *vide* CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. 2. ed. rev. ampl., Curitiba: Juruá, 2003. Especificamente sobre a evolução constitucional no Brasil, *vide* BONAVIDES, Paulo *et* ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2002.

2. A realização da Justiça

A realização da Justiça implica, necessariamente, em:

1º – acesso; e

2º – efetivação.

A garantia fundamental do *acesso* é consagrada na maior parte das constituições dos Estados contemporâneos, e, nesse diapasão, está o Brasil, já em sua Constituição de 1934 (com excelente qualidade de conteúdo, mas com vida institucional curtíssima, infelizmente), na de 1946 e, com destaque, na Constituição de 1988[6], em vigor atualmente[7].

A efetivação da Justiça depende de uma série de fatores, entre os quais destaco as necessárias condições ao trabalho eficiente e eficaz do Poder Judiciário, em especial a quantidade e qualidade dos recursos humanos, recursos financeiros e materiais e a disponibilidade e funcionalidade tecnológica.

Mas, sobretudo, a efetivação da Justiça requer a realização da dialética judicial, cuja dinâmica supõe a disseminação social da consciência jurídica e o trabalho eficaz e eficiente dos atores judiciais.

Entendo que a mola propulsora à elaboração e aprovação da EC n. 45 tenha sido buscar a ampliação tanto do acesso quanto da efetivação da Justiça.

3. Caracterização objetiva da Emenda Constitucional n. 45[8]

Como é consabido a EC n. 45 estruturou-se em dez artigos[9].

6 Doravante designada neste artigo pela sigla CRFB/88.

7 Quanto ao acesso à justiça com destaque para uma perspectiva sob o ângulo dos denominados Novos Direitos, *vide* BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais* — "Novos" Direitos e Acesso à Justiça. 2. ed. rev. ampl., Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

8 A título de informação, consigno que é correlata à EC n. 45 em Santa Catarina a Emenda Constitucional Estadual n. 042, de 8 de novembro de 2005.

9 O exame de seu texto é efetuado tendo como fonte http://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm, acessado em 12-3-2006.

De maneira objetiva, relato o resultado de minha leitura inicial sob duas perspectivas, a da macro e a da micropercepção.

3.1 Macropercepção da EC n. 45

Numa macropercepção da emenda em tela, trago ao leitor três destaques:

1º destaque: fundamentalmente a emenda cuida de temas que dizem respeito à Justiça, ao Poder Judiciário, ao Processo Judicial, ao Ministério Público e à Defensoria Dativa. Ocorre pelo menos uma exceção a este elenco temático: o novel § 3º do artigo 5º da CRFB/88, que disciplina procedimento legislativo para a equivalência às emendas constitucionais dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos[10];

2º destaque: suas normas têm, pelo menos, a seguinte variedade quanto à natureza:

a) administrativas, sejam as de estruturação, sejam as da disciplina da dinâmica de órgãos (inclui fixação de competências, requisitos de funcionamento, aferição de desempenho e similares); exemplos estão na redação que foi conferida às alienas *c* até *e* do inciso II do artigo 93 e ao artigo 114 e seus incisos e parágrafos, todos da CRFB/88;

b) financeiras e orçamentárias — exemplo está na redação que foi conferida ao § 4º do artigo 127 da CRFB/88;

c) processuais — exemplo está na redação que foi conferida ao § 2º do artigo 114 da CRFB/88;

d) procedimentais — exemplo está na redação que foi conferida aos incisos IX e XV do artigo 93 da CRFB/88.

3º destaque: um aspecto crítico da dicção da EC n. 45 que merece nota especial é a ausência de conceitos operacionais[11]

10 *Vide* LUZ, Valdemar P. da. (org.) *Código Civil; Código de Processo Civil; Constituição Federal; Estatuto da OAB e Legislação Complementar*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 587.

11 "*Quando nós estabelecemos ou propomos uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias*

explícitos para duas categorias[12] estratégicas nela constantes e por ela introduzidas na redação conferida à CRFB/88. São elas:

a) *repercussão geral* que está no novel § 3º do artigo 102 da CRFB/88, e cuja demonstração é pré-condição essencial para a admissão de recurso extraordinário[13]; e

b) *relação de trabalho*, na redação nova do artigo 114, em seus incisos I, VI e IX da CRFB/88, elemento estratégico à definição do espectro de competências da Justiça do Trabalho, para "processar e julgar"[14] [15].

3.2 Micropercepção da EC n. 5

Numa micropercepção, vale dizer, enfocando detalhes, destaco treze elementos pontuais introduzidos pelo diploma normativo ora *sub examen*:

3.2.1 inclusão do inciso LXXVIII no artigo 5º da CRFB/88, com a consagração – necessária e conveniente, sem dúvida – a todos do direito à "razoável duração do processo" tanto na via judicial quanto na via administrativa; a questão aqui é a ampla faixa de subjetividade contida na categoria "razoável";

3.2.2 ampliação para 3 (três) anos (nova redação conferida ao inciso I do artigo 93) do requisito da prática de atividade jurídica para concurso ao ingresso na magistratura;

---

que expomos, estamos fixando um Conceito Operacional". In PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica* -- idéias e ferramentas úteis ao Pesquisador do Direito. 9. ed. rev., Florianópolis: OAB/SC Editora, co-edição OAB Editora, 2005, p. 45 (o grifado está no original).

12 Categoria é a "*palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". In* PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica* -- idéias e ferramentas úteis ao Pesquisador do Direito. 9. ed. rev., Florianópolis: OAB/SC Editora, co-edição OAB Editora, 2005, p. 31 (o grifado está no original).

13 *Vide* LUZ, Valdemar P. da. (org.) *Código Civil; Código de Processo Civil; Constituição Federal; Estatuto da OAB e Legislação Complementar*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 643.

14 *Idem, p. 651.*

15 Veja-se uma proposta de entendimento da categoria em: SANTOS, Luiz Carlos Mello dos. Relação de Trabalho na Emenda Constitucional n. 45. *In Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. *715*, 20 jun. 2005.

3.2.3 vedação temporal no inciso V do parágrafo único do artigo 95: interregno de três anos entre a aposentadoria e o exercício da advocacia para os magistrados;

3.2.4 inclusão do *in fine* no inciso IX do artigo 93;

3.2.5 o novel parágrafo 2º do artigo 98;

3.2.6 ampliação dos tipos de ações e dos destinatários do efeito *erga omnes* e vinculante na nova redação do parágrafo 2º do artigo 102;

3.2.7 o *status* e o poder da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados no inciso I do parágrafo único do artigo 105 e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho no inciso I do parágrafo 2º do novel artigo 111-a;

3.2.8 ampliação do poder do Conselho da Justiça Federal no inciso II do parágrafo único do artigo 105 e criação do Conselho Superior da Justiça do Trabalho no novel artigo 111-a, § 2º, II;

3.2.9 rol de competências da Justiça do Trabalho no artigo 114 e seus nove incisos;

3.2.10 criação de vara especializada para questões agrárias (como é consabido, a preleção anteriormente vigente era a de juízes de entrância especial com competência específica) o que significa o conferimento do adequado *status* ao relevante tema;

3.2.11 a polêmica súmula vinculante no novel artigo 103-a e seus três parágrafos;

3.2.12 o artigo 103-b: o Conselho Nacional de Justiça, composição e competências, sem olvidar da necessidade de se agregar em qualquer estudo a respeito o previsto no parágrafo 2º do artigo 5º da própria EC n. 45, o qual reza: "Até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, mediante resolução, disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor"[16];

16 *In* http://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm, acessado em 12-3-2006.

3.2.13 o novo artigo 130-a: o Conselho Nacional do Ministério Público, sua composição e competências.

4. Considerações finais, com estímulos à reflexão

Peço vênia ao leitor para reafirmar que entendo que a mola propulsora à elaboração e aprovação da EC n. 45 tenha sido buscar a ampliação tanto do acesso quanto da efetivação da Justiça.

Sob tal diapasão disciplinou tópicos profundamente vinculados ao tema Justiça, bem como outros que lhe são conexos.

Segundo a preciosa lição de Norberto Bobbio: "Quem realiza uma busca, especialmente no campo das ciências humanas, uma vez examinados os prós e os contras, pode também se permitir terminar sua pesquisa com um ponto de interrogação"[17].

Destarte, sob as naturais limitações decorrentes de uma primeira leitura da EC n. 45, exibo, a título de modesto estímulo à reflexão, três de minhas principais perplexidades traduzidas nas seguintes indagações:

1ª – é mais conveniente ao acesso à justiça e à efetividade da justiça que o conceito operacional de "*repercussão geral*" – cuja demonstração é pré-condição essencial para a admissão de recurso extraordinário – seja construído ao longo do tempo pela Jurisprudência e/ou pela doutrina, ou seria mais conveniente que o reformador constitucional já tivesse estabelecido qual o sentido da expressão?

2ª – é mais conveniente ao acesso à justiça e à efetivação da justiça que o conceito operacional de "relação de trabalho", e, pois, a sua diferença ou sinonímia com "*relação de emprego*"[18], seja estabelecido ao longo do tempo pela jurisprudência e/ou pela doutrina, ou seria mais conveniente que o reformador constitucional já tivesse estabelecido qual o sentido da expressão?

17 *In* BOBBIO, Norberto. *Diário de um século*: Autobiografia.Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus,1998, p. 180. Título original: Autobiografia.

18 Referida explicitamente pelo menos no inciso I do artigo 7º da CRFB/88. *Vide* LUZ, Valdemar P. da. (org.), Ob. cit., p. 587.

3ª – o Brasil possui tradição de consolidação jurisprudencial suficiente para que possamos laborar com súmulas vinculantes, sem o real risco não apenas de "engessamento" da magistratura de primeiro grau, mas, e principalmente, de peremptório corte do acesso à justiça em certos temas, nos quais o *punctum saliens* é exatamente o conflito entre os legítimos interesses da sociedade e certas diretrizes de um governo momentaneamente conduzindo o Estado?

Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *Diário de um século*: Autobiografia. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus,1998. Título original: Autobiografia.

BONAVIDES, Paulo *et* ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2002.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais* – "Novos" Direitos e Acesso à Justiça. 2. ed. rev. ampl., Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. 2. ed. rev. ampl., Curitiba: Juruá, 2003.

LUZ, Valdemar P. da. (org.). *Código Civil; Código de Processo Civil; Constituição Federal; Estatuto da OAB e Legislação Complementar*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 3. ed. rev. atual. ampl., Florianópolis: OAB/SC Editora, co-edição Editora Diploma Legal, 2003.

_____. *Prática da Pesquisa Jurídica* — idéias e ferramentas úteis ao Pesquisador do Direito. 9. ed. rev., Florianópolis: OAB/SC, co-edição OAB Editora, 2005.

SANTOS, Luiz Carlos Mello dos. Relação de Trabalho na Emenda Constitucional n. 45. *In Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. *715*, 20 jun. 2005.

http://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm, acessado em 12-3-2006.

FORMAÇÃO DO MAGISTRADO E LEGITIMIDADE JUDICIAL: O CASO DAS ESCOLAS DE MAGISTRATURA

Delton R. S. Meirelles*

Palavras-chave: Judiciário – Escolas judiciais – Legitimidade – Ensino jurídico.

Áreas do conhecimento: Ciências sociais aplicadas (Direito).

Resumo

O Brasil adota um modelo burocrático de investidura na magistratura, mediante a aprovação por concurso público. A partir do momento em que o Judiciário é convocado a resolver conflitos sociais mais sensíveis, este modelo deixa de atender às expectativas sociais, gerando uma crise de legitimidade. Como os recém-aprovados em concursos públicos costumam receber orientações técnicas em cursos oferecidos pelas escolas judiciais, mantidos e organizados pelos tribunais judiciários, sugere-se o fortalecimento de tais escolas (como etapa obrigatória do concurso), mas com a maior participação da sociedade civil no processo de formação

* *O autor é Prof. Assistente do Departamento de Processualística da UFF – Universidade Federal Fluminense e Mestre em Ciências Jurídicas pela mesma Universidade.*

técnica e educacional dos novos magistrados, garantindo-lhes maior legitimidade democrática.

Introdução

Este artigo tem como objeto de estudo as escolas judiciais e o seu papel na formação dos magistrados. A principal questão a ser apresentada é a sua capacidade de preparação dos magistrados para uma nova concepção de direito na pós-modernidade, em que os magistrados são provocados em conflitos que demandam maior legitimidade democrática de suas decisões.

O artigo será desenvolvido em quatro capítulos, nos quais serão abordados:

I) os modelos internacionais de investidura;

II) a criação de escolas judiciais como centros de formação dos magistrados;

III) o problema da formação tecno-burocrática no cenário jurídico de demandas democráticas;

IV) o papel das escolas judiciais como possível espaço democrático de legitimação da magistratura.

Ingresso na magistratura

Uma das atuais questões sobre o Judiciário é a de sua legitimidade democrática. Pode-se supor, a partir de Cappelletti, que este debate surge com o Estado de Direito, em que as revoluções liberais questionam o poder dos juízes de controlar os outros poderes estatais legitimados. É o caso da Revolução Francesa, em que os revolucionários burgueses viam com desconfiança os magistrados, tidos como remanescentes do *Ancien Régime*.

Em pesquisas de direito comparado sobre a legitimidade judicial, Zaffaroni estabelece um novo método, estabelecendo três formas de ingresso na magistratura: eleição comunitária, indicação política dos outros poderes estatais e concurso público.

O primeiro sistema concede à eleição direta de candidatos *status* de modalidade legítima de acesso à judicatura, restando

presente em alguns estados norte-americanos e países latino-americanos. Critica-se este sistema, entre outros fatores, por tender à partidarização e macular o ideal de imparcialidade jurisdicional. No segundo sistema, os juízes são escolhidos pelo chefe do Executivo, pelo Legislativo ou até mesmo pelo próprio Judiciário. Em regra, é a modalidade de composição das Cortes Constitucionais, Tribunais Superiores e de alguns cargos em órgãos jurisdicionais de segunda instância. Estes dois critérios políticos são qualificados por Zaffaroni como *empíricos primitivos.*

Em face dos vícios do processo político de escolha, os países europeus continentais conceberam uma forma mais racional e objetiva de provimento. Na França, o concurso público para o cargo de juiz surge em 1906, quebrando a sua tradição hereditária. Em princípio, o concurso público seria o meio mais isento de acesso, já que não ficaria restrito a um dado estamento ou a famílias tradicionais.

Por largos anos, foram adotados no Brasil critérios políticos para o ingresso aos cargos públicos, coerentes com nossa tradição patrimonialista. A magistratura brasileira foi pioneira na adoção do critério racional para o acesso a cargo público, inicialmente com a previsão formal de concurso na Constituição de 1934, posteriormente aprimorado na Carta de 1946.

Assim, diversamente da tradição latino-americana, o Brasil utiliza critério racional, fundado em parâmetros técnicos, para o acesso à magistratura, tendo sido este modelo estendido às demais carreiras a partir da atual Constituição.

Escolas judiciais

Com o discurso da qualificação de seus juízes, em vários países surgem escolas judiciais para suprir as eventuais deficiências do sistema de escolha (político ou racional) de seus magistrados.

No caso brasileiro, há manifesta inspiração nos modelos internacionais de escolas judiciais, destacando-se a *École Nationale de Magistrature* francesa, Centro de Estudos Judiciários de Portugal e o *Federal Judicial Center* norte-americano.

No Brasil, o debate sobre a criação de cursos de formação e aperfeiçoamento de magistrados é instaurado em 1975 pelo Supremo Tribunal Federal que, ao encaminhar proposta ao Congresso, apresenta um "diagnóstico" do Poder Judiciário brasileiro, nos seguintes termos:

"O recrutamento de juízes, no primeiro grau, se faz por meio de concursos. [...] a par da conveniência do concurso de ingresso em duas fases, permitindo que entre elas se insira estágio probatório, mencione-se a idéia da criação de cursos ou institutos de preparação para a magistratura, semelhantes ao '*Centre National d'Estudes Judiciaires'*, com desejável intercâmbio entre Universidades e Tribunais, para a seleção dos melhores alunos. [...] Além da boa escolha dos juízes, cumpre tenham eles conhecimentos atualizados, quer por meio de cursos periódicos, quer pela disseminação da informação jurídica, obrigatoriamente estabelecida, principalmente em áreas especializadas".

Após esse relatório, a Emenda Constitucional n. 7/77 passa a prever a instalação de tais cursos, permitindo que a lei estabeleça "como condição a promoção por merecimento, a partir de determinada entrância, ou de acesso aos Tribunais de segunda instância, pelo mesmo critério, *freqüência e aprovação em curso ministrado por escola de aperfeiçoamento de magistrados*" (sem grifos no original). Em seguida, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35, de 14-3-1979) dispõe que "a lei pode exigir dos candidatos, para a inscrição no concurso, título de habilitação em curso oficial de preparação para a magistratura" (art. 78, § 1º).

A partir dessas previsões legais, foram criadas as primeiras escolas judiciais brasileiras: Minas Gerais (1975), Rio Grande do Sul (1980), Paraná (1983), Paraíba (1983), Espírito Santo (1985), Bahia (1986) etc. Duas dessas escolas merecem destaque por tratarem-se de cursos estabelecidos nos dois maiores centros judiciários estaduais: São Paulo e Rio de Janeiro, ambas criadas em 1988.

Formação burocrática e legitimidade democrática

Em tese anteriormente desenvolvida como dissertação de mestrado, demonstramos que o senso comum nos cursos preparatórios para as carreiras jurídicas (entre os quais se incluem algumas escolas judiciais) é de que, em razão da crise do ensino jurídico, estes surgiriam como um *locus* propício ao preparo intelectual de seus clientes (candidato, magistrado recém-aprovado e juízes de carreira).

Com efeito, as escolas judiciais vêm cumprindo o propósito de preparar intelectualmente os seus clientes. O índice de aprovação (média de 80%) já seria um dado suficiente para provar seu sucesso. No entanto, o que se busca neste trabalho não é a discussão quanto à qualidade dos cursos oferecidos pelas escolas judiciais. A questão principal a ser refletida é a *finalidade* destes cursos, e conseqüentemente o *conteúdo* por eles ministrados.

As escolas judiciais, como já se disse, surgem para suprir deficiências no processo de formação, seja este político (pelo eventual despreparo dos juízes eleitos) ou burocrático (possíveis desvios nos candidatos aprovados em teste escrito). Assim, a sua preocupação é a garantia de notório saber técnico-jurídico, conferindo aos seus alunos o conhecimento instrumental para o desenvolvimento da função jurisdicional. Conforme a crítica de Zaffaroni:

"Os judiciários latino-americanos necessitavam de racionalizações administrativas e de escolas da magistratrura. Desse modo, foram aplicados modelos empresariais na análise da atividade jurisdicional, em homenagem a uma 'modernidade' insólita, que tende a 'desjuridicizar' os juízes, para transformá-los em técnicos empresariais" [1].

Esse propósito técnico, contudo, não pode ter caráter exclusivo pelo novo papel na magistratura assumido no Estado Democrático de Direito. Com efeito, a função meramente burocrática da atividade judicial era típica do modelo de Estado Liberal, em que o papel dos juízes limitava-se a declarar o direito preexistente. Nessa era, a segurança jurídica era alcançada por uma jurisdição pautada por critérios técnico-profissionais, fundados em legislação enraizada em situações pretéritas, estabilizadas ao longo do tem-

po, constituindo a base para uma magistratura neutralizada axiologicamente [2].

A primeira metade do Século XX constitucionaliza novas gerações de direitos (inicialmente os chamados *direitos sociais*, seguidos pelos *direitos coletivos*), com a conversão do "Estado legislativo" liberal em *Welfare State*. Tais Cartas não se limitam a dizer estatisticamente o que é o direito, estabelecem e impõem diretrizes e programas dinâmicos de ação futura, expandindo-se a atuação estatal.

O papel do governo neste novo Estado não pode mais limitar-se a ser um *gendarme* ou *night watchman*, e sim um governo promocional, garantidor dos direitos sociais previstos em suas constituições, surgindo como "uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania" [3]. Conseqüentemente, este "Estado é mais complexo do que outrora e que as relações jurídicas se multiplicaram" [4].

A pós-modernidade, com suas diferentes concepções, também influencia o papel dos juízes no contexto social. O Judiciário, assim, representa o necessário contrapeso à paralela expansão dos "ramos políticos" do Estado moderno. No entanto, a partir do momento em que o Judiciário passa a apreciar os novos direitos (sociais ou coletivos, que envolvem problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos), deixa de lado seu papel burocrático (no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei) para assumir uma interpretação mais condizente com esta nova realidade jurídica, pois não pode limitar-se às leis e aos precedentes. Destarte, a judicialização das questões sociais demanda um Judiciário com um formato institucional compatível com as exigências contemporâneas. Com isso, o juiz não pode mais ocultar-se detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma "neutra".

Esse ativismo judicial pós-moderno cria divergências entre os cientistas políticos e juristas. Dizem alguns que a invasão da política pelo direito levaria à perda da liberdade, constituindo um "paternalismo estatal" (Habermas) ou levando "à clericalização da

burocracia" (Garapon). Para Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, no entanto, as novas relações entre direito e política seriam favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade (como nas políticas de Acesso à Justiça), além de representar a efetivação dos direitos fundamentais na Constituição. Conseqüentemente, conforme Zaffaroni: "as estruturas judiciárias ampliaram-se, mas não foram realizadas transformações qualitativas necessárias para adaptá-las às novas formas de conflito que devem enfrentar" [5].

No caso brasileiro, a legitimidade dos nossos magistrados é derivada do processo de seleção por concurso público, o que enquadra nosso País num modelo intermediário de Judiciário democrático. Ocorre que, como foi desenvolvido, o juiz pós-moderno, definitivamente, não é o mesmo juiz da primeira metade do século passado. Conforme a metodologia weberiana, este magistrado conquistaria a sua legitimidade pela investidura burocrática, fundado no mérito individual e na representatividade estatal do cargo [6]. Assim, o concurso público constituiria perfeita certidão burocrática de legitimação racional (pois o candidato teria demonstrado, perante seus futuros pares, suas aptidões técnicas para o cargo), mas não seria suficiente para o atual reclamo de legitimidade do magistrado.

Conforme exposto inicialmente, o discurso dos atores das escolas judiciais, presente em textos doutrinários ou propostas legislativas, reforça a idéia de que o preparo técnico constitui a prioridade destas instâncias corporativas. Conclui-se, portanto, que nossas escolas judiciais ainda mantêm-se fiéis ao ideal de um magistrado bem preparado intelectualmente, capaz de decidir os conflitos com sólida fundamentação técnico-jurídica, sem perder a habilidade prática. A sua legitimidade democrática não constitui o objetivo principal das escolas judiciais, o que fatalmente contribuiria para a formação de um juiz mais adequado à nova realidade.

Escolas judiciais como espaço de formação democrática dos juízes

Em trabalho empírico com pesquisa de campo e método qualitativo, realizada nos principais cursos preparatórios cariocas

e paulistanos, os depoimentos e as práticas de seus agentes demonstraram a existência de um processo weberiano de "fechamento", em que os cursos atuam como *locus* de integração entre agentes e instituições jurídicas públicas (magistratura, MP, procuradorias etc.). Ao contrário do seu discurso oficial, de "redentores do mau ensino jurídico", na verdade esses cursos objetivam o adestramento de seus alunos para o serem incorporados nos cargos públicos, buscando ser reconhecidos como a "casa" dos seus membros. Com isso, os estudantes das escolas judiciais buscam, principalmente, incorporar certas práticas e valores da magistratura, pois aqueles cursos querem ser reconhecidos como legítimos espaços de formação de novos profissionais [7].

Essas características foram perceptíveis principalmente na EMERJ, cujo *slogan* é "a casa do juiz". Da postura dos alunos aos discursos de seus diretores, os dados coletados permitiram concluir que o ambiente da escola judicial fluminense reproduz o cotidiano da magistratura. Apesar de haver uma didática sensivelmente superior a dos demais cursos preparatórios, percebe-se a preocupação maior em criar uma identidade com a magistratura do que a assimilação de conhecimentos jurídicos técnicos ou críticos. Assim, concluímos nessa pesquisa que as escolas judiciais brasileiras demonstram maior preocupação em conquistar a legitimidade perante seus pares do que com relação à sociedade.

Ressalta-se, porém, que com isso as escolas judiciais sejam um obstáculo a um Judiciário eficiente e democrático. De fato, houve melhora considerável na qualidade dos magistrados nos últimos tempos, apesar das justas críticas que possamos fazer à Justiça brasileira. Não defendemos o fim das escolas, e sim a modificação de seu modelo.

Em primeiro lugar, o Brasil deveria inspirar-se no modelo de investidura francês, em que o candidato presta um exame para que ingresse na *École* e, se for aprovado nos exames, estará apto a ingressar na magistratura. No entanto, em vez de oferecer um curso hermético e legitimante perante seus pares, nossa proposta é a de ampliar o papel das escolas judiciais, a fim de que estas sirvam também como um *locus* de legitimação democrática dos juízes. Com base na tese formulada por Peter Häberle, o proces-

so de formação dos magistrados merece ser comunitário, e não restrito à cúpula dos Judiciários (estaduais e federais).

A pesquisa empírica demonstrou pouca participação da sociedade no processo de investidura dos magistrados brasileiros. Os "leigos" integram o processo apenas como coadjuvantes ou consumidores da atividade jurisdicional durante o estágio dos concursandos. Entendemos que a escola judicial deve estar aberta à participação da sociedade civil, para que esta possa acompanhar e contribuir nas etapas que antecederem à investidura do aprovado em concurso. Uma estrutura eclética certamente contribuiria para o reconhecimento dos novos juízes como legítimos representantes dos interesses pluralísticos da sociedade.

Como exemplos de possíveis colaboradores nesse processo de formação, temos as associações civis de defesa dos interesses coletivos (direitos humanos, consumo, meio ambiente, proteção da criança e adolescente, minorias étnicas), lideranças comunitárias, associações de moradores, sindicatos, universidades, OAB etc. Cada um desses grupos representa setores diversos da sociedade, permitindo sua inserção na escola judicial por meio de cursos, mesas redondas, audiências públicas e, principalmente, levando aos novos magistrados as reivindicações e expectativas dos jurisdicionados.

Não seria uma forma de limitar a independência do Judiciário na escolha de seus membros, pois a avaliação técnica permaneceria como critério principal para a aprovação. A participação comunitária integraria a avaliação, não apenas pela aprovação em créditos na escola judicial, mas principalmente contribuindo para a formação de juízes mais democráticos e sensíveis aos reclamos da sociedade.

Assim, a participação democrática no processo de seleção dos magistrados não cercearia, de nenhuma forma, a autonomia do Judiciário na composição de seus quadros. O concurso continuaria sendo organizado pelos tribunais, assim como o conhecimento técnico permaneceria como principal critério avaliador. O elemento novo, que garantiria maior representatividade à magistratura, seria a inserção da comunidade nesse processo, por meio da abertura institucional das escolas judiciais, espaço que se tornaria garantidor da legitimidade dos juízes.

Referências

[1] ZAFFARONI, E. R. *Poder Judiciário*: crise, acertos e desacertos, p. 30.
[2] VIANNA, L. W. *et alii. Corpo e alma da magistratura brasileira*, p. 29. CAPPELLETTI, M. *Juízes legisladores?*, p. 33.
[3] *Idem*, p. 41.
[4] ZAFFARONI, E. R. *Op. cit.,* p. 23.
[5] _____. *Op. cit.*, p. 25.
[6] WEBER, M. *Economia y sociedad*, p. 179.
[7] MEIRELLES, Delton R. S. *Cursos jurídicos preparatórios* [...].

Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos* (trad. Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Campus, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Controle judicial das leis no direito comparado*. Porto Alegre: SAFE, 1992.

_____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional.* Porto Alegre: SAFE, 2002.

MEIRELLES, Delton R. S. *Cursos jurídicos preparatórios*: espaço de formação profissional, reflexo da deformação do ensino ou reprodução de ideais corporativos? Niterói, *Mimeo*, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii. Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*: crise, acertos e desacertos. São Paulo: RT, 1995.

EFEITOS DA HIPOTECA EM FACE DO USUCAPIÃO[1]

Domingos Afonso Kriger Filho[2]

I – Tendo em vista que a hipoteca constitui-se em *direito real*, conferindo ao credor hipotecário o direito de seqüela sobre o bem gravado, nos termos dos artigos 1.225, IX, 1.479 e seguintes do Código Civil, interessante verificar os efeitos que o usucapião pode produzir em relação àquela, no sentido de saber se a aquisição do imóvel hipotecado por esta via tem ou não força de manter subsistente a garantia real em face do usucapiente.

II – Nesse contexto, é certo que o surgimento dos direitos reais de garantia em geral decorreu da própria evolução do direito, quando retirou a segurança pelo cumprimento das obrigações da pessoa do devedor e fê-la recair no seu patrimônio. Como conseqüência deste desenvolvimento surgiram duas formas principais de garantia: *a pessoal*, em que terceira pessoa se obriga pelo devedor a lhe solver o débito mediante fiança; e *a real*, pela qual o próprio devedor, ou alguém por ele, oferece todo ou parte de seu patrimônio para assegurar o cumprimento da obrigação.

III – Em Roma, ao lado da fiança, apareceram as primeiras modalidades de garantia real, tais como a *fiducia* e o *pignus*. Histo-

1 Artigo publicado na LEX – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 297/5.

2 *Advogado — Mestre em Direito — Professor.*

ricamente, a *fiducia* foi a primeira forma de garantia real que surgiu, sendo que por meio dela o devedor transmitia ao credor a propriedade de coisa que lhe pertencia para lhe ser restituída quando quitado o débito. Após, surgiu o *pignus*, que conferia ao credor a posse da coisa, protegida pelos interditos. Tais meios tinham vários inconvenientes tanto para o devedor (que ficava desapossado do bem nos dois casos), quanto para o credor (que não ficava completamente salvaguardado no segundo caso, já que não podia alienar a coisa), sendo que foi exatamente para contornar esse transtorno bilateral – retirada da coisa da posse do devedor e insuficiente tutela do credor – que surgiu a hipoteca nos moldes que até hoje subsiste.

IV – Como garantia real que é, a hipoteca visa a colocar o credor a salvo da insolvência do devedor. Com a sua outorga, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação (artigo 1.419 do Código Civil), acompanhando-o sempre onde quer que se encontre, fato este que é conhecido no mundo jurídico como *direito de seqüela*. Dentre suas várias características, a doutrina enumera as seguintes: a) *acessoriedade*, na qual a sua existência fica na dependência de uma obrigação principal, no sentido de que, extinta esta, desaparece a hipoteca (*sublato principali*, *tollitur accessorium*); b) *indivisibilidade*, na qual no caso da dívida não ser satisfeita integralmente, subsistir ela por inteiro sobre a totalidade dos bens gravados, ainda que divisível a obrigação e a coisa hipotecada *(est tota in toto et tota in qualibet parte);* c) *especificidade*, que a faz recair tão-somente sobre os bens especificados na escritura, sendo impossível a sua instituição sobre bens futuros e ainda não materializados; d) *publicidade*, em que a eficácia perante terceiros fica subordinada à sua inscrição no registro de imóveis, ato este que lhe confere o indispensável conhecimento e que faz com que a ordem de preferência decorra da prioridade da inscrição *(prior in tempore potior in jure).*

V – Por outro lado, o Código atual estabelece que a propriedade imóvel pode ser adquirida, entre outras formas, pelo usucapião (artigos 1.238 a 1.244), instituto estabelecido em respeito às situações consolidadas pelo tempo. Assim como a prescrição, com a qual não se confunde, o usucapião tem como elementos carac-

terizadores o tempo e a inércia do titular do direito de propriedade, diferenciando-se no fato de que naquela tais elementos dão lugar à extinção do direito e, neste, à sua aquisição. É inegável a utilidade social de tal instituto, pois contribui de modo decisivo para a consolidação da propriedade nas mãos daquele que a possui e lhe tira proveito econômico, na forma preconizada pela nossa Constituição em seus artigos 5º, XXIII, e 170, III.

VI – O fundamento jurídico do usucapião reside, pois, na desídia manifestada pelo proprietário do imóvel na tutela do seu direito em face da posse exercida por outrem. Por essa razão, grande parte da doutrina, cremos de forma acertada, o vê como modo *originário* de aquisição da propriedade, no qual o usucapiente torna-se proprietário em virtude somente da posse exercida sobre o bem em certas condições definidas pela lei, independentemente e sem qualquer vinculação com a relação jurídica que havia entre a coisa e o seu antigo titular. Essa orientação também vem sendo seguida pelos tribunais no decorrer dos tempos, como se pode observar nos seguintes julgados:

"Usucapião. Imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade por ato voluntário de testador ou doador. Irrelevância. Caráter originário da aquisição. Possibilidade jurídica do pedido"[3].

"Usucapião. Modo originário de aquisição de domínio. Sendo o usucapião modo originário de aquisição de domínio, o bem incorpora-se ao patrimônio do seu possuidor assim que constatadas as condições legais que o integram, e não pela sentença transcrita que o reconheça e declare judicialmente"[4].

"Usucapião. Imposto de Transmissão Intervivos. Inexigibilidade. O imposto de transmissão intervivos só é exigível quando ocorra ato translativo de propriedade, mas no usucapião isto não ocorre, porque, sendo modo originário de adquirir a propriedade, tal aquisição é direta, isto é, se faz sem transmissão"[5]

3 Revista Jurídica 191/96, Ementa 7240.
4 Revista dos Tribunais 548/189.
5 *Idem*, 439/214.

VII – Como forma originária de aquisição do domínio, significa que o usucapiente não adquire de ninguém, mas simplesmente a adquire por si só, donde a conseqüência lógica é que a propriedade que havia sobre o bem é direito que deixou de existir, suplantado pelo do possuidor, que a recebe limpa, sem qualquer de seus caracteres, vícios ou limitações, a não ser as impostas pela lei. Nesse sentido, mostra-se totalmente irrelevante, do ponto de vista da força geradora inerente ao usucapião, a existência ou não do direito anterior, tanto que a sentença de procedência do pedido não atribui o domínio ao interessado, mas apenas o reconhece, tornando-o claro, haja vista que já se consumou desde o momento que a posse *ad usucapionem* teve início.

VIII – Sendo princípio vigorante em nosso direito de que somente o proprietário da coisa pode dar-lhe em garantia (artigo 1.420 do Código Civil) e, sendo o usucapião uma forma originária de aquisição da propriedade, não é de todo estranho perceber a dificuldade do ônus hipotecário subsistir ante o imóvel usucapido, pois uma vez aniquilado o direito de propriedade anterior à consumação da posse *ad usucapionem* (o direito principal), a mesma sorte deve seguir o direito de garantia outorgado sobre ele (direito secundário), na conhecida fórmula preconizada pelo adágio *accessorium sequitur suum principale,* pois se os direitos reais de garantia se anulam com a inexistência da obrigação a que aderem[6], com muito mais razão devem ser extintos com o desaparecimento do direito de propriedade sobre o qual recaiam. Em não prevalecendo este ponto de vista, sem dúvidas haverá a preterição de um direito de cunho "social e econômico" (o usucapião) em prol de um de cunho meramente "econômico" (a hipoteca), o que parece não se coadunar com os princípios que regem a atual ordem jurídica instituída pelo novo Código, que dentre suas Disposições Finais prevê exatamente a impossibilidade das convenções contrariarem os preceitos de ordem pública que asseguram a função social da propriedade, sem mencionar que, se assim não fosse, o usucapiente restaria colocado dinte daquela inusitada situação de ter parte de seu patrimônio respondendo por uma dívida da qual não participou.

6 *Idem*, 255/216.

IX – Poder-se-ia argumentar em desfavor dessa tese de que a hipoteca sujeita a coisa, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação, independentemente do ato translativo do domínio, nos termos do já referido artigo 1.419. Mas, em se procedendo a uma análise mais profunda do nosso ordenamento, veremos que essa orientação não possui força capaz de torná-la absoluta, uma vez que em várias hipóteses o Direito abre exceções à regra da preferência em favor do social, a exemplo, dentre outros, do privilégio instituído ao trabalhador agrícola pelo produto da colheita para a qual haja concorrido (artigo 964, VIII); à Fazenda Pública pelos impostos e taxas devidos (Decreto n. 22.866/33) e aos salários e pendências trabalhistas devidas pela massa falida (artigo 102 do Decreto-Lei n. 7.661/45).

X – Em suma, com relação ao *verus dominus* do imóvel, pode-se afirmar que o usucapião produz os mesmos efeitos jurídicos do perecimento da coisa e da resolução da propriedade, fatores que, entre outros, ensejam a *extinção da hipoteca*, a teor do artigo 1.499 do Código. Uma vez preenchidos os requisitos necessários à aquisição do imóvel pela via do usucapião em qualquer das suas modalidades, o possuidor poderá requerer que o juízo declare o domínio a seu favor por meio de sentença proferida após regular tramitação processual. Esse provimento não é *constitutivo,* no sentido de atribuir o domínio pretendido, mas *declaratório,* pois somente o reconhece e o torna certo desde o momento em que a posse *ad usucapionem* teve início. É referida posse que constitui o fato gerador da extinção do direito de propriedade anteriormente existente sobre o imóvel, que, por deixar de existir, aniquila também os eventuais ônus sobre ele instituídos, dado que um não pode subsistir sem o outro. Numa ação intentada nessas condições, a sentença necessariamente terá o efeito secundário de cancelar a inscrição hipotecária, competindo ao usucapiente, além de cumprir as exigências legalmente previstas, proceder à intimação do credor hipotecário para participar do feito, em face do cristalino interesse que possui no resultado da demanda.

Referências bibliográficas

AMORIM, Luiz Francisco Guedes. *Da ação de usucapião em terras particulares*. *In* Revista de Processo n. 22, p. 42.

CARVALHO DOS SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 14. ed., Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., vol. VII e X.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao CPC*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2001, vol. VIII, t. III.

GOMES, Orlando. *Direitos reais.* Rio de Janeiro, 1973.

FRANÇA, Limongi R. *Jurisprudência do usucapião*. São Paulo, 1979.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed., São Paulo, RT, 2003.

NUNES, Pedro. *Do usucapião*. Rio de Janeiro, 1953.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo, Saraiva, vol. 5, 1999.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA JURÍDICA. Editora Síntese Ltda.

ARTIGO 1.698 DO CÓDIGO CIVIL: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO CHAMAMENTO AO PROCESSO COMO INTERVENÇÃO DE TERCEIRO

Evelise Mileide Boratti*

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito processual analisado sob a perspectiva do direito material. 3. O artigo 1.698 do Código Civil. 4. Aplicação do chamamento ao processo ao art. 1.698 do Código Civil. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

Resumo

O tema do presente artigo surgiu da necessidade de uma análise mais minuciosa das inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 em relação ao direito de alimentos. Este trabalho tem como objetivo demonstrar a possibilidade jurídica da aplicação do chamamento ao processo como o instituto de intervenção de terceiros que melhor se coaduna com as exigências do art. 1.698 do CC. Inicialmente, é feito um estudo do caráter instrumental do processo. Após essas considerações, passa-se para uma abordagem mais detalhada do art. 1.698 do CC. A partir de então, são

* *Bacharel em Direito; estudante da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina.* E-mail*: eveliseboratti@ibest.com.br*

feitas análises acerca do emprego do chamamento ao processo como a espécie de intervenção de terceiro que deve ser aplicada à hipótese do art. 1.698 do CC, obtendo-se, desse modo, a realização do direito substancial em questão, ou seja, da obrigação de prestar alimentos. Destaca-se, ainda, que esta proposta de interpretação, a qual defende a análise do art. 1.698 do CC sob a luz de uma nova figura de chamamento ao processo, realiza dois grandes valores do processo: a efetivação do direito material e a economia processual.

Palavras-chave

Alimentos; divisibilidade; obrigação solidária; intervenção; chamamento ao processo.

1. Introdução

A inovação trazida pelo art. 1.698 do Código Civil de 2002, uma vez que introduziu no direito material questões de caráter processual, colocou a comunidade jurídica diante de novas indagações: como os responsáveis a prestar alimentos podem vir a ser chamados a juízo? Que espécie de intervenção de terceiro pode ser aplicada? O chamamento ao processo é o melhor instrumento para chamar os devedores comuns da prestação alimentar a juízo?

Primeiramente, deve-se esclarecer que a ordem em que os obrigados a prestar alimentos devem ser chamados a juízo é estabelecida pelo próprio Código Civil, no seu art. 1.697. Em primeiro lugar, são chamados os parentes em linha reta, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, passando aos mais remotos na falta de uns ou de outros. Não havendo parentes em linha reta, os irmãos (parentes colaterais de 2º grau) poderão ser chamados. O legislador não deixou, portanto, ao bel-prazer do alimentando a escolha do parente que lhe prestará alimentos.

O cônjuge ou o companheiro não se encontram nessa ordem sucessiva, uma vez que o dever de prestar alimentos entre eles se dá por força de outro fundamento, qual seja, o dever de assistência.

Poderá ocorrer, no entanto, uma pluralidade de obrigados do mesmo grau quando quem deve prestar a obrigação não pode fornecê-la integralmente. Nada obsta, portanto, o concurso entre parentes, cada um contribuindo com a quota proporcional aos seus haveres.

O art. 1.698 do CC inova dispondo acerca da possibilidade de, sendo várias as pessoas obrigadas, e intentada a ação contra uma delas, as demais poderem ser chamadas a integrar a lide, distribuindo-se a dívida entre todas na proporção de seus recursos, de modo que haja uma maior realização no plano material. O próprio alimentando poderia ter intentado a ação contra todos os co-obrigados, formando-se um litisconsórcio passivo facultativo, porém, como não o fez, o Código Civil, em seu art. 1.698, vem socorrê-lo. Assim, o réu poderá, diante de seus escassos recursos, chamar os demais obrigados, cada um respondendo por sua quota-parte.

A inovação trazida pelo Código Civil busca minimizar os casos em que, intentada a ação contra aquele devedor que não possui condições suficientes de cumprir integralmente a obrigação, acabe por tornar a ação de alimentos inócua.

Uma das questões que surge nesse contexto, portanto, é: qual figura processual que se ajusta a este “chamamento”?

Este artigo buscará demonstrar que, apesar de a obrigação de prestar alimentos não ser solidária, é possível vislumbrar uma ampliação do termo “solidariedade”, empregado no inciso III do art. 77 do CPC, o qual trata do chamamento ao processo, uma vez que não houve identificação expressa por parte do legislador da figura processual de intervenção de terceiro que deveria ser aplicada ao art. 1.698 do CC.

O principal fundamento que dá suporte a essa defesa se pauta na idéia de que o processo é instrumento para a realização do direito material. O direito processual civil deve ser interpretado e aplicado a partir e para o direito substancial.

Enfim, o principal intuito consiste em demonstrar a possibilidade jurídica da aplicação ao art. 1.698 do CC do chamamento ao

processo como espécie de intervenção de terceiro que representa maior efetividade ao processo.

2. O direito processual analisado sob a perspectiva do direito material

A afirmação de que o processo é um instrumento, sem a definição de seus propósitos, é vaga. O processo deve ser analisado como um meio, porém, em função dos fins a que se destina. É por meio da investigação de seus escopos que se pode visualizar a instrumentalidade que acompanha todo sistema processual.

A análise dos objetivos fixados pelo processo revela o grau de sua utilidade, pois, ao compreender a instrumentalidade do processo, apoiada em seus objetivos, pode-se extrair conseqüências úteis, capazes de melhorar o serviço jurisdicional. "Em outras palavras: a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos"[1].

Para José de Albuquerque Rocha, assim como para vários juristas, "o direito processual é instrumental em face do direito substancial"[2]. É, portanto, nesse sentido que se deve analisar o direito processual como instrumento capaz de resolver o litígio. O direito processual não deve ser visto como um conjunto de normas jurídicas estanques. "O direito processual civil, não obstante tenha identidade, função, finalidade e natureza próprias, serve, atende e volta-se para a aplicação concreta do direito material"[3]. Nesse contexto, portanto, é que se deve interpretar o art. 1.698 do Código Civil.

O sistema processual deve ser visto como um sistema aberto, capaz de prestar serviços à comunidade, ou seja, é fundamental dar-lhe um enfoque teleológico. Até a própria jurisdição, que é a função estatal que tem por objetivo garantir a eficácia do direito em

1 Dinamarco, 1994, p. 150.
2 Albuquerque Rocha, 2001, p. 38.
3 Scarpinella Bueno, 2004, p. 81.

última instância, deve ser examinada visando aos seus fins e propósitos. O processualista deve ter uma visão holística do sistema processual, analisando sua interação com o social, com o político e com o jurídico. Deve ter conhecimento das fases do processo, conhecer a sua potencialidade de gerar resultados, poder sentir suas falhas, enfim, deve perceber que pelo modo que faz uso do processo poderá alcançar os fins para os quais ele foi criado.

É vago dizer que do processo espera-se justiça, assim como se espera do Estado a realização do bem comum, pois cada nação, em cada momento da história, desenvolve a sua definição de bem comum e o seu valor de justiça. Porém, não se pode negar que o Estado de Direito repugna a inércia do magistrado. Este deve se apresentar atuante, consciente de sua função, devendo zelar pelas finalidades do sistema jurídico. Assim, o juiz, ao analisar o caso concreto, deve levar em consideração a realidade do caso em questão, aplicando-lhe o direito que, para aquele caso específico, fará justiça.

Existe hoje uma tendência quanto aos escopos do processo e ao exercício da jurisdição, que é o abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas[4]. Já que aos indivíduos é vedada a autotutela, o Estado, por meio de sua função jurisdicional, influencia a vida da própria sociedade a fim de atingir a paz social. O Estado tem o dever, mediante o processo, de interferir nas relações sociais, buscando, num plano mais amplo, a realização do escopo metajurídico da jurisdição, ou seja, a pacificação social.

O direito define as condutas como favoráveis ou desfavoráveis à vida em sociedade, atribuindo prêmios ou sanções; assim, o Estado positiva seu poder, no sentido de evitar conflitos. A jurisdição, realizando a justiça em cada caso, e mediante prática reiterada, procura desenvolver um clima social de justiça, evitando, desse modo, os conflitos. Portanto, pode-se afirmar que a função jurisdicional, assim como a legislação, tem como escopo fundamental a pacificação social.

4 Dinamarco, 1994, p. 137.

O adequado exercício da jurisdição também gera perante a sociedade a conscientização de seus direitos e obrigações. Desse modo, além da pacificação social, pode-se dizer que a educação também é um escopo instrumental do processo.

Mas o processo não apresenta apenas escopos jurídicos e sociais. A sua instrumentalização também perpassa por escopos políticos, já que a organização de um Estado depende do exercício organizado do poder legítimo, por meios legítimos. Nesse aspecto, encontra-se o processo, percebido pela soma de todos os casos trazidos a exame ao Poder Judiciário. Decidindo e impondo as suas sentenças, o Estado está afirmando seu próprio poder e a autoridade de seus agentes instrumentalmente investidos, os quais prezam pela busca de fins predeterminados.

Outro escopo político do processo é o culto à liberdade, ou melhor, às liberdades públicas. O Estado democrático de direito tem como lema a observação e limitação do exercício do poder a fim de evitar a invasão na esfera privada dos indivíduos. O escopo jurisdicional característico deste Estado está na possibilidade da participação democrática. É possível perceber essa instrumentação jurídico-processual pelo uso de meios capazes de preservar as liberdades públicas, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança, por exemplo.

O estudo do processo e de seus escopos sob a visão estritamente jurídica é insuficiente. O direito é uma ciência social, e como tal deve ser analisado, tendo em vista o seu meio social e político. A perspectiva exclusivamente jurídica do processo já constituiu parte de um momento histórico da ciência jurídica. Hoje, vive-se num período instrumentalista, em que o processo assume responsabilidades políticas e sociais. Isso não significa, no entanto, abominar a visão jurídica de um sistema que é em si jurídico. A técnica processual não deixou de ser relevante, porém, não se recomenda ater-se apenas a esse aspecto. O ordenamento jurídico deve ser examinado como um todo, buscando sempre a pacificação social, a resolução do conflito no caso concreto.

É relevante ressaltar, nesse ponto, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, segundo o qual o magistrado não se exime de sentenciar, alegando lacuna ou obscuridade na lei.

Dispõe, desse modo, o art. 5°, XXXV, CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Logo, não é permitido ao juiz indeferir a pretensão por falta de amparo legal. O mecanismo que se tem mostrado capaz e eficiente diante dessas omissões e lacunas do sistema legal é o trabalho construtivo da jurisprudência.

O juiz, servindo como canal de comunicação entre sociedade e mundo jurídico, é peça fundamental na perspectiva instrumental do processo. Analisando o caso concreto, cabe-lhe buscar no sistema do direito positivo e em suas próprias convicções a justiça para aquele caso. Proferirá a decisão que melhor satisfaça o seu sentimento de justiça, não podendo exacerbar os limites da lei. É desse modo, portanto, que se mantém o sentimento de segurança jurídica, pois, apesar de o magistrado gozar de livre convicção, não lhe é permitido ultrapassar os limites legais.

Pelo desapego às formas, ao texto literal da lei, o magistrado acaba criando resultados que não surgiriam se sua postura fosse formalista, caso não ousasse pôr suas inovações em prática. Essas atitudes que visam aos objetivos da norma jurídica, deixando de lado a formalidade processual, são atitudes instrumentalistas.

Não se pode negar que o processo é um instrumento cuja técnica desempenha um papel fundamental. Contudo, a técnica processual também recebe influências de ordem social e política, assim como do próprio direito material, que, por não ser imutável, adapta-se sempre a novas realidades. O direito processual encontra-se, portanto, voltado à preservação dos preceitos concretos do direito material.

Nesse contexto, para que se possa retirar do instrumento toda a utilidade que ele pode oferecer, é necessário um conjunto de regras que proporcionem a sua adequada utilização. Por isso, é possível afirmar que “a técnica está a serviço da eficiência do instrumento, assim como este está a serviço dos objetivos traçados pelo homem e todo o sistema deve estar a serviço deste”[5].

5 Dinamarco, 1994, p. 225.

O direito substancial não é uma técnica. É a positivação de um conjunto de normas que correspondem às decisões do Estado, do poder. Essas normas visam orientar a conduta dos indivíduos e suas respectivas relações. Já o direito processual constitui uma técnica a serviço do direito material, sendo assim determinado como um instrumento.

À técnica processual cabe buscar soluções para o caso concreto capazes de assegurar a efetiva vontade do direito material, prezando pela celeridade do processo sem afastar a devida cognição jurídica necessária para o caso. A boa técnica processual estabelece um equilíbrio entre o conhecimento suficiente para o caso, ou seja, a busca da verdade e a celeridade do resultado para que nenhum desses aspectos seja comprometido[6].

O direito, portanto, como uma ciência social altera-se conforme a sociedade se transforma. Nem toda norma, no entanto, precisa ser modificada para adaptar-se à nova realidade; uma simples mudança na interpretação dessas normas pode ser suficiente, é o que mostra a evolução jurisprudencial.

Pode-se dizer que o direito processual, como um todo, estará cumprindo o seu papel quando estiver realizando o direito material e eliminando os conflitos mediante critérios de justiça.

Deve-se ressaltar que o processo não é um fim em si mesmo, suas regras não têm, portanto, valor absoluto que supere as do direito material e às exigências sociais. A instrumentalidade do processo funciona nesse ponto como um fator de contenção de exageros. Trata-se, portanto, de um aspecto negativo da instrumentalidade do processo.

O aspecto positivo da instrumentalidade do processo se refere à idéia da busca pela efetividade processual, ou seja, tentar extrair do sistema processual todo o proveito que ele possa proporcionar, eliminando os conflitos por meio de soluções jurídicas e socialmente legítimas.

6 A busca pela verdade é a busca pela fiel declaração e atuação do direito material, tem a ver com o escopo jurídico do exercício da jurisdição.

A instrumentalidade do processo coloca as formas apenas como meios preordenados aos objetivos de cada momento processual, uma vez que o excesso de preocupação com o formalismo favorece o esquecimento desse caráter instrumental do processo. Isso não significa que as formas dos procedimentos legais devam ser menosprezadas; o que se pretende com a instrumentalização do sistema processual é desmistificar regras, conceitos, buscando sempre a efetivação do direito material, com a conseqüente pacificação social.

Utilizar o processo como um instrumento significa adequá-lo ao cumprimento de todos os seus escopos (jurídicos, sociais e políticos). Para que isso possa acontecer, é preciso que o processualista e o juiz trabalhem juntos, implantando um novo tipo de pensamento, rompendo com o formalismo, enfim, zelando pela efetividade da norma jurídica material.

Reconhecer a autonomia do direito processual não significa dizer que ele se encontra isolado. Pelo contrário, processo e direito material se completam, devem sempre caminhar juntos. A compreensão de um exige o devido conhecimento do outro.

As disposições encontradas no direito material correspondem, em princípio, ao indicador de justiça para o magistrado. Contudo, permanecendo este atento apenas à lei, sem considerar as mutações da sociedade, de seus valores, estará correndo o risco de distanciar-se dos critérios de justiça efetivamente vigentes. O juiz deve, portanto, apresentar-se como um canal de comunicação entre o texto da lei e a carga valorativa da sociedade. Assim, a norma aplicada ao caso concreto será condizente com a realidade daquele momento, com os valores que a sociedade julga relevantes.

O magistrado, a fim de desempenhar adequadamente o seu papel, deve estar consciente das mudanças axiológicas que ocorrem na sociedade e deve repelir a idéia de que o processo é um instrumento meramente técnico, que não apresenta fins sociais e políticos.

É importante que as decisões judiciais não se baseiem apenas na interpretação gramatical dos textos legais, pois as leis en-

velhecem, além do fato de que podem ter sido mal feitas. Desse modo, a lei deve ser interpretada de acordo com os princípios e garantias constitucionais e, sobretudo, visando à realização dos valores aceitos pela sociedade.

Estabelece o art 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que, "na aplicação de qualquer lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Assim, a lei que orienta as demais leis determina que os juízes devem se certificar de que, ao proferirem uma sentença, alcançam, também, as conveniências e possibilidades não só do autor e do réu, mas da sociedade como um todo.

3. O art. 1.698 do Código Civil

O artigo 1.698 do Código Civil dispõe:

"Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide".

Diante de uma simples leitura, pode-se notar que esse dispositivo jurídico apresenta natureza material e processual. O legislador, com o provável intuito de dar maior eficácia ao instituto dos alimentos, introduziu na lei civil um elemento processual.

O artigo em exame, sem correspondente no Código Civil de 1916, estabelece em que condições aquelas pessoas, civilmente responsáveis a prestar alimentos, podem ser chamadas a integrar a lide. Dispõe expressamente acerca da possibilidade do chamamento a juízo dos parentes que têm a obrigação alimentar na ação intentada apenas contra um deles.

Ao inserir na redação do artigo a expressão "chamamento", o legislador não se limitou a criar uma norma de direito material, legislou também acerca do direito processual a ser aplicado, o que despertou algumas dúvidas no meio jurídico: seria possível a utilização do chamamento ao processo como instituto de interven-

ção de terceiro na ação de alimentos? Ou, então, qual seria o melhor instrumento para a realização deste dispositivo legal?

Primeiramente, é evidente que o art. 1.698 do CC não alterou nem extinguiu a ordem em que os parentes são obrigados a prestar alimentos. Houve apenas uma inovação no campo do concurso entre parentes, ou melhor, na possibilidade de os demais parentes co-obrigados serem chamados para integrar a mesma lide processual.

O direito estabelece uma ordem segundo a qual os sujeitos são sucessivamente chamados a prestar alimentos. Nada obsta, porém, o concurso de várias pessoas, colocadas no mesmo grau. Cada um contribuirá com uma quota-parte, que será fixada pelo magistrado levando em consideração a sua situação econômico-financeira.

O alimentando não pode a seu bel-prazer escolher contra quem irá demandar alimentos. O Código Civil, nos seus arts. 1.696 e 1.697, estabelece a ordem em que o autor da ação de alimentos deve seguir para pleiteá-los. Logo, estão obrigados aos alimentos: pais e filhos, reciprocamente; na falta destes, os ascendentes, na ordem de proximidade; os descendentes, na ordem de sucessão; por fim, os irmãos germanos como os unilaterais.

A falta de parente alimentante, referida pelos arts. 1.696 e 1.697 do CC, não diz respeito apenas à morte ou ao desaparecimento deste e não deve ser entendida apenas como sua inexistência, mas também como ausência de sua capacidade econômica para cumprir a obrigação alimentar.

A dúvida, que existia com o Código Civil de 1916, era saber se todos os parentes do mesmo grau deveriam ser colocados no pólo passivo da mesma demanda.

A doutrina posicionava-se no sentido afirmativo. Assim, mesmo sabendo que apenas um dos pais possuía condições alimentares, por exemplo, a ação deveria ser movida contra o pai e a mãe, formando-se um litisconsórcio passivo. Cada um responderia por sua quota-parte, de acordo com seus haveres.

Nada impedia, no entanto, que no sistema de 1916 a ação fosse intentada contra apenas um deles. O parente demandado,

aquele que segundo a norma material deveria ser o primeiro responsável pela obrigação alimentar, não poderia defender-se alegando a existência de outros parentes em melhores condições.

Assim, como o Código Civil de 1916 não previa a possibilidade de chamamento dos demais parentes co-obrigados ao processo, o autor da ação de alimentos sujeitava-se à possível improcedência da ação ou à condenação da pensão em valor inferior de que necessitava. Somente a partir desse momento, o alimentando poderia ingressar com ação contra os outros parentes, pleiteando uma pensão complementar. Essa demora processual, muitas vezes, gerava prejuízos ao autor da ação, postergava o seu direito aos alimentos, negando-lhe sua subsistência.

Na hipótese de o parente que deve alimentos em primeiro lugar não poder suportar integralmente esse encargo sozinho, o art. 1.698 do CC permite expressamente o requerimento de pensão complementar a parentes de grau imediato mais próximo. Dessa feita, caso o parente demandado em primeiro lugar não tenha condições de arcar sozinho com a pensão alimentícia, pois esse encargo afetará sua subsistência, poderá chamar à lide os demais co-obrigados.

A ação de alimentos tem como característica não apenas a descoberta de quem os deve, mas também o quanto cada um pode efetivamente despender. A dívida alimentar será, portanto, dividida entre todos os responsáveis, cada um contribuindo com uma parte, a qual será calculada com base nas necessidades do alimentando e nas possibilidades do alimentante.

O problema surge pela falta de identificação expressa por parte do legislador da figura processual de intervenção de terceiro que se aplica neste caso.

Sílvio Rodrigues sobre o assunto assim se manifestou:

"Não foi feliz o legislador, primeiro por indevida incursão no direito processual, sem identificar a figura de intervenção de terceiro sugerida, lembrando o rito especial da ação de alimentos, que, em princípio, é avessa a incidentes processuais dessa natureza"[7].

7 Rodrigues, 2002, p.427.

Na sua opinião, a intervenção de terceiro na ação de alimentos pode gerar turbulência ao processo, prolongando-o, o que na verdade causaria prejuízo ao autor da ação. Posiciona-se dessa maneira uma vez que a ação de alimentos, disciplinada pela Lei n. 5.478/68, tem um rito procedimental sumário especial, ou seja, mais célere que o sumário, sendo destinada basicamente àqueles casos em que não há necessidade de provar a legitimação ativa do alimentando, pois o seu grau de parentesco já se encontra definido.

Sendo assim, o referido autor acredita que o melhor teria sido que o legislador não houvesse se manifestado a respeito, não houvesse adentrado no campo processual. Outros autores, como Silvio de Salvo Venosa, por sua vez, acreditam que a lei processual é que deverá traçar normas concretas para que se possa aplicar o art. 1.698 do CC.

Entretanto, não obstante o posicionamento de Sílvio Rodrigues e Silvio de Salvo Venosa, verifica-se que a aplicação da intervenção de terceiro, mais especificamente o chamamento ao processo, pode representar um grande benefício ao autor da ação de alimentos, tornando desde já o art. 1.698 do CC eficaz.

4. Aplicação do chamamento ao processo ao art. 1.698 do Código Civil

Pela sistemática dos alimentos no plano material é possível a aplicação do chamamento ao processo, prescrito pelo inciso III do art. 77 do CPC ao art. 1.698 do CC a fim de que o alimentando apresente maiores chances de efetivação do seu direito material. Não há necessidade de novas leis processuais para que se possa desfrutar dos benefícios trazidos pelo referido artigo.

Embora por iniciativa do réu, serão introduzidas no mesmo processo outras relações de direito material, cada uma entre o alimentando e um co-obrigado (provável alimentante), gerando uma ampliação objetiva da demanda. O chamamento ao processo revela-se, desse modo, como uma forma de otimizar o ingresso dos demais co-obrigados em juízo.

O inciso III do art. 77 do CPC consiste na possibilidade de o devedor demandado chamar ao processo os demais devedores solidários. A solidariedade é um instituto do direito material que favorece o credor, já que este pode exigir de um ou de alguns dos devedores solidários a totalidade da dívida comum, sem que isso importe em renúncia à solidariedade. Os alimentos, contudo, não apresentam essa característica, a dívida alimentar não é, portanto, solidária, motivo pelo qual alguns autores negam a aplicação do chamamento ao processo ao art. 1.698 do CC.

Tem-se a certeza de que, devido à divisibilidade da obrigação alimentar, não pode o réu defender-se com a alegação de que existem outras pessoas obrigadas a fornecer os alimentos. O demandado pode, no entanto, chamar a integrar a lide todas as demais pessoas obrigadas. A responsabilidade de cada acionado será quantificada diante de seus recursos.

Apesar de a obrigação de alimentos não ser solidária, o chamamento ao processo é a figura de intervenção de terceiros que mais se aproxima daquela exigida pelo art. 1.698 do CC.

Nesse intuito, faz-se necessária uma ampliação na interpretação do termo solidariedade, incluindo também os devedores comuns. Assim, o chamamento ao processo poderá ser utilizado nas ações de alimentos. A aplicação desse instituto é benéfica à pessoa mais necessitada no processo, aquela que pleiteia alimentos, cuja importância é essencial à vida. Deve-se sempre ressaltar que o processo deve dar soluções levando em consideração a natureza e a finalidade do instituto de direito material em questão, pois o processo é o meio pelo qual nos utilizamos para realizar o direito substancial.

A ausência de solidariedade é indiferente para o alimentando, tanto que ele poderia ter demandado, desde logo, contra mais de um co-obrigado, formando um litisconsórcio passivo facultativo. Por não tê-lo feito é que a lei civil dispõe-se a ajudá-lo, permitindo que os demais co-obrigados sejam chamados a integrar a lide. Mesmo que por iniciativa do réu, o ingresso de possíveis alimentantes gera uma maior realização do direito material do autor.

A lei brasileira, segundo alguns doutrinadores, como é o caso de Cândido Rangel Dinamarco, fornece enumeração taxativa referente aos casos em que se admite o chamamento ao processo. A doutrina, contudo, vem admitindo uma ampliação desses casos.

Trata-se, por exemplo, da hipótese prevista pelo Código de Defesa do Consumidor. Estabelece o inciso II do art. 101 do CDC (Lei n. 8.078/90) que quando o fornecedor tiver contrato que cubra o dano discutido no litígio pode chamar a seguradora ao processo. Esse seria um típico caso de denunciação da lide e não de chamamento ao processo, já que se trata de um direito de regresso e não de solidariedade entre os devedores.

A lei**,** no entanto, autorizou o chamamento com o propósito de ampliar a área de garantia para o consumidor. Este não poderia executar diretamente a seguradora, se esta permanecesse sujeita à denunciação da lide. Apenas o fornecedor, após a conclusão da demanda, é que poderia executar a seguradora, nos mesmos autos, se houvesse a denunciação da lide ou, em caso contrário, numa ação autônoma.

O fato é que o legislador possibilitou ao consumidor que, ocorrendo o chamamento ao processo e sendo a ação julgada procedente, poderia ele executar a sentença tanto contra o fornecedor como contra a seguradora. Ao permitir a utilização do instituto do chamamento ao processo nas ações de responsabilidade civil do fornecedor de produtos ou serviços, a efetividade do processo foi ampliada**.** Esse também foi o objetivo do legislador ao permitir que, diante da impossibilidade de o primeiro obrigado a prestar alimentos sozinho, ele possa chamar ao processo os demais devedores comuns, distribuindo, assim, a dívida alimentar. Desse modo, o direito fundamental do autor da ação de alimentos fica protegido, tendo maiores chances de realização.

Pode-se afirmar, desse modo, que a redação dada ao art. 1.698 do CC ocorreu com base no princípio da razoabilidade, pois foi levado em conta o interesse do alimentando, assim como a realidade social do nosso País, onde são poucos aqueles que desfrutam de uma situação econômica confortável.

Assim, mais pela sistemática dos alimentos no campo do direito material do que pelo emprego do verbo “chamar”, a figura

processual de intervenção de terceiro que melhor se coaduna com os termos do art. 1.698 do CC, mesmo não se tratando de solidariedade no plano do direito material, é o chamamento ao processo.

Rogério Ribas, juiz de direito substituto da comarca de Curitiba, em um artigo sobre as questões ligadas aos alimentos, discorreu acerca das palavras proferidas por Yussef Said Cahali, em uma conferência em Termas de Jurema, em agosto de 2002, na qual relatou que:

"No direito de família a lei deve ser compreendida em face do bom senso e da eqüidade do juiz, não havendo aquela preocupação comum a outros ramos do direito mais dirigida ao formalismo de regras de cunho processual, prevalecendo o equilíbrio das decisões judiciais em cada caso concreto, visando sempre à harmonia da família ou à pacificação dos conflitos sociais, no seu mais amplo sentido"[8].

É nesse contexto que se deve analisar o art. 1.698 do CC. Deve-se sempre procurar, por meio do direito processual, a realização do direito material. Afinal, o processo é apenas um instrumento para a concretização do direito substancial. O jurista, ao interpretar as leis, deve prezar pela sua eficácia, a fim de que o dispositivo legal não se torne "letra morta".

O art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657/42), cujo objetivo é orientar as demais leis, estabelece que os magistrados, ao proferirem suas sentenças, devem buscar a realização dos fins sociais a que as leis se propõem. Devem ser analisadas as situações do autor, do réu, assim como da própria sociedade. Toda lei é feita com um objetivo; desse modo, os juízes ao aplicarem as leis às situações fáticas não podem fugir desses propósitos, devendo, ao contrário, buscar pela plena realização dos objetivos legais, dos fins sociais a que a lei se destina.

O art. 1.698 do CC, a fim de que possa ser preservada a sua efetividade, deve ser interpretado neste contexto, voltando-se para a aplicação concreta do direito material, buscando realizar o fim social a que se propõe. Assim, ao permitir a utilização da figura

8 Ribas, 2002. Disponível em: http://www.ibdfam.com.br. Acesso em: 5-11-2004.

processual de intervenção de terceiro ao artigo em exame, zela-se pela preservação do direito aos alimentos do autor da ação.

Apesar de o Código Civil não estabelecer qual a figura processual que deve ser aplicada, é possível o posicionamento no sentido de adotar o chamamento ao processo como o melhor instituto da intervenção de terceiros a ser utilizado.

Mesmo que a obrigação não seja solidária, ou seja, não tendo a maior característica da solidariedade, que é a legitimidade de exigir a totalidade da dívida a um só dos devedores, o chamamento ao processo é a figura de intervenção de terceiros que mais se aproxima daquela exigida pelo art. 1.698 do CC. Basta uma ampliação na interpretação do termo "solidariedade", empregado no inciso III do art. 77 do CPC, para inclusão também dos devedores comuns. Assim, o chamamento ao processo poderá ser utilizado nas ações de alimentos.

Ressalta-se sempre para o fato de que a aplicação desse instituto seria benéfica à pessoa mais necessitada no processo, aquela que pleiteia alimentos. Desse modo, preserva-se o princípio da instrumentalidade do processo, buscando soluções que levam em consideração a natureza e a finalidade do instituto de direito material em questão.

Com a utilização do chamamento ao processo ao art. 1.698 do CC, Cássio Scarpinella Bueno apresenta outra vantagem. Segundo ele, com essa figura processual de intervenção de terceiro, pode-se dar força executiva à sentença que julga a ação de alimentos. Assim, caso um dos co-obrigados pague a dívida além de sua quota, terá ele um título executivo contra os demais. Todavia, apesar da possibilidade de o juiz ratear entre todos os chamados a soma arbitrada, conforme se verifica no art. 1.698 do CC, deve-se ressaltar que, segundo a maioria dos autores, caso algum dos obrigados suporte o encargo integralmente, não poderá este exigir restituição dos outros. Tal afirmação é feita pelo fato de a obrigação alimentar ser divisível e não solidária.

Entretanto, apesar de a solidariedade ser condição para o chamamento ao processo, a aplicação dessa espécie de intervenção de terceiro é possível diante, principalmente, do caráter instrumental do processo.

Não se pretende, com isso, abolir a condição de solidariedade presente no inciso III do art. 77 do CPC, apenas flexibilizar sua interpretação diante da inovação trazida pelo direito material referente aos alimentos, conforme se verifica no art. 1.698 do CC.

Dentre as espécies de intervenção de terceiros dispostas pelo Código, o chamamento ao processo é a figura processual que melhor se enquadra na aplicação do art. 1.698 do CC. Essa afirmação pode ser justificada com a disposição dos motivos pelos quais as demais intervenções não poderiam ser utilizadas.

A assistência, apesar de não se encontrar no capítulo "Da Intervenção de Terceiros" no CPC, caracteriza-se como um caso de intervenção voluntária de terceiro. A aplicação dessa intervenção de terceiro ao art. 1.698 do CC, no entanto, é inconcebível.

O Código Civil, ao estabelecer no art. 1.698 a possibilidade de chamamento dos demais co-obrigados a prestar alimentos, colocou a intervenção de terceiro como uma forma de defesa do réu originalmente demandado.

Isto é, aquele parente que deve alimentos em primeiro lugar, não tendo condições de arcar sozinho com a totalidade da obrigação, pode se valer do instituto da intervenção de terceiros para que os alimentos sejam fornecidos integralmente, sem que isso o coloque em posição de necessidade. O parente chamado a integrar a lide, ao qual se refere o art. 1.698 do CC, defenderá direito próprio; não se encontrará na posição de coadjuvante, de auxiliar, ou seja, não é possível a sua qualificação como assistente simples.

Apesar de o assistente litisconsorcial defender direito próprio, também não há enquadrá-lo na figura de intervenção de terceiros exigida pelo art. 1.698 do CC, já que nesse caso o parente será chamado pelo réu, ou seja, pelo parente que originariamente tem a obrigação de prestar alimentos.

No caso da assistência litisconsorcial, o terceiro que ingressa na demanda o faz de modo espontâneo, assumindo verdadeira posição de litisconsorte facultativo. Não se pode aplicar essa figura de intervenção de terceiros ao art. 1.698 do CC porque, ao intervir no processo, o assistente litisconsorcial não provoca julgamento sobre qualquer relação jurídica sua,

diferentemente do que ocorre com o parente chamado (terceiro) a que se refere o art. 1.698 do CC.

A oposição classifica-se como outra figura de intervenção de terceiro voluntária, já que é de livre iniciativa do opoente, uma simples faculdade sua. Tendo em vista que a oposição é uma nova e verdadeira ação contra o autor e o réu da demanda preexistente, não há aplicar a oposição na intervenção de terceiro exigida pelo art. 1.698, CC, uma vez que nessa hipótese o terceiro integrará a demanda ao lado do réu, porém, defendendo direito próprio.

A nomeação à autoria é uma espécie de intervenção de terceiros que consiste num procedimento de correção do pólo passivo. É o incidente pelo qual o mero detentor indica aquele que é o proprietário ou possuidor da coisa litigiosa, transferindo-lhe a posição de réu. Assim, tem-se que o escopo de tal intervenção é afastar da relação processual um réu ilegítimo, fazendo ingressar o réu legitimado para a causa e este não é o objetivo visado pelo art. 1.698 do CC. O terceiro chamado à demanda, no caso do referido artigo, integrará a lide juntamente com o réu originário, não o substituirá.

A denunciação da lide, por sua vez, é um instituto da intervenção de terceiro que pressupõe que o denunciante tenha uma pretensão própria contra o denunciado. No caso do art. 1.698 do CC, o réu, que chama o terceiro para juntar-se a ele na demanda, não apresenta vínculo de direito com o chamado, não tem pretensão própria contra o terceiro. A intervenção se dá uma vez que o réu, não podendo suportar sozinho a obrigação alimentar que lhe é exigida, chama os outros devedores comuns para integrar a lide, dividindo-se a responsabilidade por tal obrigação. Não existe entre eles (parte e terceiro chamado) nenhum direito de regresso. Logo, a denunciação da lide não se enquadra aos propósitos da intervenção exigida pelo art. 1.698 do CC.

Diante de todas essas características, podemos notar que a espécie de intervenção de terceiro que mais se aproxima daquela designada pelo art. 1.698 do CC é, com certeza, o chamamento ao processo. Mesmo que o art. 77 do CPC não preveja expressamente a aplicação desse instituto às obrigações divisíveis, a instrumentalidade processual permite este desapego ao formalismo.

Deve-se interpretar a norma considerando o momento atual, o caso concreto, e principalmente os fins (sociais, políticos e jurídicos) a que ela se destina.

Antes da vigência do Código Civil de 2002, a jurisprudência não permitia a utilização do chamamento ao processo na ação de alimentos, uma vez que a natureza desta não se coaduna com a da obrigação solidária. Agora, porém, com a inserção dessa possibilidade pelo art. 1.698 do CC, os magistrados estão se defrontando com uma nova situação. Esse dispositivo forneceu aos juízes o suporte legal necessário para permitir que o chamamento ao processo seja aplicado.

Apesar de o art. 77 do CPC não contemplar o chamamento ao processo dos devedores comuns, essa figura processual pode ser aplicada ao art. 1.698 do CC devido à análise da instrumentalidade que o processo deve ter. A lei adjetiva civil criou uma nova modalidade de intervenção de terceiro, modalidade que trará benefícios ao alimentando. A solidariedade contemplada na ação de alimentos não é a mesma do direito material, já que esta apresenta como principal característica a legitimidade de exigir a totalidade da dívida de um só dos devedores. A solidariedade da ação de alimentos se encontra no princípio da solidariedade familiar, cada um contribuirá com uma parte, segundo suas possibilidades.

A utilização do chamamento ao processo nesse caso respeitará o princípio da economia processual, o caráter instrumental do processo, o princípio da razoabilidade e realizará concretamente o direito material.

Alguns autores pregam a instituição de novas leis disciplinando essa nova relação trazida pelo art. 1.698 do CC. Todavia, a mudança, ou melhor, a ampliação da interpretação do art. 77 do CPC, que cuida dos casos de chamamento ao processo, já é suficiente. Sua aplicação não trará prejuízos nem para o autor, nem para o primeiro demandado, uma vez que esse só poderá chamar outro devedor caso não tenha condições econômico-financeiras para arcar sozinho com a obrigação que lhe é imposta. Caso esse incidente seja usado pelo réu originário com o intuito de prolongar o processo, protelando, desse modo, a decisão judicial, o magistrado pode sancionar o litigante de má-fé nos termos do art. 17, VI, do CPC.

Dentre todas essas vantagens obtidas pela utilização do chamamento ao processo, Cássio Scarpinella Bueno cita mais uma. Na hipótese de a ação de alimentos ser dirigida originariamente a quem não deva, ou seja, a quem não se encontre primeiramente naquela ordem estabelecida pelo Código Civil, é possível chamar ao processo o "devedor principal". Esse chamamento se daria com base no inciso I do art. 77 do CPC, dando-se ao termo "fiador", referido no artigo, a mesma ampliação que se tem dado ao termo "solidariedade" do inciso III.

A aplicação do chamamento ao processo ao art. 1.698 do CC é, portanto, viável e benéfica. A razão fundamental do chamamento dos demais parentes ao processo, para comporem a ação de alimentos, encontra-se na possibilidade que terá o alimentando de ver satisfeito, de maneira mais célere e completa, o seu direito material.

5. Considerações finais

O presente artigo teve como principal objetivo a análise da possibilidade jurídica de aplicação do chamamento ao processo ao art. 1.698 do CC, sendo esta a espécie de intervenção de terceiro que melhor se enquadra nas características do referido artigo.

Buscou-se demonstrar uma nova proposta de interpretação do art. 77, III, do CPC, defendendo a análise do art. 1.698 do CC sob a luz de uma nova figura de chamamento ao processo.

Apesar de a obrigação alimentícia não ser solidária, concluiu-se que é possível vislumbrar uma ampliação do termo "solidariedade", empregado no inciso III do art. 77 do CPC, tendo em vista a plena realização do direito material visado pelo art. 1.698 do CC, já que o direito aos alimentos é um direito fundamental.

O emprego do chamamento ao processo na hipótese do art. 1.698 do CC otimiza a realização do direito substancial em questão. Assim, não há necessidade de mudanças, seja na lei civil ou na lei processual.

"Basta uma pequena flexibilização na letra da lei processual e entender que a 'solidariedade' do art. 77, III, do CPC pode ser

entendida também como aqueles casos em que, posto não exista, propriamente, solidariedade, os efeitos de uma condenação diante de vários co-obrigados sejam favoráveis ao autor da ação"[9].

Acerca da apreciação do tema, a conclusão a que se pretendia chegar com o presente trabalho é a da possibilidade de inclusão no instituto do chamamento ao processo o chamamento de devedores comuns e não apenas devedores solidários.

O art. 1.698 do CC inovou dispondo acerca da possibilidade de, sendo várias pessoas obrigadas, e intentada a ação contra uma delas, as demais poderão ser chamadas a integrar a lide, distribuindo-se a dívida entre todas na proporção de seus recursos.

A principal idéia foi ressaltar que o processo é instrumento para a realização do direito material. O direito processual civil deve ser interpretado e aplicado a partir e para o direito substancial. Nesse intuito, é possível a visualização da aplicação do chamamento ao processo como figura interventiva no art. 1.698 do CC, o que gera uma otimização da eficácia processual.

6. Referências bibliográficas

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito de família*. Campinas: Red Livros, 2001.

BRASIL. *Constituição federal, código civil e código de processo civil*. Organizador: Yussef Said Cahali. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRAGA, André de Sá. Pensão Alimentícia, *Online*. Capturado em 5-11-2004, Disponível na Internet em: *http://www.direitoejustica.com.br*.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Chamamento ao processo e o devedor de alimentos*: Uma proposta de interpretação para o art. 1.698 do Novo Código Civil. *In* Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil. São Paulo: Editora RT, 2004. p. 81-96.

CAHALI, Francisco José. *Dos alimentos*. *In* DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) Direito de família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 181-192.

9 Scarpinella Bueno, 2004, p.91.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 10. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

CHAVES, Sérgio Fernando de Vasconcellos. *Obrigação alimentar entre tios*, *sobrinhos e primos, Online*. Capturado em 5-11-2004. Disponível na Internet em: http://www.ibdfam.com.br.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed., Campinas: Bookseller, vol. II, 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Obrigação alimentar alcança tios, sobrinhos e primos, Online*. Capturado em 4-11-2004. Disponível na Internet em: http://www.ibdfam.com.br

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, vol. I, 2002.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, vol. II, 2002.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed., São Paulo: Saraiva, vol. 5, 2002.

FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade do processo civil*. Campinas: Bookseller, 2002.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *O direito dos parentes aos alimentos*, *Online*. Capturado em 5-11-2004. Disponível na Internet em: http://www.ibdfam.com.br.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. 1. ed., Campinas: Bookseller, 2003. Tomo II.

GONÇALVES, Willliam Couto. *Intervenção de terceiros*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17. ed., São Paulo: Editora Saraiva, vol. 1, 2003.

MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*. Campinas: Bookseller, vol. III, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 21. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1983.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 35. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*: atualizado até 15-3-2002. 6. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 3. ed., Curitiba: Juruá Editora, 1999.

RIBAS, Rogério. *Direito de Família – Alimentos*: Questões ligadas à atuação do juiz, *Online*. Capturado em 5-11-2004. Disponível na Internet em: http://www.ibdfam.com.br

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil. 27. ed., São Paulo: Saraiva, vol. 6, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. I, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 2. ed., São Paulo: Atlas, vol. 6, 2002.

VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

FUNDAMENTOS PARA A MANUTENÇÃO DA ORDEM: A POSSIBILIDADE DE EXPULSÃO DE MORADOR SOCIOPATA DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Fabrício Wloch[1]

Sumário: Introdução; 1. Aspectos legais do direito de propriedade; 2. Condomínio edilício e direito de vizinhança; 3. Solução infraconstitucional; 4. Solução constitucional: função social da propriedade e dignidade da pessoa humana; 5. Direitos fundamentais aplicam-se às relações privadas; 6. Possibilidades de ação concreta; Conclusão.

Resumo

Trata-se de artigo científico investigando a possibilidade de expulsão de morador sociopata de condomínio edilício. A convenção do condomínio e o seu regimento interno não podem interferir na propriedade, devendo reger apenas as relações sociais nas

1 *Mestrando do Curso de Pós-Graduação* stricto sensu *em Ciência Jurídica – Programa de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Univali.* E-mail*: fw9450@tj.sc.gov.br.*

partes comuns do prédio. O Código Civil Brasileiro prevê unicamente cominação de multa, bem como possibilidade de pedido de indenização. A Constituição da República Federativa do Brasil, por sua vez, condiciona o exercício do direito de propriedade a sua função social. Defende-se que a função social da propriedade, *in casu* urbana, não é só a obediência ao plano diretor da cidade, mas inclui a observância por parte do dono da não promoção de prejuízo a outros bens, ou seja, boa qualidade de vida e justiça social. Utilizar a propriedade nocivamente implica ofensa à dignidade da pessoa humana. Tal fundamento da República Federativa do Brasil deve prevalecer quando em confronto com o direito de propriedade, ensejando a privação da propriedade de morador que não colabora para a boa convivência num condomínio edilício.

Palavras-chave

Propriedade – Condomínio – Morador anti-social – Função social – Dignidade da pessoa humana.

Introdução

Trata o presente artigo de analisar a possibilidade de limitação da propriedade de morador anti-social de apartamento que traga perturbação ao condomínio edilício, ante o direito fundamental de propriedade, ao fundamento da República Federativa do Brasil da dignidade da pessoa humana e ao princípio constitucional da função social da propriedade.

Em caso de proprietário de apartamento que cause embaraço à tranqüilidade e à boa convivência coletiva no condomínio de apartamentos, surge a altercação a respeito da possibilidade de sua expulsão ou limitação de seu acesso ao edifício em prol do interesse coletivo.

A importância do presente tema está em encontrar uma solução jurídica para os condomínios que têm moradores sociopatas, que tumultuam e molestam a harmonia das relações interpessoais daquela comunidade pacífica, e se vêem “de mãos atadas”, a não ser a reparação civil ou cominação de multa.

Parte-se da hipótese de que, mesmo que a propriedade seja um direito fundamental, a má conduta do seu titular em um condo-

mínio edilício, tendente a alterar a paz da coletividade, espanca o fundamento maior da própria República Federativa do Brasil, o da dignidade da pessoa humana, e não faz cumprir a sua função social.

No que se refere ao procedimento metodológico adotado, este trabalho concentrou-se na área de Direito e Estado, no ramo de Direito Civil e Constitucional, versando o tema por meio de pesquisa bibliográfica, documental com legislação pertinente, utilizando-se o método dedutivo[2].

1. Aspectos legais do direito de propriedade

Com a tomada do poder pela burguesia, na Revolução Francesa em 1789, a propriedade passa a ocupar espaço entre os direitos fundamentais, juntamente com a vida e a liberdade, conforme deixou expressa a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

No Brasil, atualmente, o direito de propriedade vem previsto no art. 5º, XXII, da Constituição da República Federativa do Brasil:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII — é garantido o direito de propriedade".

A propriedade, no Brasil, é um direito fundamental, este entendido, nas palavras de Paulo Márcio Cruz[3], como "os direitos e liberdades constitucionalmente protegidos, por meio de instrumentos estabelecidos pela própria Constituição". Ou, segundo José Afonso da Silva[4], direitos fundamentais referem-se "a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia po-

2 PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica*: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 8. ed., Florianópolis: OAB/SC, 2003, p. 104.

3 CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 133.

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, p. 178.

lítica de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas".

Na legislação infraconstitucional brasileira, a propriedade tem regulação importante no Código Civil (CC – Lei Ordinária Federal n. 10.406, de 10-1-2002). O art. 1.225, I, do CC classifica a propriedade como direito real e o art.1.228 do mesmo diploma legal estabelece: "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

2. Condomínio edilício e direito de vizinhança

É sabido que, na época atual, é comum a vida de uma família inteira se desenrolar num edifício, um condomínio edilício. Seja pela comodidade, seja pelo preço do imóvel, pais de família preferem estabelecer sua prole em unidades habitacionais, chamadas apartamentos, no centro das cidades, próximo de escolas, *shopping centers*, universidades, enfim, lugares que facilitam o deslocamento e movimentam a vida social.

Condomínio, na linguagem do Direito Civil, segundo De Plácido e Silva[5], "significa o direito simultâneo tido por várias pessoas sobre o mesmo objeto, incidindo tal direito não em uma parte determinada, mas num quinhão ideal, atribuído segundo a força do direito próprio de cada pessoa".

Especificamente sobre o condomínio em edifício de apartamentos, Maria Helena Diniz[6] ensina que "é uma mistura de propriedade individual e condomínio, caracterizando-se juridicamente pela justaposição de propriedades distintas e exclusivas ao lado do condomínio de partes do edifício forçosamente comuns, como o solo em que está construído o prédio, suas fundações, pilastras, área de lazer, vestíbulos, pórticos, escadas, elevadores, corredo-

5 SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 23. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 337.

6 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. vol.1. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 748.

res, pátios, jardim, porão, aquecimento central, morada do zelador etc. Cada proprietário de fração autônoma (apartamento, sala de utilização profissional, garagem) pode usar livremente das partes comuns, atendendo à sua destinação e não prejudicando da comunhão".

O Código Civil Brasileiro prescreve no art. 1.531 que "pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos".

As partes de propriedade exclusiva são os chamados apartamentos, unidades habitacionais ou imobiliárias. Vilson Rodrigues Alves[7] diz que esse tipo de comunhão de edificação chama-se comunhão *pro diviso*, e sob a ótica do uso subdivide-se em (a) comunhão de uso de parte, referindo-se aos apartamentos, e (b) comunhão de uso *pro parte*, referindo-se às partes de propriedade comum dos condôminos.

No tocante às relações entre os moradores de um edifício, segundo Vilson Rodrigues Alves[8], "em se tratando de uso de parte, há incidência de regras jurídicas relativas às relações de vizinhança; e com a aplicação delas é que se compõem os conflitos havidos. No que se refere ao uso *pro parte*, todos os conflitos existentes se solucionam com as regras jurídicas do condomínio, porquanto nesta hipótese são eles, antes de vizinhos, condôminos".

Então, as normas jurídicas – entendidas à luz de Robert Alexy[9] – a serem aplicadas em conflitos decorrentes dos apartamentos são as atinentes à vizinhança. E nos conflitos oriundos das partes comuns do edifício valem as normas internas do condomínio.

Ressalta-se, todavia, os dizeres do art. 1.228, §§ 1º e 2º, do Código Civil Brasileiro:

"§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo

7 ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso nocivo da propriedade*. São Paulo: RT, 1992, p. 281.

8 ALVES, Vilson Rodrigues. Ob. cit., p. 293-294.

9 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002.

que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

"§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem".

Posto isso, pergunta-se: em caso de problemas com morador sociopata – entendido como aquele anti-social, que faz barulho arrastando móveis, anda com trajes íntimos pelos corredores do edifício, estaciona seu veículo trancando outros, faz uso de substância entorpecente no edifício, mesmo após ter sido repreendido pelos moradores – qual a solução para essa coletividade que tem o único objetivo de viver bem, com sossego e tranqüilidade? É possível promover a expulsão do morador do edifício?

3. Solução infraconstitucional

No caso do problema acima levantado, percebe-se que envolve questão de ordem tanto relacionada com os apartamentos, como também com as partes comuns. Se o morador faz uso de cânhamo dentro de seu apartamento ouvindo som alto, perturba a coletividade mesmo utilizando sua unidade habitacional exclusiva. Se perambula vestindo trajes íntimos pelos corredores ou tranca os veículos de outros moradores, faz uso da parte comum. De qualquer forma usa irregularmente a propriedade, seja da parte exclusiva ou da comum, tirando a tranqüilidade dos demais moradores.

Vilson Rodrigues Alves[10] lembra que "os vizinhos, na comunhão *pro diviso* em edifício de apartamentos, não são livres, como se dá entre os vizinhos de dois edifícios ou de edifícios sem serviços e despesas comuns, e sim ligados. [...] Há entre eles contigüidade, tendo-se em conta os lados, o acima e o abaixo enquanto a proximidade quanto aos não-contíguos se mostra mais estreita do que a relativa aos vizinhos não-comunheiros.

10 ALVES, Vilson Rodrigues. Ob. cit., p. 282.

"Assim, na comunhão *pro diviso* em espécie, cada usuário pode exercer o poder contido no direito de domínio, núcleo positivo e, coextensivamente, impedir o atingimento à própria incolumidade físico-psíquica, núcleo negativo, dentro das 'normas de boa vizinhança' [...]".

E ressalta lapidarmente sobre o uso maléfico da propriedade: "O mau uso da propriedade no condomínio em edifício exterioriza-se no que prejudica a saúde, o sossego e a segurança pessoal dos comunheiros, no que viola a segurança material do prédio, no que prejudica a arquitetura e o estilo do edifício e no que afronta a unidade senhorial, estética e de destino do prédio de apartamento"[11].

Atente-se que não está a se falar aqui de meros incômodos que todos que se sujeitam a dividir propriedade devem tolerar. Trata-se de perturbação repetida e constante de morador que não faz a menor questão de se adequar à vida coletiva necessária num edifício. O que é nocivo, no uso da propriedade em comunhão, diga-se em um condomínio edilício, é o que o é no uso da propriedade fora da comunhão, com as definições pertinentes, quais sejam, um nível de tolerabilidade maior, mas não ilimitado.

Por isso mesmo, é o caso de uso nocivo da propriedade, pela perturbação do sossego, arrastar calçados e móveis, buzinar para chamar outro morador. A falta de higiene e limpeza no apartamento pode configurar uso nocivo da propriedade à saúde dos vizinhos. A atividade imoral consistente em exibições indecentes, em atentados ao pudor e à moralidade sexual, assim como a prática de jogos proibidos legalmente[12].

Para tentar resolver o problema, prescreve o art. 1.334 do CC: "Além das cláusulas referidas no art. 1.332 e das que os interessados houverem por bem estipular, a convenção determinará: [...] IV — as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores; V — o regimento interno".

11 ALVES, Vilson Rodrigues. Ob. cit., p. 285.
12 ALVES, Vilson Rodrigues. Ob. cit., p. 287-293.

A convenção de condomínio e o regimento interno, chamado também de regulamento, obviamente não poderão ultrapassar disposições legais, ou seja, não poderão dizer além do que a lei diz. Assim, geralmente, no tocante a penalidades impostas pela prática de conduta desrespeitosa ou perturbadora, a convenção e o regimento cingem-se a prever advertências verbal e escrita, e no máximo cominação de multa, sujeita à aprovação por assembléia para posterior execução.

O Código Civil prevê também:

"Art. 1.337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quíntuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem.

"Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia".

O art.10 da Lei Ordinária Federal n. 4.591, de 16-12-1964, aplicável no que não contrariar o Código Civil, também prevê apenas multa para o transgressor.

Já buscando a previsão do legislador quanto ao direito de vizinhança e o uso anormal da propriedade, dispõe o Código Civil:

"Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

"Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

"Art. 1.278. O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal".

Então, em caso de morador sociopata de edifício, que faz uso nocivo, prejudicial e anormal de sua propriedade em detrimento da coletividade, o que resta aos outros moradores, que têm suas vidas e de suas respectivas famílias insuportavelmente perturbadas, é a feitura de reclamação ao síndico e o ajuizamento de ações de dano infecto ou indenizatória, ou seja, tudo termina em perdas e danos.

Noutro vértice, nota-se que, mesmo que o morador anti-social insista na prática de sua conduta, a Constituição da República Federativa do Brasil considera que sua propriedade, no caso deste trabalho, evidentemente, é a urbana, está cumprindo função social, pois dispõe o art. 182, § 4º, da CF: "A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor". E o Plano Diretor evidentemente não falará nada sobre conduta do proprietário. Ainda que o morador esteja, em tese, agindo *contra legem*, como por exemplo, a contravenção do art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941, art. 102, I, da Lei Ordinária Municipal n. 2.734, de 29 de junho de 1992, de Itajaí etc.

Trata-se de desfecho e solução injusta para com os cidadãos de bem, que se vêem obrigados a, em último caso, mudar de domicílio, porquanto ninguém suporta conviver com pessoa inconveniente na mesma propriedade, tendo que ajuizar ação judicial a cada novo comportamento nocivo dela e aguardar o julgamento de outras, que irremediavelmente terminarão, no máximo, em fixação de valor pecuniário. Isso interfere na educação dos filhos, no estudo, na própria tranqüilidade, sossego e desenvolvimento material e intelectual da pessoa.

O legislador optou pelo tradicional controle mediante a imposição de multas pecuniárias. Sobre isso, afirma Antonio Biase Ruggiero[13]:

13 RUGGIERO, Antonio Biasi. *Questões imobiliárias*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 90.

"O suplício imposto aos moradores pelo mau uso, sobretudo quando convivem com vizinhos nocivos, escandalosos, imorais, barulhentos, desrespeitosos e loucos, vai continuar, se esse mau vizinho for rico. Em todos os países que cultivam o respeito ao ser humano, sobrepujando-o ao da santíssima propriedade, o morador de conduta nociva é desalojado, seja ele proprietário ou não. O projeto foi sensível ao problema, mas adotou solução elitista: o condômino, ou possuidor, que, por causa do seu reiterado comportamento anti-social, tornar insuportável a moradia dos demais possuidores ou a convivência com eles poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo de suas contribuições. Então, aquela 'insuportável convivência', ditada pelo reiterado comportamento anti-social, passará a ser suportável, com o pagamento do décuplo das contribuições condominiais. Assim, a suportabilidade ou insuportabilidade será uma questão de preço. A multa tornará suportável o que era insuportável".

Não há uma solução prática e imediata para o problema, mas mera previsão legal para compensação pecuniária do cidadão que tem seu sossego e tranqüilidade perturbados, o que é insatisfatório.

4. Solução constitucional: função social da propriedade e dignidade da pessoa humana

O direito de propriedade, nos dias atuais, não é um direito fundamental absoluto, mas deve ser visto sob o enfoque da sua concepção social.

Paulo Afonso da Silva[14] assinala que "seriam direitos fundamentais absolutos aqueles cujo conteúdo e incidência decorressem inteiramente das normas constitucionais que os estatuem, enquanto relativos seriam aqueles cujo conteúdo e incidência somente se preencheriam conforme precisão de lei".

Assim, no mesmo art. 5º, XXIII, da CF existe a previsão:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros

14 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 182.

residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXIII — a propriedade atenderá a sua função social".

Tal disposição estabeleceu, no mesmo patamar, ambas as concepções, ou seja, o direito de propriedade e a obrigatoriedade desta cumprir a sua função social uma vez que as contemplou no mesmo dispositivo legal.

Assim sendo, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pode-se concluir que a ordem constitucional brasileira admite a propriedade privada, de bens e direitos, ao lado da propriedade pública, condicionando, no entanto, a primeira ao atendimento da sua função social.

Em outras palavras, todas as garantias, prerrogativas e privilégios que o direito brasileiro outorga à propriedade, até mesmo às relativas às proteções possessórias, estão restritas à propriedade que cumprir a sua função social.

Sobre a propriedade, Rogério Gesta Leal[15] afirma que, "conforme esta concepção, ela é uma situação jurídica puramente objetiva; o ordenamento não protege o direito subjetivo de usar a coisa segundo a vontade, mas garante, tão-somente, a liberdade do possuidor da mesma satisfazer a função social que lhe compete pelo fato de ser o detentor da riqueza".

O autor ressalta que, "a função social, aqui, visa justamente a fazer com que ela seja utilizada de maneira a cumprir o fim a que se destina, ao menos dogmaticamente, não gerando contraposição entre os interesses individuais e coletivos"[16].

Nessa senda, o art. 182, § 2º, da CF, dispõe que "A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor".

15 LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil. Aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul, RS: Edunisc, 1998, p. 50-51.

16 LEAL, Rogério Gesta. Ob. cit., p. 51.

O Estatuto da Cidade (Lei Ordinária Federal n. 10.257, de10-7-2001) que regulamenta os arts.182 e 183 da CF, diz que o Plano Diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas. O Plano Diretor deverá englobar o território do município como um todo e a lei que o institui deve ser revista pelo menos a cada dez anos.

Rogério Gesta Leal[17] entende que "sua diretriz e objetivo são o combate às causas da pobreza e aos fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos, o que desde já evidencia o reconhecimento das desigualdades na apropriação e no uso da terra urbana".

Ipso facto, a política de desenvolvimento urbano com o objetivo de ordenar o desenvolvimento da cidade com vistas a cumprir a função social da propriedade e garantir o bem-estar dos habitantes, por meio do Plano Diretor, que é o seu instrumento básico, é de competência do município.

A título de exemplificação, seguindo tais normas e na esteira do art. 112 da Constituição Estadual de Santa Catarina, no município de Itajaí, a Lei Orgânica arrola exaustivamente no art. 114 sobre o que disporá o Plano Diretor.

Nesse ponto, importantíssimo notar que o Plano Diretor é apenas o instrumento básico para politicamente ordenar o desenvolvimento urbano da cidade, visando ao cumprimento da função social da propriedade, não excluindo, portanto, outras maneiras de atingir tal desiderato, mormente no que tange à justiça social e qualidade de vida.

E quando o Estatuto da Cidade, no art. 40, como dito acima, traçou as diretrizes para a elaboração do Plano Diretor, nas palavras de Aluísio Pires de Oliveira[18], "o Estatuto foi além de repetir

17 LEAL, Rogério Gesta. Ob. cit., p. 134.

18 OLIVEIRA, Aluísio Pires de. CARVALHO, Paulo César Pires. *Estatuto da Cidade* – anotação à Lei n. 10.257, de 10-7-2001. Curitiba: Juruá, 2002, p. 79.

puramente a Constituição, conceituando ele próprio a função social da propriedade como qualidade de vida, justiça social e desenvolvimento das atividades econômicas".

E o que vem a ser a justiça social? O que é qualidade de vida? É fazer uma coletividade, moradora de um edifício, aturar morador que não age conforme os padrões de boa convivência orientam?

Na esteira do professado por Moacyr Motta da Silva, é sabido que o Direito pode ser visto sob vários enfoques, entre os quais o dogmático, o antropológico, o teológico, o sociológico, o filosófico. Dentro desse último enfoque, o filosófico, é possível buscar alguns conceitos da tão falada Justiça, mas pouco entendida.

Busca-se essa fundamentação na senda do que Hegel escreveu: "A filosofia do Direito deve se dedicar em teorizar o Direito enquanto idéia e não como fenômeno jurídico, adotando assim um método que toma como rumo a abstração. Isso possibilita conhecer o Direito enquanto forma de saber universal, o que não é propiciado quando se estuda apenas leis escritas ou o sistema codificado"[19].

Aristóteles[20] também asseverou:

"O justo é [...] uma espécie de termo proporcional [...], a proporção é uma igualdade de razões [...]. Assim, o justo é o proporcional, e o injusto é o que viola a proporção. Quanto a esse último, um dos termos se torna grande demais e o outro muito pequeno, como efetivamente acontece na prática, pois o homem que age injustamente fica com uma parte muito grande daquilo que é bom, e o que é injustamente tratado, fica com uma parte muito pequena. [...].

"Por isso a justiça é muitas vezes considerada a maior das virtudes, e 'nem Vésper, nem a estrela-dalva' são tão admiráveis; e proverbialmente, na justiça estão compreendidas todas as virtu-

19 *apud* DA SILVA, Moacyr Motta. Direito, *Justiça, Virtude Moral e Razão*: reflexões. Curitiba: Juruá, 2001. p. 135.

20 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos.* Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 96.

des. E ela é a virtude completa do pleno sentido do termo, por ser o exercício atual da virtude completa. É completa porque aquele que a possui pode exercer sua virtude não só sobre si mesmo, mas também sobre o seu próximo, já que muitos homens são capazes de exercer sua virtude em seus assuntos privados, porém não em suas relações com os outros".

Platão[21] traz que a idéia de que a Justiça deriva seu único valor da idéia de bem. O bem é a substância da justiça, e este será concretizado toda vez que a justiça for aplicada como retribuição:

"Tal a gênese e essência da justiça: ocupa o meio termo entre o bem máximo, que é praticar impunemente a injustiça, e o maior mal, que consiste em não poder vingar-se da injustiça. [...] A justiça é desses bens excelentes, que merecem ser procurados pelas vantagens que lhe são inerentes, assim como pelo que são em si mesmo, como a vista, o ouvido, a razão, a saúde e todos os bens fecundos da natureza, à revelia da opinião dos homens, louva então a justiça pelo que ela tem de proveitoso [...]".

Essa justiça *lato sensu* coloca seu instrumental a serviço do direito individual, direito da pessoa, que carece de um campo livre para o desenvolvimento das suas potencialidades; a justiça social cuida do coletivo, de suas funções e responsabilidades na sociedade, como agente integrador que busca o ideal comum a toda a comunidade.

Há uma comunhão de esforços que suplanta as posições egoístas (ainda que legítimas) e que acredita só ser possível alcançar o pleno desenvolvimento da personalidade humana, na sociedade, mediante a integração de todos aqueles que já identificaram o ideal comum.

A justiça faz parte do agir e se fortalece com o agir. Agir que se expressa concretamente no ambiente da justiça social, em medidas tomadas em favor de determinado coletivo.

É a responsabilidade social que impulsiona os atores na esfera de atuação da justiça social.

21 PLATÃO. *A República*. São Paulo: EDIPRO, 1994, p. 64.

Ad argumentandum tantum, tenha-se presente a síntese proposta recentemente por uma autorizada voz da estrutura eclesial, o Cardeal Kasper[22], da Cúria Romana, que afirmou:

"Por justiça, deve entender-se o reconhecimento da dignidade de cada pessoa, os seus direitos humanos fundamentais, a liberdade de cada um, a ausência de discriminações por motivo da fé, da cultura e do sexo. Por justiça deve entender-se o direito que cada criatura humana tem à vida, à terra, ao alimento, à água, a uma educação que a torne mais plenamente consciente destes seus direitos, e capaz da autodeterminação na sua vida. Este bem pessoal pressupõe o bem comum, a justiça social, sobretudo para os pobres, o equilíbrio social e a estabilidade da ordem social e política".

A busca da efetivação da função social da propriedade é tarefa que incumbe ao Estado, no entanto, não somente a este, devendo a sociedade participar diretamente desse processo. Todavia, o modelo da democracia liberal, com sua representação significativamente formal, não responde mais à complexidade das relações sociais existentes no cotidiano da cidadania.

A propriedade não mais se acha assegurada em toda a sua plenitude, mas em função da justiça social, sendo admitidas limitações estabelecidas em favor do bem-estar da coletividade para manutenção da ordem.

A propósito, dispõe o art. 193 da CF: "A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais".

Destaca-se que a justiça social que se busca fazer com a concretização da função social da propriedade guarda relação direta com o fundamento da própria República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

Anna Carolina Bauer[23] , em recente monografia para conclusão do curso superior para obtenção do título de Bacharel em Di-

22 KASPER, Cardeal. Discurso: "*Paz no Mundo Inteiro e entre Cristãos e entre as Religiões*", *in* Pontifício Conselho para a Promoção da Unidade entre os Cristãos.

23 BAUER, Anna Carolina. *A interrupção da gravidez de feto inviável à luz dos princípios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: um olhar jurisprudencial. 4-11-2005. 105f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Univali campus I, Itajaí, 2005, p. 52.

reito, ressalta que o princípio da dignidade da pessoa humana é tido como fundamento basilar da República Federativa do Brasil e encontra-se instituído já no início da CF, no seu art. 1º, que declara: "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: [...] III – a dignidade da pessoa humana [...]".

A dignidade da pessoa humana "é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida"[24].

Observa-se, portanto, que ao apontar o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Brasil prezou o constituinte pela imediata garantia e valoração do indivíduo, como ser constituído de direitos e obrigações. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos[25] preconiza:

"Embora dignidade tenha um conteúdo moral, parece que a preocupação do legislador constituinte foi mais de ordem material, ou seja, a de proporcionar às pessoas condições para uma vida digna [...]. Esse foi, sem dúvida, um acerto do constituinte, pois coloca a pessoa humana com fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos, como, por exemplo, o econômico".

Em que pese toda a dificuldade em se conceituar e delimitar a expressão "dignidade da pessoa humana", em face de seu caráter subjetivo e dos diversos enfoques que se pode incutir: jurídico, filosófico, social etc., Ingo Wolfgang Sarlet[26] enuncia que é mais fácil dizer o que não condiz com a dignidade humana, do que dizer o que efetivamente condiz com tal princípio. Entende-se, de acordo com Flademir Jerônimo Belinati Martins[27], que a CF utilizou-se

24 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 105.

25 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p.158.

26 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 39-40.

27 MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana*: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003, p. 117.

mais do conceito filosófico para designá-la. Em conformidade com a posição de José Afonso da Silva[28], que declara:

"Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento".

Nesse diapasão, Ingo Wolfgang Sarlet[29] também chega a essa conclusão, resvalando-se da história do pensamento ocidental acerca da conceituação e dimensão da polissêmica "dignidade da pessoa humana", e denota que, dentre os filósofos que melhor contribuíram para tanto, Immanuel Kant destacou-se por considerar a autonomia da vontade, bem como a racionalidade, fundamentos da dignidade humana. Segundo o autor:

"Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. Com base nesta premissa, Kant sustenta que 'o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe com um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade [...]. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmo, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como

28 SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, abr./jul., 1998, p. 90.

29 SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 32.

simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio [...]"".

Assim, percebe-se que a concepção kantiana de dignidade humana é analisada sob o prisma do livre arbítrio (autonomia, liberdade) *versus* a própria condição humana, qual seja, aquela galgada pela racionalidade. Além disso, conforme Ingo Wolfgang Sarlet[30], Kant inferiu valoração ao significado de dignidade humana, colocando-a acima de qualquer outro valor ou coisa:

"[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade [...]. Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço [...]".

Observa-se, portanto, segundo Ingo Wolfgang Sarlet[31], que a acepção kantiana de dignidade humana foi efetivamente incorporada ao texto constitucional brasileiro e a todos os demais do mundo, prevalecendo, assim, na doutrina atual, apesar da crítica que se fez por alguns pensadores como Marx, Merleau-Ponty e Skinner quanto ao excessivo cunho antropocentrista da idéia de Kant, para quem só o ser humano possui uma valoração absoluta em todo o universo.

Nesse sentido, a corrente marxista, principalmente, acreditava que a liberdade e a autonomia da vontade nada mais são do que ideais utópicos da sociedade burguesa, e que não há falar em direito intrínseco do ser humano, como o dito dignidade da pessoa humana, por exemplo, uma vez que não há direito natural, pois todos os direitos do homem foram conquistados por meio de muita luta[32].

30 SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit.,p. 33-34.
31 SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit.,p. 36-37.
32 BLOCH, Ernst *in* SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, p. 36.

Porém, uma vez recepcionado pela CF o conceito de Kant acerca da dignidade humana, Flademir Jerônimo Belinati Martins[33] aduz que aquela busca não só preservá-la, mas também promovê-la:

"[...] a dignidade efetivamente constitui qualidade inerente de cada pessoa humana que a faz destinatária do respeito e proteção tanto do Estado, quanto das demais pessoas, impedindo que ela seja alvo não só de quaisquer situações desumanas e degradantes, como também lhe garantindo o direito de acesso a condições existenciais mínimas".

Por fim, tem-se a definição de dignidade humana trazida pelo próprio Ingo Wolfgang Sarlet[34], que reforça a tese de que apesar de tratar-se de uma acepção filosófica e não encontrar solução no direito, nada impede que tal princípio seja tutelado pelo direito:

"A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade".

Além disso, destaca-se que o princípio da dignidade da pessoa humana tem por objetivo fixar e embasar todos os demais direitos fundamentais, como bem preceitua José Afonso da Silva[35]:

"Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [...], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradi-

33 MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana*: princípio constitucional fundamental, p. 127.

34 SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 41.

35 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p.106.

cionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana".

E evidentemente que o sossego e a tranqüilidade, que ao fim das contas se consubstanciam no bem-estar social, têm relação direta com a base da existência humana.

Ou seja, tratando-se de uma hierarquia jurídica, tem-se o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana como pressuposto de todos os direitos e garantias fundamentais, quais sejam: direitos e deveres individuais e coletivos (estando o direito à propriedade inserido nessa classificação), direitos sociais (direito à saúde), nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

Corroborando desse mesmo entendimento quanto ao papel unificador de tal princípio e atribuindo ao princípio da dignidade da pessoa humana proeminência valorativa sobre os demais, Flademir Jerônimo Belinati Martins[36] infere seu magistério:

"A dignidade da pessoa humana, enquanto valor fonte do sistema constitucional, condiciona a interpretação e aplicação de todo o texto, conferindo unidade axiológico-normativa aos diversos dispositivos constitucionais, que muitas vezes se encontram sem relação aparente e até mesmo em franca contradição".

Assim, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana cuida da interpretação da norma jurídica, mesmo quando aquele não esteja presente aparentemente no caso concreto. Reforçando essa idéia Flademir Jerônimo Belinati Martins[37] esclarece que:

"Dessa forma, ainda que o caso concreto seja posto em termos em que não se exija a imediata incidência do princípio da dignidade da pessoa humana, não se deve olvidar que, na qualidade de operador deôntico especial, a dignidade da pessoa humana

36 MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*, p. 62.

37 MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. Ob. cit., p. 109.

sempre deverá conformar, orientar e limitar criticamente a opção realizada. Em outros termos, embora o princípio da dignidade da pessoa humana não seja em si mesmo absoluto, no sentido de sempre ser aplicado na solução do caso concreto, temos que ele alberga um valor absoluto".

Percebe-se que, no caso concreto analisado, admitindo-se a permanência do morador sociopata no edifício, estar-se-ia homenageando um direito fundamental, o de propriedade, e desprestigiando um outro direito fundamental e princípio constitucional, o de que a propriedade atenderá à função social. Além do mais, espancar-se-ia um dos fundamentos da própria República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, que irradia seus efeitos a todos os outros direitos fundamentais.

Carlos Alberto Bittar Filho[38] ensina que "verificando-se, outrossim, as espécies de limitações compatíveis, temos que salientar que só podem encontrar fulcro na própria Constituição diante das disposições do preâmbulo e do contexto da Carta de 1988 (como, aliás, nos sistemas anteriores, em face da cristalização do princípio da propriedade privada na Constituição)".

Ipso facto, a permanência de morador anti-social num condomínio edilício prejudica o bem-estar, a qualidade de vida das pessoas que também residem no prédio e afronta um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, de maneira que a privação de sua propriedade, seja com a expulsão, seja com proibição de seu uso, gozo e disposição, é medida que se impõe, pois não cumpre com a função social de propriedade. E tal providência não implica em violação do direito de propriedade do sujeito.

A Constituição não pode conter normas despidas de eficácia.

O interesse de uma coletividade que age dentro da lei e defende seu bem-estar e qualidade de vida deve prevalecer sobre o interesse daquele que age em desacordo com os bons costumes

38 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed., São Paulo: RT, 2003, p.156.

e tira a tranqüilidade e sossego de cidadãos de bem. O direito de propriedade que não está cumprindo sua função social deve ceder quando em confronto com a dignidade da pessoa humana.

5. Direitos fundamentais aplicam-se às relações privadas

E não se diga que o estatuto das liberdades públicas (Direitos Fundamentais) se restringe à esfera das relações verticais entre o Estado e o indivíduo, pois também incide sobre o domínio em que se processam as relações de caráter meramente privado, ou seja, nas relações horizontais.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, hodiernamente, no Recurso Extraordinário n. 201.819, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, decisão datada de 11-10-2005, assentou que os direitos fundamentais projetam-se numa perspectiva de ordem vertical e horizontal, isto é, tanto nas relações do cidadão com o Estado, como nas relações privadas, de indivíduo com indivíduo.

A Ministra Ellen Gracie[39] registrou que:

"Um entendimento segundo o qual os direitos fundamentais atuam de forma unilateral na relação entre o cidadão e o Estado acaba por legitimar a idéia de que haveria para o cidadão sempre um espaço livre de qualquer ingerência estatal. A adoção dessa orientação suscitaria problemas de difícil solução tanto no plano teórico, como no plano prático. O próprio campo do Direito Civil está prenhe de conflitos de interesses com repercussão no âmbito dos direitos fundamentais. O benefício concedido a um cidadão configura, não raras vezes, a imposição de restrição a outrem [...].

"Sob o império da Lei Fundamental de Bonn engajou-se Hans Carl Nipperdey em favor da aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, o que acabou por provocar um claro posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho em favor dessa orientação (*unmittelbare Drittwirkung*).

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Civil.* Recurso Extraordinário n. 201819, voto da Ministra Ellen Gracie, julgamento em 11-10-2005, disponível em <http://www.stf.gov.br>.

"O Tribunal do Trabalho assim justificou o seu entendimento:

'Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública"'.

Na mesma esteira, Ingo Wolfgang Sarlet[40] afirma que o debate doutrinário em torno do reconhecimento, ou não, de uma eficácia direta dos direitos e garantias fundamentais, com projeção imediata sobre as relações jurídicas entre particulares, assume um nítido caráter político-ideológico, assim caracterizado como "uma opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa".

Wilson Steinmetz[41] põe em destaque a significativa importância de estender-se, ao plano das relações de direito privado estabelecidas entre particulares, a cláusula de proteção das liberdades e garantias constitucionais, cuja incidência não se resume, apenas, ao âmbito das relações verticais entre os indivíduos, de um lado, e o Estado, de outro:

"No marco normativo da CF, direitos fundamentais — exceto aqueles cujos sujeitos destinatários (sujeitos passivos ou obrigados) são exclusivamente os poderes públicos — vinculam os particulares. Essa vinculação se impõe com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, no postulado da unidade material do ordenamento jurídico, na dimensão objetiva dos direitos funda-

40 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada*: construindo pontes entre o público e o privado, p. 147.

41 STEINMETZ, Wilson. A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 295.

mentais, no princípio constitucional da dignidade da pessoa (CF, art. 1º, III), no princípio constitucional da solidariedade (CF, art. 3º, I) e no princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º)".

A autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria CF, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Diante disso, os princípios constitucionais devem operar como limites à capacidade de auto-regulação dos grupos, na medida em que se faça necessário assegurar a eficácia de direitos fundamentais dos indivíduos em face do poder privado das associações.

Isso significa, portanto, que a ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu ao proprietário a possibilidade de agir à revelia dos bons costumes e convivência pacífica e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República Federativa do Brasil, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. Mas deve o proprietário pautar-se dentro dos bons costumes e modos da comunidade onde vive, fazendo, assim, correto uso e gozo de sua propriedade. Prejudicando o sossego, a tranqüilidade, enfim, a qualidade de vida das pessoas com quem tem a obrigação de conviver, acaba fazendo a propriedade descumprir a sua função social, além de espancar um dos fundamentos da própria CF, a dignidade da pessoa humana. Assim, a privação da propriedade desse indivíduo é medida que se impõe em prol da manutenção da ordem, da melhoria da qualidade de vida e, a partir de uma macrovisão, da justiça social.

6. Possibilidades de ação concreta

A maneira de se concretizar, de acionar o Estado-Juiz para que tome providência necessária para privar ou restringir a propriedade do morador sociopata deve ser tema de outro estudo mais detalhado. Até porque envolve os vários institutos jurídicos de organização dos espaços urbanos previstos tanto no Código Civil brasileiro como no Estatuto da Cidade, como, por exemplo, desapropriação, servidão administrativa, limitações administrativas, instituição de zonas especiais de interesse social, parcelamento, edificação ou utilização compulsórios etc.

Todavia pode-se traçar algumas hipóteses.

Uma das possibilidades é mover ação judicial contra o município solicitando ao Estado-Juiz que obrigue o ente público a desapropriar o imóvel, em razão do seu mau uso, em detrimento do interesse social e subutilizado, na forma do § 3º do art.1.228 do Código Civil: "O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente". E o § 4º do art. 182 da Constituição da República Federativa do Brasil: "É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no Plano Diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento [...]".

Modus in rebus, conforme recente informativo do *site* Consultor Jurídico[42], a justiça dos EUA tem admitido desapropriação com fins comerciais, o que muito se aproxima do caso aqui estudado.

A Suprema Corte norte-americana decidiu que os estados podem desapropriar terrenos em prol do desenvolvimento econômico. Os juízes entenderam que a transferência de propriedades para projetos do setor privado que criam empregos e movimen-

42 CONSULTOR JURÍDICO. *Regras soberanas:* direitos fundamentais aplicam-se às relações privadas. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/35738,1>. Acesso em 27-10-2005.

tam o comércio é ação semelhante à construção de parques ou de uma nova avenida.

O Juiz John Paul Stevens entendeu que "a promoção do desenvolvimento econômico é uma função governamental tradicional e de longa aceitação", objetivo que, segundo ele, é mais bem atingido por meio da promoção de empreendimentos privados que pela propriedade estatal. Stevens foi acompanhado por Anthony Kennedy, David Souter, Ruth Bader Ginsburg e Stephen Breyer.

No caso concreto, a Suprema Corte decidiu sobre uma ação em que proprietários de casas no condomínio Fort Trumbul, em Connecticut, pleiteavam o direito de continuar em suas propriedades.

A polêmica girava em torno do conceito de uso público. De acordo com o artigo 5º da Constituição norte-americana o governo é proibido de desapropriar propriedades privadas "para uso público sem justa compensação". Segundo os donos de propriedades no condomínio, a desapropriação em questão não tem o objetivo de "uso público". Historicamente, a Corte tem entendido pela irrestrita competência estadual para decidir o que constitui uso público ou não.

Outra possibilidade é requerer provimento judicial no sentido de limitar as faculdades do proprietário, ou seja, impedindo o morador de, por exemplo, usar ou gozar de sua propriedade. Sua única possibilidade seria alienar ou locar. Tal solução resolveria o problema do restante dos moradores do condomínio – que poderiam voltar a ter uma vida tranqüila e uma convivência saudável – e ao mesmo tempo manteria a disposição da propriedade com o morador perturbador.

Conclusão

O morador proprietário de unidade habitacional em condomínio edilício, a princípio, tem as faculdades de usar, gozar e dispor de seu imóvel. Direito assegurado constitucionalmente, como liberdade pública, e infraconstitucionalmente. Ou seja, em regra, nem o Estado, nem ninguém, pode interferir na sua propriedade.

Todavia, no exercício do direito de propriedade, o sujeito deve ter em mente também o direito de vizinhança que nada mais é do que uma limitação da liberdade pública.

A propriedade está vinculada diretamente ao atendimento da sua função social. Muito se tem discutido a respeito do que vem a ser a função social da propriedade, pelo que se entende, neste trabalho e conforme dispositivos legais citados, como sendo, não só o cumprimento das diretrizes e previsões do Plano Diretor municipal, como também, e principalmente, a implementação de qualidade de vida das pessoas e promoção de justiça social. Nessas duas últimas expressões se incluem o bem viver, a correta educação dos filhos, a boa convivência entre as pessoas, a preservação de bons costumes, enfim, a busca da excelência moral.

Assim, o morador de condomínio edilício que faz uso nocivo de sua propriedade, como barulho arrastando móveis, anda com trajes íntimos pelos corredores do edifício, estaciona seu veículo trancando outros, faz uso de substância entorpecente no edifício, mesmo após ter sido repreendido pelos moradores etc. é considerado como sociopata, anti-social.

A convenção do condomínio, o seu regimento interno, a legislação infraconstitucional e a própria Constituição da República Federativa do Brasil prevêem unicamente a cominação de multa em desfavor do morador anti-social, o que é insuficiente para resolução prática do problema.

Por outro lado, essa falta de bom senso e civilidade do morador sociopata constitui afronta à dignidade da pessoa humana, diga-se da dignidade das outras pessoas que moram no edifício. A dignidade da pessoa humana não é apenas princípio constitucional, mas é fundamento da própria República Federativa do Brasil.

Além disso, a propriedade deve cumprir uma função social. A função social implica em obediência ao Plano Diretor, qualidade de vida dos cidadãos e justiça social. Tal comportamento anti-social diminui a qualidade de vida dos outros moradores e não realiza justiça social, entendida como medidas tomadas em favor do coletivo, de maneira a afrontar mais uma vez um princípio constitucional.

Na colisão entre o direito de propriedade do morador antisocial e a dignidade das outras pessoas que moram no mesmo edifício, deve prevalecer a dignidade da pessoa humana, pois se trata de fundamento da República Federativa do Brasil e tem relação direta com os direitos de personalidade, além de ser referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional. A afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana constitui em verdadeiro descumprimento da função social da propriedade, o que justifica a privação da propriedade do morador sociopata.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que os direitos fundamentais não se aplicam somente nas relações verticais, ou seja, nas relações entre estado e cidadão, mas também nas relações horizontais, isto é, entre cidadãos.

O instrumento a ser utilizado para concretizar a privação da propriedade do morador deve ser tema de outro estudo, limitando-se este a, abstratamente, investigar as possibilidades dentro do ordenamento jurídico brasileiro. No campo das conjecturas, pode-se aventar a possibilidade de acionar judicialmente o município solicitando ao Estado-Juiz que obrigue o ente público a desapropriar o imóvel, em razão do seu mau uso, em detrimento do interesse social, portanto, subutilizado. Outra é requerer provimento judicial no sentido de limitar as faculdades do proprietário, ou seja, impedindo o morador de, por exemplo, usar ou gozar de sua propriedade. Suas alternativas seriam alienar ou alugar.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso nocivo da propriedade*. São Paulo: RT, 1992, 641 p.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 499 p.

BAUER, Anna Carolina. *A interrupção da gravidez de feto inviável à luz dos princípios da constituição da república federativa do Brasil de 1988: um olhar jurisprudencial.* 4-11-2005. 105f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Univali campus I, Itajaí, 2005.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed., São Paulo: RT, 2003, p. 229.

BRASIL. *Código Civil*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei Ordinária Federal n. 4.591, de 16-12-1964. Brasília, DF: Senado, 1964.

CONSULTOR JURÍDICO. *Regras soberanas. Direitos fundamentais aplicam-se às relações privadas.* Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/35738,1>. Acesso em 27-10-2005.

CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos do Direito Constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, 273 p.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1998. 980 p.

KASPER, Cardeal. Discurso: "Paz no Mundo Inteiro e entre Cristãos e entre as Religiões", *in Pontifício Conselho para a Promoção da Unidade entre os Cristãos.*

LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil. Aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul, RS: Edunisc, 1998. 174 p.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana:* princípio constitucional fundamental.Curitiba: Juruá, 2003. 141 p.

OLIVEIRA, Aluísio Pires de. CARVALHO, Paulo César Pires. *Estatuto da Cidade – anotação à Lei n. 10.257, de 10-7-2001*. Curitiba: Juruá, 2002. 237 p.

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

PLATÃO. *A República*. São Paulo: EDIPRO, 1994.

RUGGIERO, Antonio Biasi. *Questões imobiliárias*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 157 p.

_____. *A Constituição Concretizada: Construindo pontes entre o público e o privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SILVA, De Plácido e. *Dicionário jurídico*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 1500 p.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, abr./jul., 1998, p. 90.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 878 p.

SILVA, Moacyr Motta da. *Direito, Justiça, Virtude Moral e Razão: reflexões*. Curitiba: Juruá, 2001.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2004. 327 p.

OS CRIMES HEDIONDOS E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA À LUZ DE UMA NOVA PROPOSTA DE ATUAÇÃO

Fernando da Silva Comin[1]

1. Apresentação; 2. Evolução histórica: um paralelo entre a lei e sua aplicação pelos tribunais superiores; 3. O HC n. 82.959 e a nova realidade jurisprudencial – alcance da declaração de inconstitucionalidade; 4. Controle difuso "abstrativizado" da constitucionalidade e suas implicações na aplicação do direito; 5. Uma nova proposta de atuação: a aplicação do interstício diferenciado como reflexo da individualização da pena – influxos da nova orientação na existência do art. 112 da LEP; 6. Projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional; 7. Considerações finais; 8. Referências bibliográficas.

1. Apresentação

Atingida por recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que afastou o óbice da progressão de regime aos crimes hediondos e a estes equiparados, significativa parcela da população carcerária nacional vem sendo beneficiada pelo instituto da progressão prisional, alçando estágios mais brandos para o cumprimento da pena.

1 *Promotor de Justiça em Santa Catarina, com atuação na Coordenadoria de Recursos.*

Se, por um lado, ainda são desconhecidos os reflexos sociopolíticos de tal migração em escala, parece haver consenso quanto à necessidade de imposição de um tratamento diferenciado, também na fase da execução da pena, em relação aos crimes hediondos ou a estes equiparados, contemplando-se de modo particular situações ontologicamente desiguais.

Dentro dessa lógica e a partir da constatação de que referido entendimento vem sendo igualmente sufragado sob a égide da nova composição naquela Corte Constitucional, no próprio Superior Tribunal de Justiça e nos tribunais estaduais, tem o presente trabalho a pretensão de, na ausência de apropriada alteração legislativa, apontar diferentes alternativas ao enfrentamento da questão, por meio de outros argumentos capazes de viabilizar uma nova perspectiva de tal realidade pelos tribunais.

2. Evolução histórica: um paralelo entre a lei e sua aplicação pelos tribunais superiores

A Lei n. 8.072, sancionada em 25 de julho de 1990 e publicada no DOU do dia seguinte, promoveu uma série de inovações no tratamento penal dos crimes que listou, atribuindo-lhes a marca da hediondez.

O novo regramento, como sói acontecer em nosso País, sob o impacto dos meios de comunicação de massa, foi produto do sentimento de insegurança e fragilidade que abalou a sociedade brasileira a partir de inúmeros episódios envolvendo pessoas proeminentes da sociedade brasileira[2], por isso recrudescendo o tratamento jurídico aos crimes hediondos e assemelhados, mediante não só o aumento de algumas das penas a estes cominadas como, também, impedindo alguns benefícios concedidos aos crimes comuns em geral: a anistia, a graça e o indulto, a fiança e a liberdade provisória, promovendo, além disso, o aumento do prazo da prisão temporária e a obrigação do cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

2 Caso Martinez, caso Salles, caso Diniz, caso Medina, por exemplo.

Desde então, malgrados alguns precedentes isolados, os tribunais sempre admitiram a constitucionalidade da vedação, permitindo irrestritamente a aplicabilidade da norma, com isso negando os benefícios do instituto geral da progressão de regime aos crimes hediondos e equiparados.

Mereceu especial atenção, naquele momento, a decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que, igualmente na missão do controle difuso da constitucionalidade, nos autos do HC n. 69.657-1/SP, julgado em 18 de dezembro de 1992 e publicado no DJU de 18 de junho de 1993, por nove votos a dois (vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence), reconheceu a constitucionalidade e completa validade da restrição imposta pelo parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, quando afirmou:

"[...] o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma".

A partir daquele momento algumas minoritárias resistências foram suplantadas, passando a vigorar, agora com o aval da Suprema Corte, ainda mais intensamente, o óbice representado pela Lei n. 8.072/90 na execução penal.

Assim, pacificou-se durante alguns anos esse entendimento até que, no dia 8 de abril de 1997, foi publicada a Lei n. 9.455/97 que, ao definir os crimes de tortura (equiparado a hediondo pela Lei n. 8.072/90), estabeleceu regime menos rigoroso na execução da pena para este crime, admitindo a progressão prisional ("Art. 1º [...] § 7º. O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado").

Daí por diante começou a tomar corpo em alguns tribunais, especialmente no Superior Tribunal de Justiça[3], o entendimento de que a Lei n. 9.455/97, por se tratar de diploma legal de igual

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 140.617/GO, Sexta Turma, rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 15-12-1997, p. 66.580.

categoria à Lei n. 8.072/90, ao disciplinar de modo diferente a mesma matéria, admitindo a progressão de regime até então vedada por esta última, derrogara a Lei dos Crimes Hediondos na parte em que com esta incompatível, afetando a disciplina unitária determinada pela Carta Política, permitindo a progressão de regime não só ao crime de tortura como também aos demais hediondos ou equiparados.

Apesar desse entendimento, as divergências foram novamente fulminadas quando, em sessão plenária ocorrida no dia 24 de setembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal, na linha de inúmeros precedentes daquela Corte, aprovou a Súmula 698, segundo a qual: "Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura".

Destarte, uma vez mais sufocada a tentativa de restituir o instituto geral da progressão de regime também aos crimes hediondos, firmou-se novamente perante os tribunais superiores o entendimento quanto à compatibilidade da norma impeditiva com a Constituição Federal.

Todavia, a hegemonia jurisprudencial até então dominante foi rompida com o recente julgamento do HC n. 82.959-7/SP, impetrado pelo próprio detento, condenado a 12 anos e 3 meses de reclusão por atentado violento ao pudor, quando o Tribunal Pleno da Corte Suprema, sob nova composição, ao reanalisar a matéria, em sessão ocorrida no dia 23 de fevereiro de 2006, por seis votos a cinco (vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim) declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, com isso permitindo a progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados.

3. O HC n. 82.959 e a nova realidade jurisprudencial – o alcance da declaração de inconstitucionalidade

Não há dúvidas de que o julgamento do HC n. 82.959-7/SP, a despeito de resolver caso determinado, representa um divisor de águas no pensamento jurídico nacional, e inúmeras razões explicam o fenômeno.

Primeiramente, por imposição lógica, porque, no modelo processual constitucional brasileiro, ao Supremo Tribunal Federal incumbe a guarda da Constituição Federal, mediante o exercício da jurisdição constitucional em qualquer de suas vias, sendo que o respeito à autoridade de suas decisões decorre da própria índole do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Além disso, a decisão proferida nos autos do HC n. 82.959-7/SP foi fruto da discussão abstrata travada no âmbito do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, já sob a égide da nova composição, quando apenas quatro dos ministros que haviam votado no julgamento do HC n. 69.657-1/SP (em 1992, quando o mesmo órgão julgador havia reconhecido a constitucionalidade) participaram da última votação.

O resultado apertado da votação (6x5 a favor da progressão), devido à aposentadoria do Ministro Carlos Velloso e com a saída do Ministro Nelson Jobim, tende a aumentar em favor da tese referendada no Pleno, sobretudo levando-se em conta que já há precedentes da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, recém-ingressado na Corte Suprema, adotando a orientação do órgão plenário[4].

Outrossim, o próprio Superior Tribunal de Justiça[5] e demais tribunais já começaram a difundir o entendimento adotado pela Corte Constitucional, em um movimento aparentemente irreversível de aceitação da tese, o que dificulta até mesmo a admissibilidade nos tribunais *a quo* de possíveis recursos aos tribunais superiores, devido a seus pressupostos especiais[6].

Não obstante isso, o alcance da decisão é claro, limitou-se apenas à declaração da inconstitucionalidade da vedação contida

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 86.948/MG, publicado no DJU de 6-4-06, p. 50.

5 Cf., por exemplo: HC n. 35.654/RO, DJU 20-3-06, p. 357; HC n. 46.391/SP, DJU 10-4-06, p. 244; REsp n. 798.955/SP, DJU 3-4-06, p. 410; RHC n. 18.394/PI, DJU 3-4-06, p. 417.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 83 STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90 quanto à impossibilidade de progressão no cumprimento da pena, permanecendo inalterada, contudo, a disposição legal no que diz respeito ao regime inicial do cumprimento; vale dizer, na determinação do regime inaugural de cumprimento da pena, o juiz deverá continuar estabelecendo obrigatoriamente o fechado, independentemente do tempo da condenação.

É que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo aludido, por unanimidade, explicitou que:

"[...] a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o *afastamento do óbice* representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão"[7] – sem grifo no original.

Portanto, se a decisão da Suprema Corte, de acordo com a unanimidade dos julgadores, "envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional", é evidente que o regime inicial do cumprimento da pena para os crimes hediondos ou equiparados continua sendo o fechado, com a nota diferenciadora do "inicialmente" em vez de "integralmente".

Nessa linha de tradução, até mesmo, revelaram-se, exemplificativamente, os votos dos Ministros Gilmar Mendes[8], Carlos Ayres Britto[9] e Marco Aurélio[10].

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal: http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=82959&CLASSE=HC&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M – com acesso em 4-5-06.

8 "Demonstrada a inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime em crime hediondo, passo a adotar as razões esposadas na RCL n. 2.391, pois, também agora entendo que o Tribunal, ante a sua reiterada jurisprudência anteriormente firmada, haverá de fixar a eficácia restrita dos efeitos da presente declaração".

9 "No ponto questionado, portanto, tenho por bem decidir pela superação do óbice instituído pelo § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, por se tratar de cláusula com flagrante vício de inconstitucionalidade".

10 "Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado".

Cumpre assinalar, ainda, que, ao reconhecer a possibilidade de progressão, o Supremo Tribunal, na linha do voto do Ministro Gilmar Mendes, adotou para o caso a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados, mesmo no controle incidental, ou seja, ao reduzirem os rigores da aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional, admitiram os Ministros que "os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão" não sejam afetados pela declaração de inconstitucionalidade. Em outras palavras, atribuíram os eméritos julgadores eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, devido às possíveis repercussões do veredicto na seara civil, processual e penal, de molde que alcance apenas as condenações "que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão", pois a declaração não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas naquela data.

Alguns poderiam questionar, todavia, se a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo foi exercida no controle difuso ou aberto, cujos efeitos "somente têm aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração"[11], qual teria sido então a mensagem da ressalva de que "a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências com relação *às penas* já extintas" naquela data? Se a declaração se verificou no controle difuso, em processo determinado, com partes determinadas (lide de índole subjetiva), não deveria projetar-se a restrição particularmente em face da pena aplicada naquele caso concreto?

E mais, com fundamento nesses mesmos argumentos (a declaração de inconstitucionalidade foi exercida no controle difuso para um caso determinado), não pareceria desarrazoada toda a fundamentação e preocupação da Suprema Corte com relação aos reflexos cíveis, processuais e penais nos demais processos[12]?

11 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo : Atlas, 2006. 19. edição, p. 651.

12 "No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente" – voto do Ministro Gilmar Mendes.

A resposta mais instantânea poderia levar à errônea conclusão.

É que embora o julgamento não alcance os demais processos em tramitação, devido à via de exceção em que reconhecida a inconstitucionalidade, é inegável a influência e a repercussão da decisão plenária em todos os casos semelhantes e a todos os órgãos do Poder Judiciário, que, apesar de não vinculados por súmula do STF[13], terão suas decisões ajustadas ao entendimento quando confrontadas naquela Corte Suprema.

No entanto, há quem entenda que a declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 82.959-7/SP, por analisar a causa à luz da interpretação de lei "em tese", preocupando-se com os efeitos e a repercussão da decisão em relação aos demais casos, efetivamente encampou a teoria da "abstrativização" da constitucionalidade no controle difuso, permitindo a conclusão de que o julgado teria efeitos *erga omnes*, ainda que proferido na via de exceção ou defesa, o que será analisado a seguir.

4. Controle difuso "abstrativizado" da constitucionalidade e suas implicações na aplicação do direito

Além da motivação anteriormente assinalada com relação ao efeito e ao alcance da decisão, há também um fator importante a ser considerado na aferição de sua repercussão nas demais condenações.

Trata-se da "abstrativização" da constitucionalidade no controle difuso, decorrente da objetivação da jurisdição constitucional.

Com efeito, tem-se intensificado nos últimos tempos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal determinada ênfase à transformação da jurisdição constitucional difusa, sobretudo a concretizada por recurso extraordinário e concebida primordialmente para o exercício do controle concreto da constitucionalidade para

13 Apesar da decisão plenária, ainda não foi editada, com fundamento no art. 103-A da CF, súmula vinculante sobre a matéria.

o fim de contemplar igualmente uma argumentação abstrata e "em tese" determinadas matérias constitucionais, semelhantemente ao que ocorre, por exemplo, nas argüições de inconstitucionalidade perante os Tribunais em geral.

Firmada na premissa de que o Supremo Tribunal Federal não é instância revisora das decisões dos tribunais, a Alta Corte vem admitindo em alguns julgados a transformação do recurso extraordinário em instrumento de controle difuso e abstrato da constitucionalidade das leis, o que vem sendo denominado por alguns autores como a "objetivação" do recurso extraordinário[14].

Nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie, no julgamento do AI n. 375.011, assinalou que "o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões", lembrando a discussão travada pelo Tribunal Pleno da Corte nos autos da Medida Cautelar no RE n. 376.852/SC, cujo voto do Ministro Gilmar Mendes, ao reportar-se ao recurso extraordinário como meio de provocação da jurisdição constitucional, sublinhou que este "instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a fundação de defesa da ordem constitucional objetiva".

Com isso, aquela Corte vem firmando os primeiros passos na remodelação da jurisdição constitucional, acenando na flexibilização do sistema recursal concreto, no controle difuso da constitucionalidade, para admitir igualmente nessa via o controle abstrato da constitucionalidade das leis.

Exemplo dessa aplicação é lembrado por Luiz Flávio Gomes[15], ao recordar a decisão proferida pelo Pretório Excelso nos autos do RE n. 197.917/SP, quando estabelecidos critérios para a fixação do número de vereadores no País, o que, posteriormente,

14 DIDIER JR., Fredie. *Transformações do recurso extraordinário*. Disponível em: www.lfg.com.br, acesso em dezembro/05.

15 Nesse sentido: "STF admite a progressão de regime nos crimes hediondos", disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181 , acesso em maio/06.

por resolução do Tribunal Superior Eleitoral (Resolução n. 21.702/04), acabou ganhando efeito *erga omnes*, posto que as duas ações diretas de inconstitucionalidade, ajuizadas em face deste ato normativo, foram rejeitadas.

Justamente por isso, alguns autores têm defendido a idéia de que a decisão do Supremo Tribunal, ao reunir todos os requisitos da nota "abstrativizadora" ou generalizadora – a) decisão do Tribunal Pleno, órgão competente para o julgamento na via concentrada; b) discussão abstrata da matéria (progressão de regime em crimes hediondos); c) abstenção dos ingredientes ou características personalíssimas do caso concreto; d) delimitação dos efeitos para os casos futuros – teria efeito *erga omnes* e vinculante, especialmente em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Todavia, a conclusão mais acertada, à luz das características do controle difuso da constitucionalidade, de acordo com o modelo constitucional hoje vigente, é a diversa.

Isso porque, a despeito desse movimento de transformação do controle difuso, em verdade, o Supremo Tribunal Federal ainda não enfrentou a matéria explicitamente, permanecendo íntegra a aplicabilidade da norma do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, que exige o pronunciamento suspensivo do Senado, mediante resolução da Casa Legislativa.

Outro entendimento corroboraria a inutilidade do preceito, porquanto tivesse a declaração incidental do STF efeito vinculante e *erga omnes*, sendo despicienda a atividade do Poder Legislativo, o qual não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal, conforme reconhecido tanto no Supremo[16], quanto no Senado[17].

Portanto, ainda que o julgamento circunscreva-se à validade da norma, ou seja, atente ao aspecto material ou substancial do

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 460-9/RJ, rel. Ministro Celso de Mello, DJU 16-6-94, p. 15.509.

17 Conforme pareceres da Revista de Informação Legislativa n. 48/265, ano 12, 1975.

texto, apreciando sua compatibilidade com a Lei Maior, nem por isso o recurso extraordinário ou outros meios de defesa da Constituição deixam de ser instrumentos de controle da ordem constitucional objetiva, pelo só fato de seus efeitos serem restritos às partes.

Por isso, tem-se que a declaração incidental da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público ordinariamente vincula apenas as respectivas Turmas do próprio Supremo Tribunal Federal, na forma de seu regimento interno[18], não havendo falar em reclamação ou mesmo responsabilidade civil do Estado na aplicação, por alguns juízes, de posicionamento diverso do Supremo, ao menos até que editada a necessária resolução senatorial.

Nesse sentido o Ministro Carlos Britto decidiu recentemente nos autos da Reclamação n. 4263/MT, em julgamento realizado no dia 6-4-06 e publicado no DJU de 19-4-06, p. 24, quando reconheceu a ilegitimidade de um determinado reclamante para buscar, por meio daquele instrumento, a garantia da autoridade da decisão proferida nos autos do HC n. 82.959-7/SP (que admitiu abstratamente a progressão de regime para outro condenado), haja vista que daquela relação processual não participou o reclamante.

Para melhor ilustrar, vale a pena transcrever parte do julgado:

"Assim sumariado o caso, passo a decidir. Ao fazê-lo, observo que não se juntou instrumento de mandato, falha que, se fosse única, poderia ser objeto de sanação. Noves fora essa questão formal, entendo ser a reclamatória manifestamente incabível. Isto porque a reclamação constitucional prevista na alínea *l* do inciso I do artigo 102 da Carta-cidadã se revela como uma importante ferramenta processual para o fim de preservar a competência desta colenda Corte e garantir a autoridade das suas decisões. *Nesta última hipótese, contudo, sabe-se que as reclamatórias podem ser manejadas ante o descumprimento de decisórios proferidos, com efeito vinculante, nas ações destinadas ao controle abstrato de*

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RISTF, artigos 176 e 177.

constitucionalidade, tanto quanto em processos de índole subjetiva (desde que, neste último caso, o eventual reclamante deles haja participado). 4. Com os olhos postos no caso concreto, observo que a decisão tomada no processo apontado pelo reclamante não possui efeito vinculante e eficácia erga omnes*, razão pela qual o pronunciamento jurisdicional exarado nesse feito apenas tem a finalidade de atar as partes neles envolvidas*. Se é assim – vale repisar –, se o reclamante não figurou em nenhum dos pólos da relação processual instaurada no seio do precitado processo, é de se inferir que falta ao acionante legitimidade ativa *ad causam*. 5. Por tudo isso, frente ao § 1º do artigo 21 do RI/STF, nego seguimento à reclamação, restando prejudicado o exame da medida cautelar. Publique-se. Brasília, 6 de abril de 2006. Ministro Carlos Ayres Britto, relator" – sem grifo no original.

Ao assim decidir, Sua Excelência acabou reconhecendo que a decisão do Supremo Tribunal, ainda que fruto de discussão abstrata travada no âmbito do Tribunal Pleno, de acordo com o atual modelo da jurisdição constitucional, não tem o condão de vincular a atividade dos demais órgãos jurisdicionais do País em relação aos demais casos, pelo menos não direta e automaticamente, não obstante a autoridade do precedente.

5. Uma nova proposta de atuação: a aplicação do interstício diferenciado como reflexo da individualização da pena – influxos da nova orientação na existência do art. 112 da LEP

Atentando-se a essa perspectiva não vinculante, porém indiscutivelmente determinante, traçada pelo Supremo Tribunal, urge a ordenação de uma nova leitura na concepção vetusta que tem inspirado a progressão no regime de cumprimento da pena com base no artigo 112 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84).

E essa nova ordenação deve inspirar-se na própria garantia da individualização da pena.

Isso porque, admitida a possibilidade de progressão no regime do cumprimento da pena pelos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tem-se que a garantia da individualização da pena não se exaure no momento da cominação sancionatória

ou da própria dosimetria da pena, devendo servir como parâmetro também na fase subseqüente de sua execução.

Convém explicitar: um regime sancionatório como a privação da liberdade, originariamente concebido tanto como instrumento retributivo do mal praticado quanto regenerador da personalidade transviada, inspirado, portanto, não só na gravidade do ilícito, como também nas características e na pessoa do transgressor, necessariamente há de perseguir uma lógica personalíssima não só na cominação (cominam-se penas mais pesadas para crimes de maior repulsa social) e na aplicação (aplicam-se maiores reprimendas para condenados com maior culpabilidade) das penas, como também ao longo de toda a execução da medida. Somente assim estar-se-ia cumprindo o mandamento jusfilosófico de "dar a cada um o que é seu", contemplando-se particularmente pessoas e fatos à luz de suas características singulares.

A ressocialização do agente e a ideal retribuição somente serão alcançadas quando obedecida essa lógica individualista, balizadas pela personalidade do agente, sua culpabilidade, seus antecedentes, sua conduta social, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, a conduta da vítima no contexto do crime e, especialmente, o comportamento e demais reflexões subjetivas do condenado ao longo do cumprimento da pena.

Todavia, há também um ingrediente objetivo nessa fórmula que deve atender à natureza do crime perpetrado, ao viés ontológico do ilícito.

Nesse particular, é inegável tenha o constituinte originário conferido aos crimes hediondos e a estes equiparados tratamento jurídico diferenciado, colocando-os em plano diverso das demais infrações penais, subtraindo-lhes uma série de benefícios que aos demais crimes não são vedados[19].

Por outro lado, também não há dúvida de que a natureza do crime igualmente deva ser observada como diretriz orientadora da execução da pena, como sugere o próprio artigo 5º, inciso XLVIII, da Constituição Federal.

19 BRASIL. CF, art. 5º, inciso XLIII.

A mensagem diferenciadora do constituinte, portanto, não pode ser invalidada na execução da pena, pois, como bem ressaltou o Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento do HC n. 82.959-7/SP, também se deve ter por inconstitucional "a aplicação da regra geral de 1/6 aos condenados pelos delitos hediondos", inconstitucionalidade que, de acordo com seu entendimento, "não implica em retirar do mundo jurídico o diploma viciado".

De fato, não há a necessidade de retirar do mundo jurídico o disposto no artigo 112 da Lei n. 7.210/84, desde que sua interpretação venha a ser inspirada na individualização da pena e na natureza da infração penal.

É que o artigo 112 da LEP, a despeito da cominação geral e abstrata da fração de 1/6 da pena, assim o fez mediante o estabelecimento de um *interstício mínimo* a ser observado pelo juiz da execução, que não obriga a aplicação linear pelo magistrado.

De acordo com o artigo 112 da LEP, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003:

"Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido *ao menos* um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão" – sem grifo no original.

Infere-se daí que a progressão no regime prisional, sob a ótica objetiva, está vinculada ao cumprimento de "ao menos" 1/6 (um sexto) da pena, vale dizer, o condenado deverá ter cumprido, no momento da postulação, pelo menos 1/6 (um sexto) da pena no regime mais grave. Logo, a expressão "ao menos" indica a idéia de um interstício mínimo a ser observado e não condiciona, de nenhuma forma, sua aplicação linear pelo juiz da execução.

Interpretação diversa conspira contra a própria individualização da pena e malfere os princípios da proporcionalidade, igualdade e razoabilidade, na medida em que impõe ao aplicador do direito a sujeição de situações ontologicamente desiguais ao mesmo referencial objetivo, em desarmonia à mensagem da Constituição.

Não há, pois, de acordo com o dispositivo legal suscitado, uma limitação temporal inflexível, mas tão-somente um referencial mínimo de 1/6 (um sexto) a ser observado para a progressão de regime, interstício este que, em homenagem à Constituição Federal, deverá ser diferenciado em relação aos crimes hediondos e equiparados.

Essa constatação traz em si a necessidade da definição de um outro critério determinante do referencial mínimo para estes crimes, uma vez que a aplicação do fracionamento mínimo de 1/6 (um sexto) ficaria restrita às infrações penais comuns.

Nesse sentido, reconhecida a constitucionalidade da Lei n. 8.072/90 quanto às demais alterações promovidas no sistema penal (pois a declaração de inconstitucionalidade do STF somente se refere à possibilidade de progressão de regime), parece lógica a manutenção da proporção matemática instituída para a concessão do livramento condicional aos crimes hediondos, ou seja, a observância da mesma proporção objetiva instituída pelo legislador para o livramento, também em relação à progressão de regime.

Com efeito, a Lei n. 8.072/90[20], ao acrescentar o inciso V[21] ao artigo 83 do Código Penal, *majorou em dobro* o prazo para a concessão do livramento condicional para os crimes hediondos e equiparados (de 1/3 para 2/3), sinalizando dessa forma um critério matemático para a determinação do interstício mínimo também na progressão de regime, ou seja, o dobro do anteriormente exigido.

Como o Supremo Tribunal Federal preservou a constitucionalidade das demais disposições da Lei dos Crimes Hediondos e não há, na Lei de Execução Penal, nenhuma disposição específica aos crimes hediondos, parece adequada a utilização da mes-

20 BRASIL. Lei n. 8.072/90: "Art. 5º. Ao art. 83 do Código Penal é acrescido o seguinte inciso".

21 "Art. 83. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado à pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: [...] V – cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apelado não for reincidente específico em crimes dessa natureza".

ma proporção matemática para que o interstício da progressão de regime igualmente seja aplicado em dobro, ou seja, em vez de 1/6, 1/3 da pena, no mínimo.

Qualquer outra interpretação que apregoe a utilização dos mesmos critérios para os crimes hediondos e os demais conflita com o ordenamento constitucional, pois redunda em "tratamento jurídico igual para situações ontologicamente desiguais", nos termos do voto do Ministro Carlos Ayres Britto[22].

Todavia, forçoso é concluir-se que a aplicação do interstício mínimo de 1/3 (um terço), com base nesse entendimento, consubstanciaria o emprego de analogia *in malam partem*, vedada pela ciência penal.

Portanto, até que norma legal específica venha a ser editada para balizar o mínimo legal, tem-se que os condenados por crimes hediondos ou equiparados, ao resgatarem mais de 1/6 (um sexto) da reprimenda em regime fechado, passam a ter o direito de pleitear a progressão para regime menos rigoroso do cumprimento da pena, cujo deferimento, no caso concreto, deverá pautar-se na análise dos demais vetores de ordem subjetiva inerentes à pessoa do reeducando, podendo o juiz da execução, bem por isso, valer-se de qualquer outro limitador, inferior a 2/3 (dois terços), quando se opera para estes crimes o requisito objetivo necessário ao livramento condicional[23].

Vale dizer, apesar de não ser possível, à míngua de regramento legal próprio, a utilização de limitador mínimo para os crimes hediondos, pode o juiz da execução, atento às características subjetivas do condenado e à natureza hedionda do crime, tomar qualquer outra fração superior a 1/6 e inferior a 2/3, pois, se é admissível que mesmo um condenado por crime comum venha a resgatar até 1/3 da pena em regime fechado – bastando para tanto não lograr mérito suficiente à progressão –, de igual sorte é de se

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 82.959-7/SP.

23 Pois ao atingir o cumprimento de 2/3 da pena, admitido o mérito necessário, o reeducando terá direito, preferencialmente, ao livramento condicional em vez da progressão de regime.

cogitar possa um condenado por crime hediondo, a depender de seu comportamento, assim cumpri-la até o limite de 2/3 (dois terços), referencial temporal do livramento condicional.

Nessa linha de raciocínio, afiguram-se corretas algumas decisões que, inspiradas na garantia da individualização da pena, têm aplicado interstícios diferenciados para a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, superior a 1/6 e inferior a 2/3.

Além disso, a decisão do Supremo Tribunal Federal fez ressurgir com maior vigor a necessidade de prévia realização do exame criminológico, providência que, a despeito da nova redação do artigo 112 da LEP, alterada pela Lei n. 10.792/03, subsidiará o levantamento de elementos concretos com relação ao mérito do reeducando como requisito indispensável à concessão da benesse.

Portanto, ainda que a nova redação do artigo 112 da Lei n. 7.210/84 admita a progressão de regime com base em mero atestado de conduta carcerária emitido pelo diretor do estabelecimento penal, subsiste a possibilidade de o juiz da execução, mediante decisão fundamentada, antes de resolver a questão, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinar a realização do exame criminológico, sempre que julgar necessário à aferição dos elementos subjetivos próprios do incidente[24].

Nesse sentido, além de recentes julgados do próprio Supremo Tribunal Federal, proferidos nos autos do HC n. 88.052-5/DF, rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 4-4-06 (DJU 28-4-06)[25] e

24 Conforme assinalou Marcelo Gomes Silva: "Fundamental, pois, é que se avalie não apenas se o apenado praticou ou não faltas disciplinares, mas, sim, suas condições psicológicas para regresso ao convívio social, típico do sistema de progressão adotado pelo Brasil.
"A análise da personalidade do sentenciado, seu grau de periculosidade, entendimento dos fins da reprimenda, probabilidade de voltar a delinqüir e sugestão de formas de medidas necessárias à ressocialização são fundamentais para a colocação do apenado em um regime prisional mais brando" ("Fim do exame criminológico?" *Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*. Jan./abr. 2004 – n. 2 – Florianópolis, p. 185).

25 "Crime hediondo ou delito a este equiparado – Imposição de regime integralmente fechado – Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 – Progres-

do RHC n. 86.951-3/RJ, rela. Ministra Ellen Gracie, julgado em 7-3-06 (DJU 24-3-06)[26], registram-se diversos outros precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça[27].

Em síntese, ao concretizar a individualização da pena em sede de execução penal, não está o juiz adstrito, como pretendem alguns, ao simples atestado de conduta carcerária, recomendando-se, para tanto, a realização prévia do exame criminológico, sempre que entender necessário[28].

6. Projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional

Após o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, alguns projetos de lei foram apresentados no Congresso Nacional, fundamentalmente no intuito de disciplinar um interstício míni-

são de regime – Admissibilidade – Exigência, contudo, de prévio controle dos demais requisitos, objetivos e subjetivos, a ser exercido pelo juízo da execução (LEP, art. 66, III, *b*), excluída, desse modo, em regra, na linha da jurisprudência desta corte (RTJ 119/668, RTJ 125/578, RTJ 158/866, RT 721/550), a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, examinando pressupostos de índole subjetiva na via sumaríssima do *habeas corpus*, determinar o ingresso imediato do sentenciado em regime penal menos gravoso — Reconhecimento, ainda, da possibilidade de o juiz da execução ordenar, mediante decisão fundamentada, a realização de exame criminológico — Importância do mencionado exame na aferição da personalidade e do grau de periculosidade do sentenciado (RT 613/278) — Edição da Lei n. 10.792/2003, que deu nova redação ao art. 112 da LEP — Diploma legislativo que, embora omitindo qualquer referência ao exame criminológico, não lhe veda a realização, sempre que julgada necessária pelo magistrado competente — Conseqüente legitimidade jurídica da adoção, pelo Poder Judiciário, do exame criminológico (RT 832/676, RT 836/535, RT 837/568) — Precedentes — *Habeas corpus* deferido, em parte".

26 "Crime hediondo. Tráfico de entorpecentes. Progressão no regime prisional. Possibilidade em face do precedente do plenário (HC n. 82.959) julgado em 23-2-2006, que reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90. O provimento do recurso, todavia, é parcial, cabendo ao juiz da execução examinar os demais requisitos para a progressão no regime menos rigoroso, procedendo, se entender necessário, o exame criminológico. RHC provido parcialmente".

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 38.719/SP, rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa; HC n. 39.364/PR, rela. Ministra Laurita Vaz; HC n. 40.278/PR, rel. Ministro Felix Fischer, e HC 42.513/PR, rela. Ministra Laurita Vaz.

28 Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: RT, 2006, 2. edição, p. 957.

mo da progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados.

Nesse particular, destacam-se os Projetos de Lei n. 6.714 e 6.842, de autoria dos Deputados Colbert Martins e Betinho Rosado, respectivamente, que estabelecem o interstício mínimo de 1/3, além do Projeto de Lei n. 48/2006, apresentado pelo Senador Demóstenes Torres, já aprovado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que fixa em 1/2 tal requisito objetivo mínimo para condenados primários e 2/3 para os reincidentes.

Além disso, tramita também na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 6.793, de proposição governamental, que aumenta para 1/3 o interstício mínimo para os condenados primários e 1/2 para os reincidentes.

Alterado o interstício mínimo exigido pela LEP para a progressão de regime em relação aos crimes hediondos e equiparados, será dispensável a fundamentação da adoção do critério mínimo superior ao correspondente às condenações por crimes comuns, persistindo, no entanto, a necessidade de assim proceder o juiz da execução toda vez que repute necessária a adoção de proporção superior ao mínimo legal dos crimes hediondos.

7. Considerações finais

Como se disse anteriormente, não há dúvida de que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao afastar o óbice da progressão de regime aos crimes hediondos e a estes equiparados, inaugurou uma nova realidade no cenário político-criminal brasileiro.

Se, por um lado, representa o reconhecimento da fragilidade e ineficiência do sistema de ressocialização da pena no Brasil, admitindo na progressão a última esperança na consecução de sua finalidade, por outro demonstra preocupação com a dignidade da pessoa humana e assenta definitivamente o princípio da individualização da pena como postulado regulador da execução penal.

Apesar disso, uma quantificação igualitária entre os crimes comuns e os denominados hediondos, mediante a aplicação de idênticos critérios objetivos para a progressão de regime, relega a

plano secundário o tratamento diferenciado concebido pela Constituição a tal categoria criminosa e desvia-se da meta da proporcionalidade, desnaturando por completo o especial sistema encetado pela Lei n. 8.072/90, fazendo tábula rasa de seus preceitos.

Nesse contexto é que a aplicação do interstício diferenciador mínimo desponta como alternativa razoável à contenção do esvaziamento da *ratio* da rotulagem da hediondez, equacionando com equilíbrio a individualização da pena e os anseios sociais decorrentes de tais práticas.

Contudo, forçosa é a conclusão de que, até o diploma legal específico ser editado, poderá o juiz da execução adotar qualquer fração que seja superior a 1/6 e inferior a 2/3 para a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados (1/5, 1/4, 1/3 e 1/2, por exemplo), inspirado na natureza da infração penal e, particularmente, nas condições subjetivas da pessoa do condenado, sendo-lhe facultado, sempre que conveniente, lançar mão do exame criminológico para a aferição do mérito do reeducando, instrumento balizador do próprio critério objetivo a ser adotado, caso a caso, em homenagem à garantia da individualização da pena.

8. Referências bibliográficas

BRASIL. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado, n. 48/265, ano 12, 1975.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

_____. Código Penal. 11. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. Código de Processo Penal. 11. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. Lei n. 7.210/84.

_____. Lei n. 8.072/90.

_____. Lei n. 9.455/97.

_____. www.stf.gov.br, www.stj.gov.br e www.tj.sc.gov.br .

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra, 1992,

DIDIER JR., Fredie. *Transformações do recurso extraordinário*. Disponível em: www.lfg.com.br, acesso em dezembro/05.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal* – parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999.

FILHO, Antônio Carlos Santoro. *Fundamentos de Direito Penal*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. STF admite a progressão de regime nos crimes hediondos, disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181, acesso em maio/06.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIOTTO, Armida Bergamini. *Curso de Direito Penitenciário*. São Paulo: Saraiva, 1975.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni (coordenação). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Alexandre de Castro Coura, Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, Cássius Guimarães Chai, Cíntia Garabini Lages, Francisco de Castilho Prates, Heloisa Helena Nascimento Rocha, José Emílio Medauar Ommati, Lúcio Antônio Chamon Junior, Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

SILVA, Marcelo Gomes. Fim do exame criminológico? *Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*. Florianópolis: PGJ/ACMP, jan./abr. 2004, n. 2.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELLI, José Enrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

DIREITO PROCESSUAL INTERTEMPORAL APLICADO: A LEI 10.352 E AS RESTRIÇÕES AO REEXAME NECESSÁRIO*

Márcio Schiefler Fontes**

Resumo

O anseio pela efetividade da Justiça encontrou eco na promulgação da Lei n. 10.352/2001, que trouxe diversas alterações ao Código de Processo Civil. Entre essas inovações, modificou dispositivos referentes aos recursos agravo de instrumento e embargos infringentes, além de apresentar restrições ao reexame necessário. Como foram alterados preceitos da maior importância no sistema brasileiro de revisão de decisões judiciais, cabe perquirir de que maneira essa lei afetou e afeta o desenrolar da atividade do segundo grau de jurisdição do País, já que inúmeros processos tramitavam no Poder Judiciário concomitantemente a sua entrada em vigor – perquirição de interesse renovado por recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que desconsiderou fundamentos jurídicos de relevo. À luz da busca pela efetividade das

* Artigo científico

** *Juiz Substituto em Santa Catarina – Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina.*

decisões judiciais e do direito processual intertemporal, é certo que a lei nova não pode alterar o exame dos recursos pendentes de julgamento na data de sua entrada em vigor, uma vez que a lei a ser aplicada na apreciação do recurso é a lei do dia da decisão impugnada, dado que a partir desse instante surge o direito processual subjetivo de impugnação. Diferentemente, o reexame necessário é mera condição de eficácia da sentença e nada possui de subjetivo e voluntário. Precisamente por esse motivo não há nele faculdades e direitos processuais a serem garantidos, razão pela qual a lei se aplica de imediato. Isso acarreta, por exemplo, ao contrário do entendimento proclamado pelo Superior Tribunal de Justiça, o não-conhecimento pelos tribunais dos reexames em que as lides versarem valor inferior a 60 salários mínimos, mesmo quando manifestados antes da entrada em vigor da Lei n. 10.352/2001.

Sumário: 1. Introdução; 2. Reexame necessário: aspectos histórico-conceituais; 3. Natureza jurídica e incidência de lei nova; 4. Aplicação concreta da Lei n. 10.352/2001; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A luta incessante que se trava no Brasil pela efetividade das decisões judiciais nem sempre encontra ouvidos moucos. Em 28 de março de 2002 entrou em vigor a Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, publicada no Diário Oficial da União – DOU do dia seguinte. A par de alterações no Código de Processo Civil – CPC que atingiram até mesmo o duplo grau de jurisdição (inserção do § 3º no artigo 515), essa norma legal trouxe sensíveis modificações especificamente no que se refere a recursos e reexame necessário. Restrição relevante foi a que suprimiu o reexame necessário quando a causa versar valor certo inferior a 60 salários mínimos. Tendo em vista os processos já então em trâmite nos tribunais, naturalmente surgiram indagações sobre como a lei incidiria sobre eles.

Por outras palavras, essas modificações recairiam sobre os processos que estavam nos tribunais esperando julgamento naquela data ou não?

Eis o questionamento essencial que a lei impôs desde logo.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC, de forma claramente majoritária, principalmente a partir de suas câmaras especializadas em direito público, decidiu conforme tradicionais regras de hermenêutica, a serem aqui apreciadas, resolvendo os recursos pela lei que já estava em vigor por ocasião da decisão impugnada, mas aplicando desde logo a nova regra no caso dos reexames necessários então pendentes, justamente por não serem recursos. Ilustrativo exemplo, entre inúmeros precedentes, é o acórdão lavrado na Apelação Cível n. 2002.018036-5, de Sombrio, julgada em 7 de outubro de 2002, da Segunda Câmara de Direito Público[1].

Surpreendentemente, todavia, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em decisão mais recente, de 2 de setembro de 2004, apontou direção diversa ao proclamar – nas palavras do relator, Ministro Teori Zavascki – que o tribunal *ad quem* fica obrigado a proceder ao reexame necessário quando manifestado antes da Lei 10.352/2001, mesmo que verse hipótese por ela eliminada, porque a Fazenda Pública teria direito a vê-lo julgado:

"A Fazenda Pública tem o direito processual de ver apreciado o reexame necessário, previsto no art. 475 do CPC, vigente à época, quando preenchidos os pressupostos do reexame obrigatório em momento anterior à superveniente modificação da norma. Na espécie, o término do prazo para recursos voluntários e a remessa dos autos ao Tribunal de Alçada para o reexame obrigatório ocorreram quatro meses antes da entrada em vigor da Lei n. 10.352/2001, que veio a extinguir o reexame necessário quando a condenação for inferior a sessenta salários mínimos. Logo cabe ao tribunal reexaminar a sentença"[2].

Esse entendimento, sem dúvida nenhuma, é apto a frustrar a intenção de celeridade do legislador, que reflete profundo desejo da sociedade, ao forçar os tribunais a reexaminarem decisões que o intérprete do interesse público já disse não enxergar mais como

1 TJSC, 2002.
2 STJ, 2004.

necessitadas de reexame obrigatório. Fora de dúvida que isso contrasta fortemente com a almejada efetividade, que tem sido merecidamente reclamada pelos mais destacados processualistas da atualidade, entre eles Luiz Guilherme Marinoni: "Efetivo é o processo que culmina em uma resposta útil e, ao mesmo tempo, não admite qualquer arranhão em princípio que garante às partes uma efetiva participação em juízo"[3].

Por outro lado, cumpre acima de tudo observar a exegese encampada por essa decisão do STJ à luz do direito processual intertemporal, que abraça o conteúdo do diploma legal em questão. Seria ela realmente apropriada frente ao direito? De que maneira regra processual nova incide sobre processos já em curso? Como regra recursal nova incide sobre recursos já interpostos?

A recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que tantos entraves pode erigir em desfavor da parcial efetividade recém-conquistada, há de ser propriamente avaliada.

Em suma: conforme a sistemática processual vigente no direito pátrio, de que maneira incide a Lei n. 10.352/2001 sobre os processos em tramitação na data de sua entrada em vigor, mormente em face da distinção entre recurso e reexame necessário?

Numa primeira leitura, obscurecida pela superficialidade, o operador jurídico poderia pensar que se cuida de norma processual – com *vacatio legis* explícita, inclusive – com incidência imediata e total, plena, obviamente a partir desse interstício.

Entretanto, em nome da boa aplicação da lei, há de ser perguntado se a incidência e a própria natureza dos institutos modificados pela lei não requerem aplicação desigual.

Recurso é manifestação de inconformismo, da irresignação do jurisdicionado com a decisão do Estado acerca do litígio levado a seu conhecimento – então transubstanciado em causa; já o reexame necessário – que sequer se encontra na parte do CPC destinada aos recursos, o Título X do Livro I, mas na destinada à sentença, o capítulo VIII do Título VIII – é condição de eficácia da sentença, sem o qual ela não produz integralmente seus efeitos.

3 Marinoni, 2004.

Ou seja: a lei em questão alterou institutos processuais tão distintos entre si que é indispensável perscrutar se isso não exigiria aplicação também distinta.

O objetivo é translúcido: verificar de que modo incidem os dispositivos modificados pela Lei n. 10.352 nos reexames necessários pendentes de apreciação no segundo grau de jurisdição na data de sua entrada em vigor, a fim de, ao fixar premissas gerais, contribuir na busca pela efetividade dos provimentos jurisdicionais e no estudo do direito processual intertemporal, o qual ganha contornos de escol quando na seara recursal.

2. Reexame necessário: aspectos histórico-conceituais

Reexame necessário é o instituto de direito processual pelo qual a lei imputa a causas que versem elevado interesse social obrigatoriedade de revisão da sentença por instância superior. Amaral Santos traz rica explanação teórica nesse sentido[4].

Essa imposição recebeu ao longo do tempo, na doutrina e na jurisprudência, diversas denominações: reexame necessário, remessa de ofício, remessa obrigatória, duplo grau de jurisdição obrigatório, duplo grau necessário de jurisdição, remessa oficial, remessa *ex officio* etc. Chega-se a considerar o instituto como apelação *ex officio*, como se verá adiante.

O duplo grau de jurisdição imposto por lei está relacionado à própria estrutura de poder na sociedade moderna, na qual o Estado soberano representa os interesses da coletividade. Assim, por óbvio, instituiu-se no interesse do Estado quando este o utilizou para fortalecer-se no processo histórico de formação nacional. Alfredo Buzaid deixou escrito sobre a remessa necessária: "nos meados do Século XIV, já era conhecida e tinha aplicação no Reino de Portugal. A questão que oferece maior interesse na doutrina, contudo, não é determinar a época de sua introdução e sim averiguar que motivos levaram o legislador lusitano a criá-la no direito processual"[5].

4 Santos, M. A., 1989, p. 468.
5 Buzaid, 1951, p. 13.

As verdadeiras origens do reexame necessário são um tanto quanto obscuras. Sabe-se que não remonta ao processo civil, mas ao processo penal[6].

Em Roma, no princípio, o processo penal podia ser privado ou público. No processo penal privado, o juiz popular decidia meramente de acordo com o que as partes lhe expunham. Logo, porém, esse mecanismo foi abandonado, porque não satisfazia o anseio social por justiça. Já no processo penal público o órgão julgador era também responsável pela investigação e prevalecia, dessa maneira, sobre o privado. O Estado, enfim, defendia a sociedade[7].

Mostra a doutrina que o processo penal público evoluiu de forma que "houve ampliação do poder do magistrado, ao qual era lícito proceder *ex officio*, ainda que sem uma acusação formal, e realizar a instrução e pronunciar a sentença"[8].

Na Idade Média, já sabido, dominou o direito canônico. Ali havia três formas pelas quais se iniciava o processo criminal: a acusação, a denúncia e a inquirição[9]. As duas primeiras eram acusações privadas levadas ao conhecimento do juiz, com exposição dos fatos. Diferiam, porém, entre si, porquanto na acusação havia o pedido de pena, o que não ocorria na denúncia. A inquirição[10] tinha lugar por ato do próprio magistrado, que

6 Buzaid, 1951, p. 13.
7 Buzaid, 1951, p. 13.
8 Buzaid, 1951, p. 14.
9 Buzaid, 1951, p. 18.
10 "O processo inquisitório teve a mais larga aceitação no direito medieval europeu. Foi adotado nas legislações dos povos cultos e profundamente estudado pela doutrina (Durante, *Speculum Iuris*, Venetiis, pars III, lib. III, I, par. 1 e segs.; Bartholus, *Opera Omnia*, VI, p. 196; Scaccia, *De Judiciis*, cap. 65 e segs.; Ioannis Gutierrez, *Praxis Criminalis, Civilis et Canonica*, Lugdnuni, quaestio I, p. 2-12; Julii Clari, *Opera Omnia*, Genecae, p. 492; Miranda, *Ordinis Judiciarii et de modo procedendi in causis criminalibus*, Salamanticae, 1603, quaestio V, art. 2). Na Espanha, vemo-lo na 3ª Partida, título XVII, Lei I e seguintes (*Terceira Partida*, tit. XVII, lei pr. nota 3: 'PESQUISA. Haec, cum est generalis, sic definitur: inquisitio est jus procedendi per officium, ad investigationem omnis facinerosae in territorio inquirentis poena dignae...'). Na França foi incorporado na *Ordonnance Criminelle* de Luiz XIV (Garraud, *Traité de l'instruction criminelle*, I, p. 52; Garfolo, *Processo Penale* (*Digesto Italiano*, XIX), II, p. 472; Carrara, *Programma*, I, par. 845). Na Alemanha, desde a Carolina, foi sendo feita a adaptação ao processo acusatório, vindo do direito romano (Liszt-Schmidt, *Strafrecht*, 25. ed. par. 9, V)" (Buzaid, 1951, p. 19).

iniciava o processo quando lhe chegavam ao conhecimento indícios de crime[11].

Portugal, durante a Baixa Idade Média, começou a recepcionar esse direito romano-canônico – como todo o mundo ocidental aquém do Oceano. Buzaid esclareceu a transição no Reino Português: "Quem examina as Ordenações Afonsinas, liv. V, tít. IV, logo observa que o processo era, nos primeiros tempos, breve e singelo. Não demorou, porém, para que se definissem os três modos por que se indagavam os delitos[12]: *devassa, querela* e *denúncia*"[13].

O processo criminal, como corolário, restou absortamente enfeixado – iniciado, instruído e julgado – nas mãos do próprio juiz. O reexame necessário, que posteriormente seria assimilado pelo processo civil sem semelhante justificativa, surge como contraponto a poderes tão amplos e profundos[14].

Surge, então, a Lei de 12 de março de 1355, que contemplou hipótese de reexame necessário pela primeira vez, lei que depois seria incorporada pelas Ordenações Afonsinas[15] (Livro V, Título LIX, 11), sobrevivendo nas posteriores (Ordenações Manuelinas[16], V,

11 Buzaid, 1951, p. 18.

12 "As causas criminais dividiam-se em públicas e privadas. Eram públicas as que podiam ser intentadas por qualquer do povo. Eram particulares as que só podiam ser intentadas pelas partes ofendidas. As primeiras se iniciavam por devassa, ou por querela; as segundas, só por querela. A denúncia era a declaração do crime público feita em juízo para se proceder contra o delinqüente por ofício da justiça. Ela só tinha lugar nos delitos que eram casos de devassa. Não tinha lugar a denúncia nos delitos particulares" (Buzaid, 1951, p. 21).

13 Buzaid, 1951, p. 20.

14 Simardi, 2000, p. 122-123.

15 "Em 1446, sendo rei Afonso V, se promulgava o primeiro Código português – as ordenações Afonsinas, dividido em cinco livros, o terceiro dos quais consagrado ao processo civil, e que, tendo por fontes principais o direito romano e o canônico, compilava também as leis portuguesas anteriores, normas de direito foraleiro e normas costumeiras, e, ainda, disposições da Lei das Sete Partidas" (Santos, M. A., 2001, p. 50).

16 "[...] Ordenações Manuelinas, de 1521, no reinado de D. Manuel, as quais se mantêm dentro do sistema e do espírito daquelas, com alguns acrescentamentos, consistentes na compilação de leis promulgadas após o Código anterior, notando-se, entretanto, certa ascendência do direito canônico. O processo civil continuava disciplinado no livro terceiro" (Santos, M. A., 2001, p. 50).

XLII, 3; Ordenações Filipinas[17], V, CXXII). Disciplinava aquele diploma o delito de injúria[18].

Em resumo, nessa época as causas criminais eram públicas ou particulares, com a apelação *ex officio* cabível somente no primeiro caso[19].

O sistema perdurou até 1521, com a publicação das Ordenações de D. Manuel, também chamadas Código Manuelino. Nelas, as principais inovações no tocante ao reexame necessário foram sua manifestação em decisões interlocutórias[20] e a instituição do efeito suspensivo[21].

17 "Subindo ao trono português Filipe II, da Espanha, com o título de Filipe I, de Portugal, deu-se pressa em ordenar a reforma da legislação portuguesa, através de um novo Código, cuja elaboração foi confiada a Jorge Cabedo, Pedro Barbosa, Paulo Afonso e Damião de Aguiar, obra completada alguns anos depois, já no reinado do sucessor daquele, Filipe III, da Espanha, e Filipe II, de Portugal, que a promulgou em 11 de janeiro de 1603. São as chamadas Ordenações Filipinas, também conhecidas simplesmente por Ordenações do Reino, que se compunham também de cinco livros, o terceiro dos quais destinado ao processo civil, de fundo romano-canônico, mas com acentuada preponderância do direito canônico" (Santos, M. A., 2001, p. 50-51).

18 Nery Júnior, 1993, p. 123.

19 Buzaid, 1951, p. 26.

20 "'E em todos os casos sobreditos a Justiça haa luguar, e se appellará por parte da Justiça, quando cada hua das partes nom apellar, ou desistir da acusação e esto assi da sentença definitiva dada em cada huu dos ditos casos, como da interlocutória que aja força de definitiva; salvo no caso de adultera, quando o marido lhe perdoar, ou no caso de ferimento, quando a querela foi dada em rixa nova, e a parte perdoar, e for são das ditas feridas, e sem aleijam, nem diformidade do rosto, em tal caso tanto que a parte assi perdoa a Justiça nom há mais luguar, e esse Julguador, que do caso conhecer, mandará soltar o acusado se for preso, sem mais appelar por parte da Justiça, salvo se polla inquiriçam que já a esse tempo for tirada se mostrar, que o caso foi de proposito, por que em tal caso averá a Justiça luguar, como nos casos sobreditos, posto que a parte nom dissesse que fora de proposito' (*Ord. Manuelinas*, liv. V, tít. 42, n. 3)" (Buzaid, 1951, p. 27-28). Consabido não existe reexame necessário de decisões interlocutórias no direito do processo civil brasileiro atual.

21 "'E nom soomente devem apellar da sentença definitiva, mas ainda de qualquer interlocutoria que traga tal argavo, que se nom possa depois repairar no caso d'apellaçam, assi como se o Juiz julgasse meter o preso a tormento; cá dando loguo sua sentença á execuçam já nom poderá o preso repairar no caso d'apellaçam aquelle dãno, que hi recebesse, se nom for justamente atormenta-

Quando Portugal – juntamente com a então colônia brasileira – sucumbiu às investidas sucessórias de Filipe II de Espanha, tratou o monarca castelhano de prover o reino com legislação que lhe parecesse mais conveniente.

Substituídas as Ordenações Manuelinas pelas Filipinas, no ano de 1603, foi mantido o princípio de recurso obrigatório pelo juiz, com restritas exceções[22].

As Ordenações Filipinas tiveram vigência no Brasil por três séculos. Proclamada a Independência, contudo, teve início ampla revisão legislativa que visava a prover o País de leis mais adequadas à realidade da jovem e vasta nação.

Em Portugal, como a origem já apontava, prosseguiu o instituto exclusivamente na área do direito processual penal[23]. No Brasil, não lhe foi conferida semelhante destinação, porque com o passar do tempo se constitui principalmente em prerrogativa do poder público. É aí que se compõe o elo com o atual reexame necessário.

Fica nítido, então, que a necessária duplicidade de jurisdição imposta pela lei é construção originalmente lusitana. Foi no Brasil, no entanto, que conheceu seu clímax.

Surgiu no ordenamento jurídico legitimamente nacional com o artigo 90 da Lei de 4 de outubro de 1831[24], que estabeleceu o reexame necessário para as sentenças proferidas contra a Fazenda Nacional.

Aportado aqui definitivamente, passou o reexame necessário a manifestar-se em diversos outros documentos legais do Império[25].

---

do. E por tanto se de tal sentença a parte apellar, seer-lhe-há recebida apellaçam; e se a parte nom apellar, o Julgador apellará por parte da Justiça' (*Ord. Manuelinas*, liv. V, tít. 42, n. 3)" (Buzaid, 1951, p. 28).

22 Buzaid, 1951, p. 29.

23 Buzaid, 1951, p. 31.

24 Simardi, 2000, p. 123.

25 Buzaid, 1951, p. 33-34: era cabível nas sentenças proferidas pelos juízes de defuntos e ausentes em favor de habilitantes e de credores, quando o valor da herança ou da dívida excedesse dois contos; nas proferidas contra a Fazenda

Proclamada a República em 15 de novembro de 1889, iniciou-se a fase dos códigos de processo estaduais, em Santa Catarina inclusive: o *Codigo Judiciario do Estado de Santa Catharina* foi instituído pela Lei Estadual 1.526, de 14 de novembro de 1925, decretada pelo Congresso Representativo e sancionada pelo Coronel Antonio Pereira da Silva e Oliveira, "Vice-Governador, no exercício do cargo de Governador do Estado de Santa Catharina"[26].

Nesse ambiente, o reexame necessário seguiu incólume.

Em 1916, o Código Civil, em dispositivo processual, trouxe incluído em seu texto hipótese de reexame necessário. No Livro I da Parte Especial encontrava-se o seguinte dispositivo (que tratava de casamento, revogado): "Art. 188. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz, com recurso para instância superior". Clovis Bevilaqua, ao comentar o dispositivo, assegurava: "O que o Codigo exige é que a decisão do primeiro juiz não resolva, definitivamente, o caso, sem que sobre elle se pronuncie o juiz da instancia superior"[27].

A Primeira República, ou República Velha, terminou com a Revolução de 3 de outubro de 1930, que instituiu o Governo Provisório liderado por Getúlio Vargas. Àquela época, o País testemunhou situações peculiares. O Decreto n. 22.301, de 30 de outubro de 1933, em seu artigo 2º, § 2º, dispondo sobre "apelação *ex officio*" nas sentenças de nulidade ou anulação de casamento, fez o reexame necessário atingir todos os processos já findos. O caso jul-

Nacional, que excedessem a alçada do juiz (Lei de 4 de outubro de 1831, art. 90, e Lei n. 242, de 29 de novembro de 1841, art. 13); nas proferidas em justificações, para tenças ou pensões, que passassem de pessoa a pessoa (Ordenação 102, de 23 de abril de 1849); nas habilitações de herdeiros, sucessores e cessionários, de credores do Estado, quando a estes fossem favoráveis (Provimento de 8 de maio de 1838 e Lei de 28 de novembro de 1841, art. 13); nas causas de liberdade, quando as decisões fossem a ela contrárias (Lei n. 2.040, de 28 de setembro de 1871, art. 7º, § 2º, e Reg. 5.135, de 13 de novembro de 1872, art. 80, § 2º); nas causas de nulidade de casamentos de pessoas que professassem religião diferente da do Estado, quando as sentenças os anulassem (Decreto n. 3.069, de 17 de abril de 1863, art. 12).

26 Santa Catarina, 1925, p. 3.

27 Bevilaqua, 1940, p. 510.

gado ficou dependente de novo julgamento pelo tribunal superior. Aquele, por exemplo, que estivesse no segundo casamento ficaria na contingência de, sendo conhecido e provido o reexame necessário, ter seu primeiro casamento considerado válido. A teratologia do diploma legal chamou atenção da jurisprudência e da doutrina, que considerou a *ratio legis* como ampliação do efeito retroativo à lei, não para instituir remessa obrigatória naquelas causas.

Ainda no Governo Provisório de Vargas, foi expedido o Decreto n. 23.055, de 9 de agosto de 1933, criando "recurso extraordinário *ex officio*". Pelo artigo 1º desse diploma, exigia-se que os juízes em todo o País interpretassem as leis da União de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1934, que para Amaral Santos inaugurou a fase processual que o Brasil hoje experimenta[28], revogou expressamente esse decreto mediante seu artigo 76, 2, III. A Carta de 34, aliás, trazia em seu bojo duas hipóteses de reexame: uma facultativa, no art. 76, e outra obrigatória, no art. 144[29].

Por sua vez, a Constituição outorgada em 1937 suscitava uma hipótese de reexame, também facultativa, em seu art. 101[30].

Em 17 de dezembro de 1938, o Decreto-Lei n. 960 impôs o duplo grau de jurisdição obrigatório nos casos em que era improcedente a ação executiva fiscal.

Finalmente, o Código de Processo Civil de 1939, instituído pelo Decreto-Lei n. 1.608, declinava hipóteses de reexame necessário no art. 822[31].

Nada dedicaram ao reexame necessário as Constituições Federais de 1946 e 1967 (e sua Emenda n. 1).

O Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, seguindo a orientação de seu mentor, Alfredo Buzaid, desconsiderava o reexame necessário. O banimento não encontrou, porém, unani-

28 Santos, M. A., 2001, p. 56.
29 Campanhole, A.; Campanhole, H. L., 1976. p. 429.
30 Campanhole, A.; Campanhole, H. L., 1976. p. 317-318.
31 Simardi, 2000, p. 123.

midade, e o objetivo do processualista naufragou. Ilustra Barbosa Moreira:

"Já no projeto definitivo – e aqui também merece ser ressaltado que a Comissão Revisora se bateu pela manutenção da figura – procurou-se dar ao problema um atendimento que não entrasse em choque com as convicções doutrinárias do ilustre professor, já agora Ministro da Justiça, e a solução que se encontrou foi a de deslocar-se o tratamento dessa matéria, do Título reservado aos recursos, para a parte do Código que trata da sentença e da coisa julgada"[32].

Em 1974, entrou em vigor o atual Código de Processo Civil, que manteve o reexame necessário no artigo 475, embora eliminando a expressão "apelação *ex officio*" de seu texto, fato de grande significado.

A Lei n. 10.352, por fim, suprimiu do parágrafo único do art. 475 – agora transformado em § 1º – a expressão "voluntária da parte vencida", que dizia respeito à sentença e que serviu por muitos anos de pretexto para que alguns enxergassem no reexame necessário uma modalidade de recurso.

3. Natureza jurídica e incidência de lei nova

Importa agora investigar qual a natureza jurídica do reexame necessário, qual sua substância.

Durante muito tempo, por razões que arrolavam, abalizados doutrinadores – e lembre-se que no mais das vezes a legislação se referia ao reexame necessário como recurso de ofício ou apelação de ofício – consideraram o reexame necessário como uma espécie do gênero recurso, mesmo na vigência do CPC atual e, via de conseqüência, de seu art. 475[33]. Ainda hoje há corrente minoritária que o faz[34].

32 Barbosa Moreira, 1974, p. 188.

33 Nota-se: o artigo 475 do CPC foi alterado pela Lei n. 10.352. O que se está a discutir nesta altura, todavia, é a natureza do instituto. Essa alteração, portanto, é irrelevante no momento e será analisada detidamente em melhor oportunidade.

34 Dentre os defensores dessa corrente destacam-se Sérgio Bermudes, Carvalho Netto e Eustáquio Cardoso (Simardi, 2000, p. 124).

Pontes de Miranda, que na matéria não admitia interpretação divergente[35], deixou dito:

"O art. 475, no que se afastou da referência explícita à apelação de ofício, ou necessária, que estava no direito anterior, apenas diz que estão sujeitas 'ao duplo grau de jurisdição', 'não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal', a sentença que anular o casamento (entenda-se: sentença que decrete a nulidade, ou a anulação do casamento, ou mesmo que decrete a inexistência do casamento), a sentença proferida contra a União, Estado Membro, ou Município (entenda-se: 'ou Distrito Federal ou Territórios'), e a sentença 'que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública'. No parágrafo único, acrescenta-se que, em tais espécies, o juiz há de ordenar a 'remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida'. Portanto, há a apelação de ofício, porque se fez implícita a referência, uma vez que se adjetivou a *outra* espécie de apelação (apelação voluntária). Se há apelação voluntária, há necessária ou de ofício"[36].

E continua adiante, para caracterizar a chamada teoria do impulso processual:

"A apelação de ofício, seguindo a velha praxe, interpõe-se por simples *declaração de vontade*, que não se separa do 'despacho' devolutivo (sempre que, nas leis, não há razões do apelado). A figura processual não é a da inserção do Estado, através do próprio juiz, na relação jurídica processual, e sim a de *impulso processual*. O juiz é *recorrente*, sem ser *parte*, sem ser *litisconsorte* ou *terceiro prejudicado*. A própria situação de recorrente é-lhe conferida como explicação do impulso, que se lhe confia; porque, rigorosamente, a apelação de ofício é apelação sem apelante. A conclusão poderia ser mecânica, feita pelo escrivão. A lei entregou a missão ao próprio juiz"[37].

Há dois argumentos fundamentais que asseguram o reexame necessário como recurso, no entender da mencionada corrente, hoje minoritária.

35 Pontes de Miranda, 1974, p. 217.
36 Pontes de Miranda, 1974, p. 215.
37 Pontes de Miranda, 1974, p. 216-217.

Primeiro, o sistema recursal presume a vontade da parte de recorrer de decisão que lhe for desfavorável. Havendo, por outro lado, presunção absoluta de que o juiz tem de provocar o reexame da causa e, por conseguinte, de sua própria decisão por meio do procedimento da apelação, o fato de o Código não denominar de apelação o duplo grau de jurisdição obrigatório seria mera circunstância, não subtraindo do reexame necessário sua condição de recurso.

Segundo, como ressaltado na lição de Pontes de Miranda, o artigo 475 fazia referência, em sua redação primitiva, à apelação voluntária, o que faria supor a existência de uma espécie de apelação necessária. Isso, até mesmo, suportaria o fato de o reexame necessário não mais estar na parte do Código destinada aos recursos.

Esse entendimento não tem como prevalecer. Depois do advento do novo Código de Processo Civil, de 1973, no qual o reexame obrigatório foi transportado para o capítulo que disciplina a sentença, a tendência dominante passou a ser a de vislumbrar o reexame necessário como condição de eficácia da sentença. Com efeito, a natureza jurídica do reexame necessário, conforme a maioria dos autores[38], é de condição de eficácia da sentença. Sem ele, a sentença não produz integralmente seus efeitos nem constitui coisa julgada.

38 Ernane Fidélis dos Santos vai de encontro a essa maioria, mas não para defender o arcaico posicionamento: "Pela redação do art. 475, parece que houve descuido do legislador, ao firmar que a sentença não produz efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, o que importa em negar qualquer eficácia da decisão de primeira instância. Mas, na verdade, o reexame obrigatório não está relacionado com a eficácia da sentença e sim com a própria coisa julgada. A sentença de primeira instância gera efeitos, desde o momento em que é proferida, como ocorre em todas as sentenças. Isto importa em dizer que o reexame necessário é condição de trânsito em julgado da sentença e não de sua eficácia. Os efeitos, simplesmente, não adquirem a imutabilidade, enquanto não for a decisão reexaminada. Tanto é verdade que o parágrafo único do art. 12 da Lei n. 1.533, de 31-2-51, com a nova redação dada pela Lei n. 6.071, de 3-7-74, posterior ao Código, permite a execução provisória (própria ou imprópria) da sentença que conceder o mandado de segurança, embora fique ela sujeita ao duplo grau de jurisdição" (Santos, E. F., 1980, p. 343-344).

Nelson Nery Júnior sustenta que faltam ao reexame necessário diversos pressupostos e características de recurso: voluntariedade, tipicidade, dialeticidade, interesse, legitimidade, tempestividade e preparo[39].

Nada obstante o arrazoado de Pontes de Miranda, carece o reexame necessário de voluntariedade, porquanto a causa, ainda que as partes nada manifestem nos autos[40], será reexaminada quando a lei assim o determinar.

Por outro lado, falta tipicidade pelo simples fato de que o reexame necessário não se acha enquadrado nas hipóteses recursais do Código e da legislação extravagante.

Dialeticidade também não há, pois não é necessário à parte formular razão para que seja dado provimento ao reexame necessário.

Não há também interesse em recorrer nem legitimidade, uma vez que não é o reexame necessário ato da parte, do Ministério Público ou de terceiro interessado (art. 499 do CPC).

Por fim, não há tempestividade, porque os autos serão avocados se o juiz não manifestar o reexame necessário; nem preparo.

O acertado posicionamento da corrente majoritária, que vê o reexame necessário como condição de eficácia da sentença, a teor do próprio cimo do artigo 475, há de levar de vencida serôdias idéias que persistem desprovidas de suporte suficiente.

Ernane Fidélis dos Santos foi dos primeiros a saudar com entusiasmo a modificação operada pelo atual Código de Processo Civil:

"O art. 475 do CPC de 1973 tem seu correspondente no art. 822 do Código de 1939. Tecnicamente, porém, houve profunda reforma, pois, enquanto a lei anterior falava em 'apelação necessária ou *ex officio* [...] interposta pelo juiz', a atual apenas estabele-

39 Nery Júnior, 1993, p. 263.

40 Incide o princípio do ônus de recorrer. Se a parte prejudicada não recorre, opera-se a preclusão.

ce, para casos determinados, a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, em reexame necessário da sentença pelo órgão jurisdicional superior.

"Não há dúvida de que a alteração foi para melhor, pois é contraditório que o juiz recorra da própria decisão. Recurso é inconformismo e, neste caso, o juiz estaria pretendendo reforma daquilo que ele próprio julgara correto e de justiça"[41].

Também não se pode esquecer que a Lei n. 10.352 eliminou do art. 475 a referência a "apelação voluntária" de seu texto, o que derrubou um dos argumentos da corrente minoritária.

Como salientado alhures, Alfredo Buzaid – principal autor do Anteprojeto do Código de Processo Civil – era desfavorável à própria existência do reexame necessário[42]:

"Em suma, existindo, atualmente, no seio da organização judiciária do país órgãos especializados e suficientemente aptos para promoverem a defesa do fisco, dos menores, interditos e ausentes, não há necessidade de se manter um recurso[43] que João Monteiro, com muita razão, crismou com a denominação de extravagância judiciária (João Monteiro, *Processo Civil*, par. 221, nota 1; aliás Carnelutti, *Instituzioni*, II, p. 470, observara que *'la rinnovazioni del procedimento non può mai avvenire d'ufficio, non già perchè l'acquiescenza delle parti è indice o della sua giustizia o della tolerabilità dell'ingiustizia, nel senso che la sua riparazione non valga la spesa della rinnovazioni del procedimento'*). Convém, portanto, *jure constituendo*, estirpá-lo do Código como um remédio de energia terapêutica negativa (Fraga, *Instituições*, III, p. 46. Aliás Liebman já havia observado que, embora o Código unitário de 1939 haja empreendido um esfôrço de simplificação, o direito brasileiro conta, em cotejo com os outros direitos modernos, um número demasiado grande de recursos — Liebman, *op. cit.*, III, p. 297). [...] E isto porque, nem histórica nem cientificamente, se justifica sua manutenção no sistema do direito processual vigente"[44].

41 Santos, E. F., 1980, p. 343.

42 Atente-se para a data da publicação: 1951.

43 Usado o termo "recurso" de maneira genérica, *lato sensu*, como instituto processual disponível pela legislação, ao qual se possa eventualmente recorrer.

44 Buzaid, 1951, p. 58.

Negava aquele jurista, de qualquer maneira, o caráter de recurso ao reexame necessário. Em o negando firmemente, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, fornece elementos valiosos para análise:

"A nosso ver, a apelação necessária não é um recurso, nem mera providência, ditada por motivo de ordem pública. Os elementos que a definem são: a) *a ordem de devolução à instância superior*. Quando o juiz insere a declaração de que apela de ofício, não exprime uma manifestação *de sua vontade*, mas da *vontade da lei*. Não o faz, porque lhe apraz, antes porque é um dever funcional. Nem pode fazer quando quer, mas só quando a lei lho permite. A ordem de devolução, como emana obrigatoriamente da lei, não de um ato espontâneo de sua vontade, pode ser realizada, ainda que contra, ou com oposição do magistrado. b) *a instância superior conhece da causa integralmente*. Realmente, devolve-se a ela o conhecimento integral de tôdas as questões, suscitadas e discutidas no processo (Cód. do Proc. art. 824), de forma que o Tribunal pode manter ou reformar a decisão. Nem as partes arrazoam, nem o juiz formula pedido de nova decisão. Porém o Tribunal reexamina a causa em sua integridade. Se faltar a declaração de devolução na sentença, o Tribunal avoca os autos. Não está sujeita a ordem de devolução a prazo para remessa. E a sentença não será exequível, enquanto não fôr confirmada pelo Tribunal. Decorre daí, portanto, que o característico da apelação de ofício é a ordem de devolução, imposta pela lei, que transfere à instância superior o conhecimento integral da causa"[45].

Como resultado, volta-se enfim a um ponto-chave, ao escopo do reexame necessário, acerca do qual discorre Ernane Fidélis dos Santos:

"A razão do reexame necessário de sentenças se encontra exatamente no interesse público relevante de determinadas causas, seja pela matéria decidida, seja pela qualidade da parte contra a qual é proferida a decisão. Há quem entenda ser inconstitucional o reexame previsto nos n. II e III do art. 475, por ferir o princí-

45 Buzaid, 1951, p. 48-49.
46 Santos, E. F., 1980, p. 344.

pio da isonomia, dispensando, no processo, tratamento diverso às partes litigantes (Ada Pellegrini Grinover, *O processo em sua unidade*, Ed. Saraiva, 1978, p. 186). Tal, porém, não ocorre, pois a sucumbência da parte contrária não impede sua manifestação recursal. Neste caso, não há, portanto, nenhuma disparidade de tratamento, pois, uma coisa é a lei desinteressar-se pela aceitação do julgado pelo particular e outra é exigir o reexame necessário da sentença, em razão do interesse público relevante em jogo"[46].

A incidência da lei nova nos reexames necessários pendentes de julgamento por ocasião da data de sua entrada em vigor, em conseqüência, dar-se-á mui diferentemente da incidência sobre os recursos pendentes. O recurso, como já demonstrado, é direito processual subjetivo da parte e não poderá, a partir do momento em que a sentença for prolatada, ser violado jamais – foi adquirido. O reexame necessário não: por não se constituir em direito, mas em prerrogativa que a lei concede a causas que ela própria entende que mereçam tal distinção, poderá ser modificado pelo legislador – tendo sua apreciação alterada – a qualquer tempo.

Aparece nesse contexto a norma geral de aplicação da lei no tempo, que é o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil. A lei processual, além disso, é de ordem pública; há defesa de aplicação diferenciada desta, aliás. Carlos Maximiliano, com espeque em Beudant e Théophile Huc, manejou a abrangência das leis de ordem pública: "Consideram-se de ordem pública as disposições que se enquadram nos domínios do Direito Público; entram, portanto, naquela categoria as constitucionais, as administrativas, as penais, as processuais, as de polícia e segurança e as de organização judiciária"[47].

Afirma Amaral Santos que "a regra, também para leis processuais, é que estas provêm para o futuro, isto é, disciplinam os atos processuais a se realizarem. Aplicação do princípio *tempus regit actum*. Os atos processuais já realizados, na conformidade da lei anterior, permanecem eficazes, bem como seus efeitos"[48] –

47 Maximiliano, 2001, p. 176.
48 Santos, M. A., 2001, p. 32.

são esses os preceitos que fazem jus a ênfase. Observa-se que tal regra, sob determinada óptica, também valeria no caso do reexame necessário; isso, porém, não ocorre, simplesmente porque sua fase processual não se realizou.

A vontade, à qual já se reportou, ganha novamente destaque. Nos recursos, a sentença acabará por detonar o prazo recursal; agora não resta mais dúvida de que constituirá direito de a parte vencida recorrer, por sua vontade. No reexame necessário, diferentemente, aguardar-se-á a manifestação do órgão *ad quem*, sem a qual a sentença não produzirá efeitos integrais. Se no primeiro caso a lei nova não pode vilipendiar o direito – que se exercerá pela vontade – então adquirido, no segundo não há direito adquirido a resguardar. A lei se aplica de imediato.

Sendo a apreciação do reexame necessário posterior à entrada em vigor da lei nova, esta indubitavelmente incidirá sobre ele, uma vez que "as leis processuais são de efeito imediato frente aos feitos pendentes, mas não são *retroativas*, pois só os atos posteriores à sua entrada em vigor é que se regularão por seus preceitos"[49]. Já Adolf Wach enunciara entendimento similar[50].

Galeno Lacerda teve oportunidade de examinar hipótese idêntica à da Lei 10.352: o fim do reexame necessário em desquite amigável levado a cabo pelo CPC atual. É digno de registro seu raciocínio, num célebre capítulo do direito processual intertemporal brasileiro:

"Em face dessa doutrina e da análise já feita, quanto aos elementos que integram a situação jurídica complexa do desquite amigável, somos levados à conclusão de que o novo Código, ao eliminar o segundo grau de jurisdição, como fato constitutivo final e necessário dessa situação, incide desde logo sobre os processos em curso.

"Dir-se-á que, desta forma, se estará atribuindo eficácia constitutiva final à sentença homologatória de primeira instância, eficácia que esta não possuía pela lei antiga.

49 Theodoro Júnior, 2001, p. 19.
50 Wach, 1977, p. 300.

"Cumpre observar, porém, que no complexo processo do desquite amigável todos os principais atos possuem eficácia constitutiva. Essa modalidade de dissolução da sociedade conjugal não pode existir, não pode constituir-se, evidentemente, sem o acordo dos cônjuges, sem a sua ratificação, sem a sentença homologatória de primeira instância e sem a confirmação desta pela segunda. Todos e cada um destes atos eram, pela lei antiga, absolutamente essenciais à constituição da situação jurídica em causa. Qualquer deles que faltasse, prejudicaria a eficácia dos demais.

"Sendo assim, não há por que estranhar o efeito imediato da lei nova que retira o último ato da série, e que considera como bastantes em si, para a constituição plena da situação, os atos iniciais já praticados"[51].

Conclui logo à frente:

"A eliminação desse juízo, portanto, em nada altera o termo inicial aquisitivo da situação de desquite [...].

"Restaria o controle dos valores indisponíveis na situação jurídica, isto é, daqueles que, na verdade, justificavam pela lei antiga – e somente eles – a intervenção da segunda instância na matéria, isto é, a cautela quanto à guarda e educação dos filhos e à cláusula alimentar. Principalmente por causa destas razões, de interesse público, é que a lei antiga exigia o duplo grau de jurisdição.

"A lei nova, porém, considerando os mesmos valores, entende que lhes basta, como tutela necessária, o exame em primeiro grau e, por isto, exclui o recurso de ofício, embora mantenha ainda, como fiador dessa tutela, o recurso voluntário do Ministério Público.

"Se o legislador, que é o principal intérprete do interesse público, assim dispõe, a conclusão irrefutável a que se chega é que, a partir daí, a atuação forçada da segunda instância não é mais reclamada como expressão desse interesse.

51 Lacerda, 1974, p. 81-82.

"Indiscutível, portanto, que, sob qualquer perspectiva, privada ou pública, a aplicação imediata da lei nova se impõe na espécie"[52].

É esse o incontornável método.

Assim, a lei nova incide plenamente sobre os reexames necessários pendentes de julgamento, mesmo que para restringir suas hipóteses de manifestação.

4. Aplicação concreta da Lei n. 10.352/2001

É indubitável que alguns valores da sociedade, mormente na relação conjugal, sofreram transformações no último quartel do século passado. O legislador, intérprete maior da vontade dos cidadãos, houve por bem excluir a sentença que anular o casamento do rol das merecedoras do reexame necessário (antiga redação do inciso I do art. 475 do CPC).

Na nova redação do art. 475, os dois únicos incisos são dedicados ao poder público. O primeiro somou o Distrito Federal, as autarquias e as fundações de direito público à União, ao Estado e ao Município, o que a jurisprudência e a Lei n. 9.469 já haviam indicado. O segundo deu nova feição ao antigo inciso III, ao substituir "julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública" por "julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública", afastando assim a impropriedade técnica da expressão "julgar improcedente a execução".

Deixou também o art. 475 de ter parágrafo único, passando a possuir três parágrafos.

O primeiro eliminou a expressão "voluntária da parte vencida", que se relaciona à apelação. A corrente minoritária que defende o reexame necessário como espécie de recurso perde mais um argumento, como visto em tópico precedente.

Pelos parágrafos segundo e terceiro, não haverá manifestação de reexame necessário quando: a condenação ou o direito

52 Lacerda, 1974, p. 82-83.

controvertido for de valor certo não superior a 60 (sessenta salários mínimos); houver procedência dos embargos do devedor de dívida ativa nos mesmos valores; a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou súmula deste Tribunal ou de tribunais superiores.

Como demonstrado à exaustão, incidem de imediato esses dispositivos. Assim, todos os reexames necessários pendentes de apreciação nos pretórios que não se enquadrem na nova disposição aplicada ao instituto deverão ser baixados à origem para eventual execução de sentença.

5. Conclusão

A apreciação dos recursos pendentes de julgamento por ocasião da entrada em vigor da Lei n. 10.352/2001 pelos órgãos jurisdicionais *ad quem* não sofre modificação, ou seja, são processados pelas normas legais vigentes à data da prolação da sentença – ou, em segundo grau, do acórdão – ou da decisão interlocutória (em se tratando de agravo de instrumento), a não ser que se trate de disposição meramente procedimental; mui distintamente, o reexame necessário, que não é recurso (é condição de eficácia integral da sentença), tem sua apreciação submetida totalmente aos dispositivos modificados pela lei em questão.

Outro olhar pode ser agora lançado à decisão do Superior Tribunal de Justiça de 2 de setembro de 2004:

"A Fazenda Pública tem o direito processual de ver apreciado o reexame necessário, previsto no art. 475 do CPC, vigente à época, quando preenchidos os pressupostos do reexame obrigatório em momento anterior à superveniente modificação da norma. Na espécie, o término do prazo para recursos voluntários e a remessa dos autos ao Tribunal de Alçada para o reexame obrigatório ocorreram quatro meses antes da entrada em vigor da Lei n. 10.352/2001, que veio a extinguir o reexame necessário quando a condenação for inferior a sessenta salários mínimos. Logo, cabe ao tribunal reexaminar a sentença"[53].

53 STJ, 2004.

À luz do aqui exposto, essa exegese está plenamente equivocada. A partir dela, inúmeros processos até já arquivados, mas nos quais o reexame necessário respectivo não foi conhecido, teriam de ser revistos pelos tribunais de segunda instância, porque supostamente não teriam transitado em julgado, ao arrepio da efetividade da Justiça, do direito processual intertemporal e até do bom senso. A norma que deve ser seguida é esta: a lei a ser aplicada no exame de todo recurso é aquela em vigor na data da prolação da decisão judicial invectivada; muito pelo contrário, quando não há direito processual adquirido a ser resguardado, do que fornece exemplo o reexame necessário, a lei nova se aplicará de forma plena e imediata.

Não poderiam de fato o recurso e o reexame necessário, na aplicação de lei, receber igual tratamento. Possuindo o recurso caráter de direito objetivo e de direito subjetivo, e uma vez que o direito subjetivo da parte é garantido pela própria Constituição, não há como lei alguma conspurcar-lhe, retirando faculdades concedidas ao jurisdicionado pela lei da data da prolação da decisão.

Por outro lado, incidência plena e imediata da lei nova sofre o reexame necessário, que tem caráter eminentemente involuntário. O reexame necessário não constitui direito adquirido do poder público, muito menos do erário, como se poderia imaginar. Seu caráter é de mera fase processual, desde sua origem portuguesa. É ele, mui diferentemente do recurso, garantia processual revogável a qualquer tempo pelo legislador. A medida da necessidade ou não do reexame necessário é o legislador. Revogável – merece ser repetido – a qualquer tempo.

Concretamente, a Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, aplica-se aos reexames necessários pendentes de julgamento na data de sua entrada em vigor, o que acarreta, por exemplo, o não-conhecimento de pleno direito "sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor". Ao pé da letra da lei, também não se conhecerá do reexame pendente "quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente".

Leis podem passar, assim como partes, juízes e processos, mas não podem passar os princípios jurídicos que regem a aplicação das normas legais nas nações civilizadas.

6. Referências bibliográficas

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O sistema dos recursos. *In*: SOARES MUÑOZ, Pedro. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Bels, 1974.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 5. tir., Rio de Janeiro: Editora Rio, 1940.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 642.838/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 2 de setembro de 2004. Disponível em: <http://informativo.stj.gov.br/informativo.php?chave=0220>. Acesso em: 20 set. 2004.

BUZAID, Alfredo. *Da apelação* ex officio *no sistema do Código do Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1951.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Todas as Constituições do Brasil*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1976.

LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MARINONI, Luiz Guilherme. Alterações do CPC buscam maior efetividade do processo. Entrevista concedida a Jorge Arzabe em 1º de março de 2002. *Carta Maior*. Disponível em: <http://cartamaior.uol.com.br/cartamaior.asp?id=306&coluna=reportagem>. Acesso em: 24 set. 2004.

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

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 2. ed., São Paulo: RT, 1993.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. t., São Paulo: Forense, 1974.

SANTA CATARINA. *Codigo Judiciario do Estado de Santa Catharina*. Lei 1.526, de 14 de Novembro de 1925. Florianópolis: Officinas a elect. da Imprensa Official, 1925.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2002.018036-5, de Sombrio. Relator: Desembargador Francisco Oliveira Filho. Florianópolis, 7 de outubro de 2002. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/menu.htm>. Acesso em: 20 set. 2004.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. v., 1. t., Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. v., 5. ed. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 1. v., 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

SIMARDI, Cláudia. Remessa obrigatória. *In*: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 1. v., 37. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Tradução do alemão para o castelhano por Tomás A. Banzhaf. v. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977.

DANO MORAL NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

Natália Gaspar Machado*

1 Introdução; 2 O princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade; 3 A responsabilização do Pai nas relações paterno-filiais e o dano moral; 4 Indenização e sua quantificação; 5 Considerações finais; 6 Bibliografia.

"[...] a tolerância não implica a renúncia à própria convicção firme, mas implica pura e simplesmente a opinião de que a verdade tem tudo a ganhar quando suporta o erro alheio, já que a perseguição, como a experiência histórica o demonstrou com freqüência, em vez de esmagá-lo, reforça-o" (Norberto Bobbio).

1. Introdução

O dano moral se tornou o maior motivo para se ajuizar ações nas varas cíveis do País. Um número cada vez maior de pessoas tem procurado o judiciário na busca de soluções para conflitos que abalam sua honra e sua moral.

Esses conflitos, em sua grande parte, envolvem direitos da personalidade ou descumprimento de obrigações. Há, todavia, uma

* *Estudante do nível II da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC. O presente trabalho foi apresentado na disciplina de Teoria Geral das Obrigações, ministrada pela Professora Patrícia Fontanella.*

crescente onda de ações que versam sobre direito de família e cumulam, também, pedidos de reparação por danos morais.

"Há quem sustente que, ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de ingressar na fase de sua industrialização, pois o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações expressivas" (Direito; Cavalieri Filho, 2004, p. 99).

Diante dessa realidade, o presente artigo tem como objetivo a análise da relação paterno-filial e o dano moral, sob o prisma dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da afetividade.

2. O princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade

A dignidade da pessoa humana é o fundamento do Estado Democrático de Direito, garantido a todos os cidadãos, conforme disciplina o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Não se trata de um direito fundamental, mas é a base desses direitos. Por isso, não pode ser interpretado isoladamente. Deverá estar aliado ao direito à vida, à liberdade e à saúde. Nesse diapasão, a dignidade humana poderá ser definida como sendo tudo aquilo que é essencialmente comum a todas as pessoas.

A dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal, engloba todos os direitos do homem.

"O direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade, ou a qualquer direito da personalidade, todos são englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos fundamentais" (Direito; Cavalieri Filho, 2004, p. 34).

Ainda na Constituição, verifica-se que a dignidade da pessoa humana é assunto tratado no capítulo de direito de família. O art. 227 da Constituição impõe o seguinte regramento basilar dessa instituição denominada família:

"Art. 227 – *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 forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (grifei).

Por meio desse dispositivo legal se depreende a idéia de que não apenas o Estado, mas a família e a sociedade são responsáveis pelo desenvolvimento e educação das crianças e adolescentes. Reconhece-se, expressamente, o direito à dignidade aos menores. A responsabilidade do Estado é aquela decorrente do pacto social, enquanto que a responsabilização da família está relacionada ao princípio da afetividade.

A afetividade é princípio constitucional, conforme as regras estabelecidas no art. 226 e seguintes da Constituição Federal. Está relacionada ao afeto e à solidariedade que derivam da convivência e não apenas dos laços consangüíneos. O princípio jurídico da afetividade permite que seja dado um tratamento igualitário aos irmãos biológicos e aos adotivos. Viabiliza o respeito efetivo aos direitos fundamentais. Permeia "forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares" (Lôbo, 2000).

3. A responsabilização do Pai nas relações paterno-filiais e o dano moral

O princípio da dignidade humana e da afetividade, bem como o art. 229, 1ª parte, da Constituição Federal são a base normativa da responsabilidade imposta aos pais para com seus filhos. É um dever de assistência, criação, educação e cuidado, não uma faculdade.

Essa responsabilização também está prevista no Código Civil ao disciplinar a responsabilidade civil, art. 927 e seguintes, e no art. 1.703 que se refere ao dever dos pais separados judicialmente de prestar alimentos aos filhos na proporção de seus recursos.

Sobre a responsabilização, surge a seguinte definição doutrinária:

"O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar" (Venosa, 2005, p. 13).

A partir daí é possível fazer uma interpretação sistêmica, reunindo os conceitos de poder familiar, dever de cuidado dos pais, princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade e a responsabilização civil. Por meio desse viez nasce o direito de os filhos responsabilizarem civilmente seus pais pela violação do dever de criação e educação constitucionalmente instituído.

É preciso esclarecer que essa responsabilização decorre não apenas da violação dos deveres patrimoniais, mas, também, dos deveres de afeto e convivência. A privação de boa alimentação, de boa educação e de assistência à saúde ao filho causa danos materiais. Privá-lo do convívio dos pais e do afeto necessário para o seu desenvolvimento psicofísico acarreta danos à sua moral e à sua honra, por vezes mais gravosos que aqueles.

Nesse sentido foi prolatada a seguinte decisão no Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

"Indenização – Danos morais – Relação paterno-filial – Princípio da dignidade da pessoa humana – Princípio da afetividade.

"A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana" (grifei) (Ap. Cív. n. 408.550-5/TAMG, Sétima Câmara Civil, rel. Juiz Unias Silva, DJMG 29-4-2004).

Acerca do mesmo tema, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu:

"Registro civil. Supressão do patronímico paterno. Situação excepcional amparada no art. 58 da Lei dos Registros Públicos. Uma vez que o *patronímico paterno representa constrangimento para a apelante, pela rememoração da rejeição e do abandono*

afetivo e, considerando que a exclusão não interfere na sua identificação no meio social, onde é conhecida pelo sobrenome materno, na linha adotada pela jurisprudência do STJ, é de ser reconhecida, na hipótese dos autos, a situação excepcional prevista no art. 58 da LRP, que autoriza a alteração do sobrenome. Deram provimento. Unânime" (Ap. Cív. n. 70011921293, de Cachoeira do Sul, Sétima Câmara Cível, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 5-10-2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 9 nov. 2005).

As decisões apesar de conterem pedidos diversos, indenização por dano moral na primeira e supressão do patronímico paterno na segunda, referem-se, as duas, ao abandono afetivo paterno. Ou seja, a violação do dever de cuidado ocasionou abalo psicológico no primeiro caso e, constrangimento no segundo. Verifica-se, portanto, que, inclusive no segundo caso, o pedido poderia ser cominado com indenização por danos morais.

Ocorre, em ambos os casos, o descumprimento dos deveres inerentes à figura do pai, o que ocasiona o dever de indenizar. A responsabilidade civil é a mola propulsora do direito à indenização. Aquela tem como função principal compensar o sujeito ativo pelos danos sofridos e, "ao determinar a constituição do vínculo obrigacional cuja prestação é a compensação de prejuízos, a lei contribui para a prevenção destes" (Coelho, 2004, p. 270). Além de compensar e prevenir prejuízos, a responsabilidade civil, quando subjetiva, tem função sancionatória. "Quando se fala em função sancionatória da responsabilidade civil, pretende-se realçar que ela, impondo sempre um sacrifício, maior ou menor, ao lesante, acaba também punindo este" (Noronha, 2003, p. 439).

Quando se fala especificamente de dano moral, esse dever de indenizar, decorrente da responsabilidade civil, "nada mais é do que violação do direito à dignidade" (Direito; Cavalieri Filho, 2004, p. 101). Diante disso, a configuração do dano moral depende das seguintes caracterísitcas:

"[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. 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 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" (Direito. Cavalieri Filho, 2004, p. 103).

Observa-se, portanto, que o liame é tênue entre o que é dano moral e o que são dissabores do cotidiano. Daí decorre a grande dificuldade de afirmar se determinada ofensa caracteriza ou não o dano moral. Por isso, há quem entenda que "o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado" (Direito; Cavalieri Filho, 2004, p. 107).

Assim, pode-se afirmar que a violação do dever de convivência e afeto, bem como a afronta ao princípio da dignidade e da afetividade ensejam indenização por danos morais. É por intermédio desse posicionamento doutrinário que se justifica a decisão dada pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais e pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em ambos os casos foram negados aos filhos a convivência, o afeto e a atenção às necessidades psicoafetivas. Em outras palavras, a responsabilidade dos pais é muito maior que o simples dever de alimentar, é acima de tudo o dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos.

4. Indenização e sua quantificação

O valor da indenização a título de dano moral "deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano" (Cavalieri Filho, 2005, p. 115). O grande problema é saber o que vem a ser o tal "suficiente para reparar o dano", uma vez que não existe um critério determinado capaz de auxiliar o magistrado no momento da materialização da sentença.

Na reparação por danos materiais objetiva-se o restabelecimento do *status quo ante* a partir do prejuízo sofrido, enquanto isso no dano moral não há recompor sentimentos, no caso específico, a ausência do pai. Não existe a possibilidade de quantificar a convivência familiar em um determinado valor, até porque, independentemente da quantia paga, a lacuna deixada pelo pai não será preenchida pela indenização. Por isso o dinheiro "desempenha papel de satisfação tanto quanto possível, mas principalmente de pena (contra-incentivo ao ilícito)" (Amaral, 2004, p. 184).

Apesar de a melhor doutrina trabalhar a indenização por danos morais a partir do arbitramento de valores monetários, surge a seguinte indagação: Será que o dano moral, na relação familiar, não poderá se tornar um tipo de vingança institucionalizada?

Esse questionamento tem fundamento, uma vez que o padrão de família composto por pai, mãe e filhos não é mais a regra. A tolerância e o respeito pelo próximo têm sido gradativamente abolidos do vocabulário e das atitudes das pessoas. A capitalização das relações humanas demonstra, cada dia com maior evidência, que tudo tem seu preço. E é nesse contexto que a indenização por danos morais ganha espaço. Fábio Ulhoa Coelho, por exemplo, tece as seguintes considerações:

"A dor não pode ser desfeita. Mesmo sensações posteriores de vingança ou de alívio financeiro não a desfazem. O único instrumento, na sociedade democrática dos nossos tempos, que pode servir como resposta ao anseio da vítima de ver também este aspecto do evento danoso equacionado é o dinheiro" (2004, p. 416).

Será? Será que somente o dinheiro é capaz de fazer esse tipo de compensação?

Se a responsabilidade civil tem como função atribuir uma sanção ao causador do dano, promover uma compensação e ainda prevenir que novos atos ilícitos da mesma natureza sejam cometidos, o dinheiro, definitivamente, não é o único meio de alcançá-lo.

No caso específico do direito de família, quem sabe o pedido de perdão e uma tentativa de reaproximação resolvessem a lide de forma mais eficaz. Essa alternativa, apesar de não possuir res-

paldo na doutrina e na jurisprudência, significa possibilidade de solução viável. Aliás, é a forma mais coerente de resolver os conflitos de direito de família de modo condizente com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da afetividade. É claro que, se resultar infrutífera, poderá ser arbitrado um valor, em dinheiro, para compensar o lesado.

5. Considerações finais

O dano moral é realmente um assunto instigante que provoca reações das mais variadas. Até mesmo o posicionamento adotado aqui pode parecer polêmico, ou utópico, porém a idéia que se defende é a não-banalização desse instituto. Toma-se o devido cuidado para não transformar o Judiciário em um órgão de promoção da vingança institucionalizada.

Os pais têm deveres de cuidado, convivência e educação para com os filhos que devem ser preservados. São responsáveis pelo desenvolvimento humano saudável de seus filhos. Devem, por isso, respeito aos princípios da dignidade e da afetividade. Em caso de violação, deverão ser punidos.

A grande questão que surge é: o dinheiro irá trazer de volta a presença de um pai ausente? Será que o Judiciário ao conceder uma indenização por danos morais nas relações paterno-filiais estará atingindo sua principal função de restabelecer a paz social e o fim do conflito? Ou estará criando novas lides?

Talvez a resposta desses questionamentos esteja em uma única palavra: *tolerância*.

Nesse sentido, para reflexão de tudo o que foi exposto, transcreve-se um pequeno trecho da obra Era dos Direitos de Norberto Bobbio:

"Se o outro deve chegar à verdade, deve fazê-lo por convicção íntima e não por imposição. Desse ponto de vista, a tolerância não é apenas um mal menor, não é apenas a adoção de um método de convivência preferível a outro, mas é a única resposta possível à imperiosa afirmação de que a liberdade interior é um bem demasiadamente elevado para que não seja reconhecido, ou melhor, exigido. A tolerância, aqui, não é desejada porque socialmente

útil ou politicamente eficaz, mas sim por ser um dever ético" (1992, p. 209).

6. Referências bibliográficas

AMARAL, Luiz Otávio de O. Dano moral e contemporaneidade. *In*: AUGUSTIN, Sérgio (Coord.) *Dano moral e sua quantificação*. Caxias do Sul/RS: Editora Plenum, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Código civil: Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n. 1/92 a 45/2004 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n. 1 a 6/94. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil*: da responsabilidade civil, da preferência e privilégios creditórios. v. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>. Acesso em: 9 nov. 2005.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*: Fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: responsabilidade civil, v. 4, 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

O QUINTO CONSTITUCIONAL NA BERLINDA

Nildomar da Silveira Soares*

Em verdade, não convinha, em momento de festa para os defensores do instituto aqui tratado, colocar na berlinda o tema "quinto constitucional", uma criação do constituinte para "injetar nos tribunais o fruto da experiência haurida em situações outras que a do juiz"[1]. Acontece, porém, que a questão é, permanentemente, "alvo de críticas" e sempre "está na ordem do dia"; aliás, são estas as expressões definidoras da palavra berlinda, segundo os nossos dicionaristas.

Mesmo desobedecendo ao senso de oportunidade e desafiando-o, além de reconhecer não me constituir na pessoa indicada, por ser novel integrante do "quinto" no judiciário piauiense, resolvemos, neste ano de 2004, quando o instituto completa 70 anos, colocar no papel o resultado de algumas pesquisas e trazer opiniões que levarão o leitor a mergulhar em necessárias e profundas reflexões. Não serei, aqui, o dono da verdade nem o crítico severo dos entendimentos contrários. A realidade mostra que, mesmo já trans-

* *Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Piauí e Desembargador do Tribunal de Justiça do Piauí.*

1 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo. Saraiva. 1993, p. 534.

corridas sete décadas, continua esse longevo "princípio do quinto" expresso nas constituições federais brasileiras e, obviamente, produzindo os seus frutos...

Nossa pesquisa iniciou-se na Constituição promulgada em 1891, definida como "grande monumento de nossa erudição liberal", que, em seus noventa e um artigos e oito disposições transitórias, nada aborda sobre o presente tema. Verifica-se que, curiosamente, ela já disciplinava as regras para nomeação dos Ministros do STF e, como ainda hoje, delegava a competência privativa ao Presidente da República, após manifestação do Senado Federal.

Seguimos em frente, até atingirmos o exato momento da chegada, no ordenamento jurídico pátrio, do hoje setuagenário instituto. A Carta Magna Republicana de 16 de julho de 1934, que inaugurou, "com a nova Declaração de Direitos, o Estado social brasileiro"[2], veio a introduzir, no § 6º do seu art. 104[3], a figura do chamado "quinto constitucional".

Sobre esse surgimento, o mestre Roberto Rosa assim comentou: "Então, na Constituição de 34 veio a participação do quinto constitucional, isto é, a integração dos advogados, do Ministério Público na composição dos tribunais"[4].

Nasceu ali, portanto, a figura jurídica que, não há negar, tem proporcionado, com o perpassar dos anos, o ingresso, na magistratura brasileira, de julgadores ilustres, portadores de conhecimen-

2 BONAVIDES, Paulo/Paes de Andrade. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 327.

3 "Art. 104 — Compete aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciárias e prover os respectivos cargos, observados os preceitos dos arts. 64 a 72 da Constituição, mesmo quanto à requisição de força federal, ainda os princípios seguintes: [...].
"§ 6º Na composição dos tribunais superiores serão reservados lugares, correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de lista tríplice, organizada na forma do § 3º [...]".

4 ROSA, Roberto. *A Advocacia-Geral da União, in* A Constituição Brasileira 1988: Interpretações. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Fundação Dom Cabral: Academia Internacional de Direito e Economia,1988, p. 270.

tos invejáveis e marcados pela experiência profissional, visão ampliada e, com certeza, experimentados nas lides forenses.

Sobre a participação do advogado nos tribunais, vale transcrever, aqui, o escrito pelo Ministro Carlos Mário da Silva Velloso[5]: "um quinto dos juízes dos Regionais Federais, já falamos, será de advogados e membros do Ministério Público. Trata-se de uma salutar medida acolhida no Poder Judiciário, consistente no dotar os tribunais de um grupo de juízes que não são de carreira, de homens que conhecem os problemas da Justiça, problemas que os juízes de carreira comumente não estão a par, homens que vão enriquecer os tribunais com a sua experiência". Acrescenta, em seguida: "os integrantes do quinto são advogados que militam intensamente nos auditórios e que, muitas vezes, nos dão notícia de problemas da Justiça de que nós ministros, no ar condicionado dos nossos gabinetes, não poderíamos tomar conhecimento".

Cumpre-nos registrar, por necessário, que, com tais comentários elogiáveis, não desejamos, neste despretensioso artigo, nem de longe, ombrear-nos com os magistrados favorecidos de incontáveis méritos, achando, por bem, continuar mantendo, sempre, a necessária e devida distância, pela modéstia dos conhecimentos que amealhamos ao longo de nossa vida como profissional do direito.

Mais adiante, levados, ainda, pelas buscas, constatamos que as Constituições Federais brasileiras, seguintes à de 1934, mantiveram o mesmo disciplinamento, como no art. 105[6]; no

5 VELLOSO, Min. Carlos Mário da Silva. *Os Tribunais Federais e a Justiça Federal, in* A Constituição Brasileira de 1988: Interpretações. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Fundação Dom Cabral: Academia Internacional de Direito e Economia, 1988, p. 244.

6 "Art. 105 – Na composição dos tribunais superiores, um quinto dos lugares será preenchido por advogados ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, organizando o Tribunal de Apelação uma lista tríplice", *in www.presidencia.gov.br*.

inciso V do art. 124[7]; no inciso IV do art. 136[8], e, finalmente, no art. 94[9] das Cartas de 1937, 1946, 1967 e 1988, respectivamente.

Argumentam, porém, alguns autores, entre eles o nobre advogado tributarista Raul H. Haidar, de São Paulo, em artigo publicado sob o título "A Reforma do Judiciário e o quinto constitucional"[10] que, "apesar da aparente 'democratização' ou 'arejamento' dos tribunais, a elaboração de listas sêxtuplas acaba por sujeitar os indicados a constrangedores pedidos de apoio, seja a conselheiros das seções da Ordem dos Advogados, seja a integrantes do Ministério Público, o que viabiliza a interferência de interesses ou sentimentos pessoais que em nada enriquecem o sistema de escolha. Ao submeter a lista sêxtupla ao crivo do próprio Tribunal de que o candidato deseja fazer parte, possibilita-se verdadeira

7 "Art. 124 – Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios [...].
"V – na composição de qualquer Tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados e membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Para cada vaga, o Tribunal, em sessão e escrutínio secretos, votará lista tríplice. Escolhido um membro do Ministério Público, a vaga seguinte será preenchida por advogado. [...]", *in www.presidencia.gov.br*.

8 "Art. 136 – Os Estados organizarão a sua Justiça, observados os arts. 108 a 112 desta Constituição e os dispositivos seguintes: [...]".
"IV – na composição de qualquer Tribunal será preenchido um quinto dos lugares por advogados em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Os lugares no Tribunal reservados a advogados ou membros do Ministério Público serão preenchidos, respectivamente, por advogados ou membros do Ministério Público, indicados em lista tríplice. [...]", *in www.presidencia.gov.br*.

9 "Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.
"Parágrafo único. Recebidas as indicações, o Tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação" *in www.presidencia.gov.br*.

10 *in www1.jus.com.br* e *Revista Consultor Jurídico*, de 5-10-99.

submissão da Advocacia e do Ministério ao Poder Judiciário, o que prejudica a liberdade e a autonomia dessas instituições, em evidente prejuízo do interesse maior da Justiça. Outrossim, após a escolha dos tribunais a decisão final pertence ao Poder Executivo. Isso acaba violando os mais elementares princípios de independência e autonomia que devem existir entre os poderes da República, ignorando o princípio clássico da sua tripartição. Não raras vezes a escolha final recai sobre o indicado que melhor tenha demonstrado defender os interesses do Executivo, desequilibrando a balança da Justiça".

Sem dúvida, não se encontra isolado o pensamento do eminente advogado autor do bem posto artigo, pois inúmeras outras autoridades no assunto comungam de igual entendimento, chegando mesmo, algumas delas, a cognominar os magistrados ocupantes de tais espaços nos tribunais de "pára-quedistas" ou "corpos estranhos". Esquecem-se estes últimos, porém, de que, se levarmos, *mutatis mutandis*, para o campo da ciência médica – guardadas, obviamente, as devidas proporções – vamos constatar que incontáveis corpos estranhos, não pertencentes a certos pacientes, são neles implantados, mantendo-os vivos para os embates do dia-a-dia.

É verdade que os integrantes do "quinto constitucional" não se submetem ao rigor da prévia aprovação em concurso público (art. 92, I, da Constituição Federal), caminho, aliás, natural para ocupação de cargos públicos, embora merecedor de cuidadosa atenção, pelos tropeços que têm marcado, aqui e ali, tantos desses certames de seleção, a exigir, cada vez mais, a necessidade de se conhecer a face oculta de inúmeros concursos no Brasil. Reservamo-nos a retornar ao tema mais adiante.

Desde a instituição do "quinto", existe, por imperativo constitucional, uma rígida seleção e, por isso, no âmbito da OAB, secção do Piauí, *v.g.*, por ocasião da última escolha, e pela primeira vez, neste Estado, os critérios de seleção atenderam a novas exigências. Além da prova de contar os candidatos com mais de dez anos de experiência no ramo do direito, da assinatura de carta/compromisso contra o nepotismo, foram eles submetidos a uma eleição que contou, inicialmente, com a presença de todos os ad-

vogados inscritos na seccional piauiense aptos a votar, resultando do pleito a seleção de doze nomes. Em seguida, por meio de uma sessão pública, submeteram-se a uma sabatina, que contou com a presença de todos os integrantes do Conselho Seccional da entidade. Encerrado o debate, reuniram-se os membros do Conselho e, em votação secreta, formaram, dentre os doze selecionados na Assembléia-Geral, uma nova lista, desta vez sêxtupla, para envio ao egrégio Tribunal de Justiça. Este, por seu turno, também em votação secreta, presentes os Desembargadores, reduziu a lista para três nomes, encaminhando-a ao Chefe do Poder Executivo estadual, que se fixou em somente um, nomeando-o para a mais alta Corte de Justiça do Estado.

Há de indagar-se, ao final, se ficaram os desembargadores/nomeados ou aqueles outros que chegaram ou chegarão ao ápice da carreira magistratural submissos aos desejos de milhares de advogados que o elegeram e, também, presos às vontades dos integrantes do Poder Judiciário. Não devemos esquecer a fórmula da escolha que, à exceção da adotada pelo Governador do Estado, opera-se por votações secretas, inviabilizando, pois, a insinuação de que este ou aquele votou no candidato escolhido.

Fixando-nos, de outra parte, no "prêmio", como chamam alguns, concedido pelo primeiro mandatário do Estado ao advogado nomeado, cumpre-nos enfatizar, embora *ad argumentandum tantum*, que se poderia, ao acolher a tese do jurista acima citado, pensar no favor concedido e no desejo do autor da nomeação vir a buscar algumas benesses, em contrapartida ao ofertado. Não é desprezível recordar, de logo, que não imagina, *a priori*, o governante, sequer quais nomes chegarão às suas mãos para escolha, além de sabermos, por outro lado, da sua efêmera passagem à frente do Executivo, diante da sempre presente alternância no Poder. Não deslembrar, também, que o primeiro mandatário estadual acha-se no exercício do cargo, levado pelo sufrágio popular, em que cada cidadão encontrou o instrumento de expressão e decisão, sendo, portanto, de presumir-se, em última análise, tratar-se o escolhido de um homem íntegro, competente e cumpridor das leis, pois, em suas mãos, os eleitores colocaram os destinos do Estado.

Confessamos ser, ainda, daqueles que comungam da presunção de que a pessoa humana é boa por natureza, que a escolha deve operar-se tendo em mira os altos interesses da Justiça, e que não se pode e não se deve duvidar de tudo e de todos, a ponto de chegar-se, abruptamente, à aplicação do brocardo latino: *do ut des, facio ut des, do ut facias, facio ut facias*[11]. Pensando assim, condenar-se-ia toda a vigente sistemática de investidura de diversos cargos similares nos tribunais superiores, e, sob o pálio da "justificativa" de eliminação da nefasta falta de honorabilidade inerente ao ser humano, jogar-se-ia, por terra, a constitucional competência privativa do Presidente da República quando nomeia, em caráter vitalício e sem concurso, os ministros do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores, bem como, igualmente, nomeia os ministros do Tribunal de Contas da União, os governadores dos Territórios, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União, o presidente e os diretores do Banco Central.

O princípio da separação de poderes, de há muito constatado por José Afonso da Silva,[12] encontra-se debatido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que, também, conceberam uma doutrina de separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu.

A independência dos poderes significa que: a) a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) no exercício das atribuições que lhe sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.

A *harmonia entre os poderes* verifica-se, primeiramente, pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De ou-

11 "Dou para que me dês, faço para que me dês, dou para que faças, faço para que faças" *in* Como traduzir e empregar o latim forense (brocardos e expressões). Gilberto Caldas. Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda. 1978, p. 64.

12 DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. revista e atualizada, Editora Malheiros.

tro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos. A busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade é indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e, especialmente, dos governados.

Se o Presidente da República não pode interferir nos trabalhos legislativos com o fim de obter aprovação rápida de seus projetos, é-lhe, porém, facultado marcar prazo para sua apreciação, nos termos dos parágrafos do art. 64 da Carta Magna.

Se os tribunais não podem influir no Legislativo, são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando neste caso.

O Presidente da República não interfere na função jurisdicional. Em compensação, os ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, sob controle do Senado Federal, ao qual cabe aprovar o nome escolhido (art. 52, III, *a,* da Constituição Federal).

São esses alguns exemplos apenas do mecanismo dos freios e contrapesos, caracterizador da harmonia entre os poderes. Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco – que, aliás, integra o mecanismo – para evitarem distorções e desmandos. A desarmonia, porém, ocorre sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro. Nesse diapasão, forçoso é concluir que o "quinto constitucional" nada mais é senão a materialização do equilíbrio entre os poderes. Afinal, basta uma simples visão panorâmica para avistarmos, nos tribunais federais, as funções essenciais (arts. 96, 128 e 133 da CF/88) e permanentes de Estado. É esse o fundamento que escora e sustenta, até hoje, permitindo, pois, o afastamento do princípio do concurso público, no que toca aos membros dos tribunais.

Raciocinar diferente equivale a desconsiderar o ideário da separação dos poderes, subjulgando mesmo a idoneidade dos nossos representantes, tudo com o escopo de lançar, na mente de todos, conclusões, pretendendo impor que o concurso público é infalível, incorruptível e único meio de seleção viável; procurar convencer, cada um de nós, que o acesso à desembargadoria deve operar-se somente por juízes de primeiro grau, recrutados por concursos de provas e títulos, esquecendo o argumento de que poderão tais magistrados, ao longo de suas vidas magistraturais – se pensarmos somente em troca de favores –, ser eternos devedores de obséquios pelos votos recebidos dos senhores desembargadores, por ocasião de suas promoções por merecimento; por derradeiro, defender a tese de que os advogados, os magistrados e o Chefe do Poder Executivo – na disputa do preenchimento do "quinto constitucional" – são incompetentes para aferirem os graus de "reputação ilibada" e "notório saber jurídico" de cada concorrente do "quinto constitucional".

No tocante à sugestão, às vezes ventilada, voltando, como compete, ao assunto anteriormente iniciado, de que o ingresso de advogado e de membro do Ministério Público, pelo "quinto constitucional", deveria ocorrer por meio de seleção em concurso público, por ser o único meio disponível, comporta, nesse passo, transcrever o entendimento procedente do jurista piauiense Robertônio Pessoa[13], que, com todas as letras, registra seu alerta ao dizer: "Em se tratando de 'carreiras jurídicas', tal preocupação se faz, ainda, mais presente, dada a posição estratégica tradicionalmente atribuída às mesmas no seio do Estado" e acrescenta, em seguida, que "constatamos, infelizmente, que o desencadeamento das transformações pretendidas pelas novas diretrizes curriculares tem encontrado um forte obstáculo no modelo de concurso público hoje difundido entre nós, principalmente aqueles destinados à seleção dos ocupantes das chamadas 'carreiras jurídicas' (advogados públicos, promotores, defensores públicos, magistrados). Tais concursos têm revelado, em sua grande maioria, uma lógica inteira-

13 Artigo "Formação Jurídica e Concursos Públicos – Lógica em conflito" *in Revista Jurídica*, Ano I, n. 1, setembro/2004, Novafapi Faculdade, Teresina, p. 7.

mente diversa, para não dizer contraditória, aos novos conceitos de formação e cultura jurídica". Vêem-se, assim, por inegável, falhas na aplicação de certos concursos, fazendo surgir a falta de lisura, ocorrência de favorecimentos, subjetividade na correção das provas, e, como afirmação desses fatos, bastam as inúmeras ações em tramitação no judiciário brasileiro.

É de se pôr um fim nos concursos burocratizantes, pesados e demorados, optando-se por um sistema mais simples e bem mais confiável, para, em derradeira análise, poder-se – vez por todas –, com a segurança sonhada, garantir a isenção e a qualidade da escolha, permitindo, aí sim, afirmar que só o concurso público se constitui solução insubstituível.

Até lá, de tudo fica a certeza de que setenta anos se passaram de permanente vigência e aplicação, em nosso País, do "quinto constitucional", e ele tem-se mostrado profícuo. Inúmeras constituições sucederam-se, tendo o Brasil sido governado por integrantes de partidos com marcas ideológicas diversas. Inovações legislativas operaram-se, defeitos corrigidos, emendas constitucionais promulgadas. Muito já foi passado em revista, e de pé continua o "quinto constitucional". Longa vida tem percorrido, e prosseguem demonstrando operosidade os ocupantes do cargo, com insignificante índice de magistrados marcados por comportamento reprovável ou mesmo afastados e execrados do judiciário por atos criminosos.

Resta, pois, concluir com o velho adágio de que o tempo é, com certeza, um importante juiz da História, e, induvidosamente, para a presente problemática, tem assim se mostrado.

O DIREITO ECONÔMICO COMO FUNDAMENTO PARA A REVISÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS DE FOMENTO INDUSTRIAL[1]

Renato Lisboa Altemani[2]

1. Introdução

Direito e Economia são campos de estudo que necessariamente se entrelaçam, na medida em que vivem em relação de interdependência: o Direito precisa do desenvolvimento da economia para a manutenção da administração pública; a Economia depende da ordem jurídica para que possa subsistir com alguma harmonia.

Assim, os ordenamentos jurídicos, cada qual à sua maneira, oferecem uma disciplina das relações econômicas, estabelecendo os limites do uso do poder pelos atores privados e orientando a atuação estatal para proteger e incentivar o desenvolvimento. Esse conjunto de normas é objeto de estudo da disciplina que se convencionou denominar Direito Econômico.

---

1 Este artigo foi desenvolvido a partir dos estudos realizados para a elaboração de monografia sob orientação do eminente professor Dr. Welber Barral, a quem deixo os devidos agradecimentos.

2 *Bacharel em Direito pela UFSC. Assessor jurídico no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.*

Tais normas, além de limitarem a liberdade de atuação dos particulares, representam também um limite ao poder político. O presente estudo examina a possibilidade de revisão judicial de leis e atos administrativos que componham políticas de fomento industrial praticadas em ofensa aos princípios do Direito Econômico.

2. Os princípios do Direito Econômico

O Direito e a Economia, embora possam ser separados como diferentes áreas de estudo, não podem ser desatados por completo. Nas palavras de Manuel Afonso Vaz, "o direito e a economia não podem ignorar-se, e nunca se ignoraram. Com efeito, os homens compreenderam rapidamente que a ordem jurídica afecta o sistema económico existente e é afectada por este"[3].

No Estado brasileiro, a Administração tanto pode participar diretamente da economia, por meio da instituição de empresas estatais, quanto pode atuar indiretamente, regulamentando mercados e desenvolvendo atividades conjuntas com o setor privado. Tais modalidades de atuação estatal são chamadas de intervenção no domínio econômico[4] e devem ser parte de um conjunto de ações organizadas com o objetivo de eliminar as diferenças entre a realidade econômica idealizada e a real.

A atuação estatal, sendo vinculada, deve pautar-se nos princípios jurídicos que regem a atividade econômica, em especial aqueles contidos na Constituição da República, que orientam e limitam o poder estatal. O Poder Público, derivado dos preceitos constitucionais, deve respeitar as normas que lhe conferem o po-

3 VAZ, 1998, p. 15.

4 SILVA, 2002, p. 97: "Pelo que apresentamos, podemos dizer, pois, que a intervenção estatal, dentro dos limites traçados por esta obra, refere-se exclusivamente a interferência do Estado, através das autoridades públicas, dos órgãos públicos, das normas jurídicas de intervenção, dos monopólios públicos e das demais empresas públicas, na vida econômica e nos negócios privados oriundos das atividades da sociedade como um todo, com o fim de regulá-la, orientá-la e fiscalizá-la, ora coibindo atividades, ora modificando atitudes, ora fazendo cumprir obrigações legais e ora impondo a prática de atos econômicos, mediante sanções premiais".

der de que dispõe, notadamente as inseridas no texto constitucional. Como afirma Ferreira Filho, "sendo a Constituição a lei suprema, os próprios poderes do Estado, que dela recebem competência, nada podem contra ela. Poderes 'constituídos' que são, têm na Constituição a fonte de sua autoridade. Perdem-na se a contrariam, e no que com ela colidem seus atos são inválidos"[5]. No dizer de Canotilho, "a constituição não pode ser apenas um *tema*; deve tornar-se premissa da política"[6].

A Constituição Federal enumerou, em seu artigo 170, os princípios jurídicos que regem a atividade econômica, que podem ser denominados "princípios do direito econômico", ou "constituição econômica"[7], a prever a maneira como se espera que ajam os atores da economia privada, o meio de fiscalização e as sanções aplicáveis, bem como as hipóteses de atuação e de intervenção econômica do Governo.

Não é taxativa, porém, a enumeração de princípios disposta pelo art. 170 da Lei Maior. Um princípio pode ser identificado dentro de um determinado ordenamento jurídico, mesmo que não esteja enunciado no texto legal, por uma interpretação sistêmica.

Tanto os princípios jurídicos positivados como os implícitos são fundamentais para a interpretação e a aplicação do direito[8]. Nesta senda, leciona Rizzato Nunes que "o princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com eles se conectam"[9].

5 FERREIRA FILHO, 1990, p. 31.
6 CANOTILHO, 1994, p. 148.
7 Alguns autores, contudo, utilizam a expressão "Constituição econômica" para designar a parte do texto constitucional que trata da regulação da vida econômica. Para Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, 2002, p. 96), "a Constituição econômica é a parte da Lei Maior que cuida da regulação da vida econômica, fixando seus princípios fundamentais, determinando algumas regras básicas e definindo, por assim dizer, os atores principais da cena econômica".
8 ESPÍNDOLA, 2002, p. 60-61.
9 NUNES, 2000, p. 3.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou um modelo baseado na livre iniciativa, em que a atuação estatal na economia é praticada, ordinariamente, pelo exercício do poder de polícia contra o abuso do poder econômico e da administração de empresas estatais e sociedades de economia mista, e, extraordinariamente, por políticas de fomento, um recurso por meio do qual o Governo procura equilibrar ou acelerar o processo de desenvolvimento de determinados setores da economia.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, deu amplo tratamento às questões econômicas. Em seu Título VII, denominado "Da ordem econômica e financeira", tratou dos princípios gerais da atividade econômica (Capítulo 1, arts. 170 a 181), da política urbana (Capítulo 2, arts. 182 e 183), da política agrícola e da reforma agrária (Capítulo 3, arts. 184 a 191) e do sistema financeiro nacional (Capítulo 4, art. 192). Ao "social", historicamente atado ao econômico, foi reservado o título seguinte (Título VIII, Da ordem social, arts. 193 a 232).

Todo esse complexo normativo deve ser observado no planejamento de políticas de desenvolvimento econômico, tanto no aspecto formal, com o respeito à divisão entre os Poderes e às competências previstas, como no aspecto material, perseguindo a autoridade estatal, sempre, o bem comum, consoante os valores consagrados pela Carta Magna.

Na literatura especializada, os autores divergem quanto à enumeração dos princípios consagrados na ordem econômica instituída na Constituição vigente.

Segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca[10], são princípios da atividade econômica a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para empresas brasileiras de pequeno porte.

10 FONSECA, 1998, p. 87-95.

Para Eros Roberto Grau[11], são princípios da atividade econômica a dignidade humana, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, a liberdade de associação regional e sindical, a garantia do direito de greve, a sujeição da ordem econômica aos ditames da justiça social, a soberania nacional, a propriedade e a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte e a integração do mercado interno ao patrimônio nacional.

Encontrar um denominador comum entre os diferentes conjuntos de princípios eleitos pela doutrina como diretrizes do Direito Econômico brasileiro é questão que merece aprofundamento, mas que refoge ao propósito e ao alcance deste estudo. Consigne-se, apenas, que a intervenção estatal na economia deve sempre observar, ao lado das normas constitucionais que definem as competências dos Poderes e dos preceitos do Direito, Administrativo, Financeiro e Tributário, os princípios jurídicos que regem a atividade econômica, merecendo especial atenção aqueles enumerados nos incisos do art. 170 da Constituição da República.

3. Poder discricionário e revisão judicial

A possibilidade de revisão judicial de políticas industriais tem sido, na prática forense, encarada com reservas, que se esteiam em dois argumentos básicos: inviabilidade de se proferir decisão judicial amparada em conceitos econômicos, que são "extrajurídicos", e o respeito ao poder discricionário da Administração.

Inicialmente, cumpre afastar o argumento falacioso de que, por serem os conceitos econômicos extrajurídicos, não competiria ao Poder Judiciário fiscalizar a legitimidade de políticas industriais. A seguir-se tal raciocínio, não seria possível o controle da

11 GRAU, 2002, p. 236 e ss.

poluição, já que a Ecologia se utiliza de conceitos extrajurídicos, e estar-se-ia a ignorar todo o ordenamento jurídico no que se refere à preservação do meio ambiente.

Observe-se, ademais, que a utilização de conhecimentos técnicos de áreas outras que não o Direito é circunstância há muito prevista pela legislação processual, que dispõe sobre a produção de prova pericial[12]. Afinal, tolher a competência do Poder Judiciário, de forma a afastá-lo de todas as matérias em que seja necessário lançar mão de conhecimentos técnicos, seria malferir o acesso à Justiça e transformar em letra morta preceitos de fundamental importância no ordenamento jurídico pátrio, dentre os quais as normas concernentes à regulação da economia. Dessa forma, o magistrado, se julgar conveniente, pode determinar a produção de perícia, a realizar-se por perito na área das ciências econômicas.

Exemplo eloqüente da consagração, pelo ordenamento brasileiro, da abordagem interdisciplinar entre Direito e Economia encontra-se na lei que disciplina a proteção à livre concorrência. O sistema estabelecido pela Lei n. 8.884/94 partiu de uma concepção interdisciplinar do fenômeno da concorrência, trazendo das ciências econômicas o conceito de conduta anticoncorrencial. A regra jurídica, ao não enumerar taxativamente as condutas ofensivas à concorrência, permitiu que a sua aplicabilidade se adaptasse às constantes transformações da realidade econômica.

Ao estabelecer regras genéricas de controle dos atos restritivos da concorrência, o legislador foi atento ao fato de que, diante da complexidade do mercado e da criatividade e energia com que

12 MARINONI, 2000, p. 332: “Percebe-se que pode incumbir ao juiz saber se a afirmação de fato, que conduz à afirmação de direito realizada, é verdadeira. Ou seja, o julgador, para definir se o autor tem direito, em muitos casos terá que determinar que um terceiro emita um juízo técnico sobre uma afirmação de fato. Este juízo, que depende na sua formação de um conhecimento técnico que o juiz não possui, é o resultado da produção da prova pericial. Melhor dizendo, a realização da prova pericial permite que o perito e os assistentes técnicos formem um juízo sobre um fato, e que este juízo seja transmitido – observando-se sempre, evidentemente, o contraditório – ao juiz, que deve valorar esta prova, e ainda confrontá-la com as demais produzidas no processo”.

cada competidor procura ampliar o seu próprio negócio, não seria possível antever todas as modalidades de manobras para burlar as regras de concorrência e promover o controle de mercado. Nesse contexto, delineou os princípios de um mercado livre, criou determinadas regras objetivas para a atuação dos atores privados, mas também permitiu à Administração, com um certo grau de autonomia, decidir pela existência de ato agressivo à livre concorrência, ainda que não expressamente previsto em lei[13]. Os comandos genéricos protegem o sistema de eventuais "brechas" que os comerciantes vierem a encontrar na lei, fazendo com que todo ato jurídico considerado, do ponto de vista econômico, lesivo à livre concorrência seja passível de revisão pelo Estado.

A adoção de uma abordagem interdisciplinar para se avaliar a legitimidade de políticas de fomento industrial é imprescindível ao bom funcionamento do Estado. Relegar a matéria à livre apreciação do Governo, sob o argumento de que os conceitos utilizados não são jurídicos, significaria conceber um poder político absolutamente ilimitado, ao arrepio do ideal democrático de atividade estatal vinculada.

Nesse contexto, assentado que, em determinados casos, a aplicação da lei pressupõe uma abordagem interdisciplinar entre Direito e Economia, resta apreciar a possibilidade de intervenção judicial no mérito do ato administrativo. A iniciativa do Executivo, ainda que sujeita ao seu poder discricionário, não deve contrariar a lei ou o interesse público.

É oportuno lembrar, neste ponto, o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual "poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes

13 Nesse sentido, disserta Elói Martins Senhoras (SENHORAS, 2003, p. 84): "A concorrência não pode ser entendida como algo abstrato e desvinculado da realidade. De fato, esse instituto, dotado de dinamismo, deve ter como características tanto a maleabilidade quanto adaptabilidade às mutações implementadas quer pelos agentes econômicos, quer pelos mecanismos mercadológicos. A empresa vai sempre buscar novas formas e novos modelos de se adequar ao mercado. Por isso, é fundamental que o conceito jurídico de concorrência seja elástico e flexível, com o intuito de sempre poder abranger tanto o provável quanto o improvável".

inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei"[14].

O controle jurisdicional sobre isenções fiscais, investimentos públicos, ou qualquer outro benefício envolvido numa política industrial representa um importante mecanismo para refrear favores indevidamente concedidos, em prejuízo do equilíbrio da economia e também do erário. O desvio de finalidade nos atos de intervenção no domínio econômico é um fenômeno de não rara ocorrência e pode resultar da pressão exercida por grupos econômicos influentes[15].

Sobre o exame judicial do mérito do ato administrativo, registra-se precedente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

"Pauta-se pelo princípio da proporcionalidade o exame do mérito do ato administrativo, devendo-se respeitar a discricionariedade da Administração até o momento em que se transgride o razoável, traduzindo o ato manifesta lesão ao interesse público" (Ap. Cív. n. 2002.011186-0, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 8-11-2005).

Advirta-se, na esteira do precedente citado, que a intervenção do Judiciário em questões que envolvam o poder discricionário da Administração deve reservar-se às hipóteses em que comprovada à saciedade a alegada afronta à lei. A mera dubiedade não dá margem à anulação, militando em favor dos atos administrativos a presunção de legitimidade.

Assim, no exame de políticas industriais, embora admissível a incursão no mérito administrativo, deve-se reservar a interven-

14 MEIRELLES, 1999, p. 102.

15 HAUWE, 1999, p. 13: "The dominant strategy for any organized interest group in a majoritarian polity is to lobby for policies which provide large benefits to its members and disperse the costs over everyone else. This tendency exists even in liberal democracies. Through implicit vote-trading, a coalition of interest groups, comprising a bare majority of voters, can get all or at least most of their favoured projects approved for public provision. Under certain conditions, the total costs of these projects can exceed their benefits, while cost spreading through the 'fisc' induces a rational ignorance of this process on the part of the disadvantage majority".

ção judicial aos casos em que manifesta a afronta à ordem jurídica. Essa visão restritiva da intervenção judicial é uma questão de razoabilidade, já que são muito amplas as possibilidades de se argumentar favorável ou desfavoravelmente a uma determinada política industrial, sobre o que se tratará a seguir.

4. Análise da legitimidade das políticas de fomento industrial

Política de fomento industrial, ou política industrial, é um conjunto coordenado de ações dos setores público e privado para promover a competitividade da indústria, ampliar o acesso a mercados e a competitividade dos segmentos industriais tradicionais, fomentar o desenvolvimento dos complexos industriais de produtos com maior valor agregado e alto conteúdo tecnológico, estimular o desenvolvimento de novas tecnologias, aumentar as exportações e incentivar a substituição competitiva de importações[16], buscando um quadro industrial estável e independente da proteção do Estado. É, portanto, uma medida política, cujo declarado propósito é o de interferir na economia para melhorar o seu funcionamento.

O Chefe do Poder Executivo, ao propor a criação de uma política de fomento, não deve seguir livremente as suas impressões e vontades, mas, sim, observar as prioridades estabelecidas pelo ordenamento jurídico a que o poder político se sujeita. Assim, a intervenção na economia é legítima à medida que visa a uma aproximação do quadro econômico real àquele idealizado pelo sistema jurídico, considerando-se, especialmente, os princípios enumerados pela Constituição, em seu art. 170. Se, porém, a medida governamental não aproxima, mas tende a afastar o cenário econômico nacional dos interesses juridicamente protegidos, tem-se uma decisão política contrária ao interesse público e, por decorrência, ilegítima.

Em resumo, atendimento ao interesse público, quando se trata de políticas industriais, traduz-se em consonância com os princípios do Direito Econômico.

Uma política de fomento industrial é viabilizada por meio de atos normativos expedidos pelo Legislativo e pelo Executivo. Con-

16 A política de desenvolvimento industrial, 2002.

quanto a produção de normas seja atividade própria do Legislativo, no Estado contemporâneo sobressai a importância do poder normativo do Executivo. Isso porque "não há como, na atualidade, subtrair-se o poder normativo da Administração. Aliás, há setores, como, por exemplo, o tecnológico, sempre em processo de evolução, que são melhor regulados pela plasticidade regulamentar. A governabilidade, aliás, depende cada vez mais da estreita colaboração entre os poderes Executivo e Legislativo"[17].

São diversos os possíveis conteúdos das normas que compõem o benefício, que pode envolver, por exemplo, incentivos fiscais e financeiros, prestação de serviços, comodato ou doação de bens públicos.

Avaliar se uma determinada política industrial encontra-se em consonância com as normas do Direito Econômico é tarefa extremamente complexa, pois a economia não reage tão-somente às regras do Governo, mas também, e principalmente, às leis do mercado. O Poder Executivo, ao tomar uma medida de intervenção no domínio econômico, decide de acordo com as peculiaridades do contexto em que ela se insere. Por esse motivo, não se pode promover o exame da legalidade de uma política industrial sem que se considerem as circunstâncias de fato que a tenham motivado.

Seria um erro questionar a legalidade de uma política industrial em razão do mau desempenho econômico do setor beneficiado. De fato, se há crise num certo ramo do setor produtivo, isso não decorre necessariamente da atuação governamental, assim como o crescimento de uma determinada indústria no país não é necessariamente mérito da intervenção estatal. A crise, no primeiro caso, ou o crescimento, no segundo, podem ser simplesmente conseqüência de fatores macroeconômicos, como variações da oferta e da demanda no mercado internacional, ou de uma alteração cambial que favoreça a exportação ou que prejudique, no mercado interno, a venda de produtos cuja fabricação demande peças importadas.

17 CLÈVE, 2000, p. 128.

Sublinhe-se também que uma intervenção, mesmo que feliz no seu intento imediato (desenvolvimento de um determinado setor industrial, por exemplo), pode ser encarada negativamente no seu objetivo mediato e mais amplo, que é o interesse da própria economia nacional, conforme as prioridades eleitas pelo sistema jurídico.

A título ilustrativo, um estado da federação pode estabelecer uma política de incentivos extremamente benéfica à exportação de algodão e farelo, de forma a devolver os recursos investidos pelo governo no prazo entre dez e doze anos, com significativo crescimento da produção nesse setor. Suponha-se, porém, que o custo de tal política aos cofres públicos esgote a possibilidade de o mesmo governo, nos oito anos seguintes, potencializar a produção dos pequenos agricultores, o que geraria mais empregos e beneficiaria a redução da desigualdade num prazo menor. Suponha-se, ainda, que as medidas tomadas pela Administração tenham favorecido somente um grupo de latifundiários, em prejuízo de médios e pequenos produtores de algodão. Nessa hipótese, poder-se-ia dizer que a política do estado em relação ao setor produtivo agrícola refugiu aos princípios do valor social do trabalho, da redução da desigualdade e do favorecimento da pequena empresa, questionando-lhe a legitimidade, mesmo se bem-sucedido o empreendimento algodoeiro.

Analisando um caso concreto, o do Regime Automotivo do Brasil[18], encontra-se uma política industrial para o setor automotivo que impulsionou o crescimento da produção e o aumento de empresas participantes no mercado nacional, trazendo, em contrapartida, a redução do número de empregos diretos. Poder-se-ia questionar a legitimidade de um investimento do Governo que tenha trazido a redução de empregos, afrontando os princípios do valor social do trabalho e da dignidade humana. Ou, ainda, poder-se-ia dizer que o crescimento da indústria no Brasil era previsível diante da conjuntura econômica, e independia de medida governa-

18 Política industrial adotada para o setor automotivo no Brasil a partir da edição da Medida Provisória n. 1.024, de 1995. Sobre o tema, VEIGA, João Paulo Cândia; VIGEVANI, Tullio.

mental, sendo injustificável a concessão de benefícios tarifários ao setor. Por outro lado, seria possível afirmar que a perda de empregos diretos no setor é uma tendência mundial e poderia ter sido ainda maior no País não fosse a intervenção governamental, além de argumentar que a perda de empregos diretos teria sido compensada, com saldo positivo, pela criação de empregos indiretos.

Verifica-se, portanto, que o estudo proposto requer amplo e cuidadoso exame da conjuntura econômica em que se insere a política industrial questionada. Esse exame pode exigir conhecimento técnico de contabilidade ou de economia, além de análise setorial de mercado, o que justifica a requisição de prova pericial.

É importante ressaltar, além disso, que a interferência do Judiciário em uma decisão política do Executivo ou do Legislativo somente se justifica se comprovada a contrariedade ao interesse público. A mera dubiedade não dá margem à anulação, pois há presunção de boa-fé em todo ato administrativo. Daí que em ambos os exemplos citados (o hipotético, do investimento na indústria algodoeira, e o caso concreto do Regime Automotivo do Brasil) não seria justificável a intervenção judicial. As políticas, afinal, atenderam a interesses protegidos pelos princípios do Direito Econômico. Não com perfeição, é verdade, mas as decisões políticas, especialmente quando se trata da seara econômica, estão sujeitas a imperfeições que não lhes prejudicam a validade. É na manifesta e comprovada contrariedade aos princípios do Direito Econômico que se encontra a violação ao direito.

De fato, na seara econômica, é difícil encontrar para os problemas uma solução que seja a definitivamente mais adequada. Seria insensato, portanto, que se esperasse do Judiciário a *correção* das políticas para o melhor caminho. É essa uma decisão política que refoge à competência dos Tribunais. O que é possível e desejável, porém, é que o Judiciário coíba os casos em que for manifesta a contrariedade ao interesse público, especialmente se houver indícios de atendimento a interesses escusos.

Assim, somente se demonstrado que o ato impugnado, a pretexto de incentivar um setor da indústria, prestou-se a finalidade avessa ao interesse público, deve o Judiciário, quando provo-

cado, decretar-lhe a nulidade, em defesa dos princípios do Direito Econômico, que devem ser observados pela Administração.

A delimitação da fronteira entre coibir o abuso e desrespeitar a discricionariedade do poder político é questão que deve ser dirimida pelo princípio da razoabilidade. Não há, nesse campo, fórmula matemática, devendo-se resolver caso a caso. Essa incerteza, porém, não justifica o radical alheamento do Poder Judiciário, tese que somente pode ser defendida por ingenuidade ou oportunismo.

Reitere-se que o Judiciário deve interferir em decisões políticas industriais, com incursão no mérito do ato administrativo, somente nos casos de comprovada afronta aos princípios do Direito Econômico. Por respeito ao princípio da separação dos Poderes, não pode o magistrado revogar, com base em preferências e sutilezas, os atos, normas e contratos que compõem uma política industrial.

5. Conclusão

Uma política de fomento industrial, como atividade vinculada, somente é legítima se acorde com os princípios do Direito Econômico. A análise dessa "consonância com princípios" envolve necessariamente, de um lado, as normas jurídicas que regem a atividade econômica num dado Estado e, de outro, a avaliação econômica dessa política na conjuntura em que se insere. Pressupõe, portanto, uma abordagem interdisciplinar entre Direito e Economia.

É inafastável o controle judicial de políticas industriais que afrontem os princípios da ordem econômica. Em respeito ao princípio da universalidade da jurisdição, compete ao Poder Judiciário, quando provocado, desconstituir o benefício que contrarie a ordem jurídica, cumprindo ao magistrado, caso considere necessário, determinar a elaboração de laudo pericial a ser desenvolvido por especialista em contabilidade, economia ou administração, conforme exigir a circunstância.

A possibilidade de revisão judicial, porém, deve ser interpretada restritivamente, por observância ao princípio da separação

dos Poderes. Assim, reserva-se a intervenção do Poder Judiciário às hipóteses em que comprovada a violação ao interesse público.

Referências bibliográficas

A POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL: o que é e o que representa para o Brasil. Instituto de Estudos de Desenvolvimento Industrial. Disponível em <http://www.aduaneiras.com.br/colunas/destaques/pdf/iedi1.pdf>. Acesso em: 20 out. 2002.

ALTEMANI, Renato Lisboa. *Política industrial e legitimidade*: o caso do regime automotivo do Brasil. Florianópolis, 2002. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina.

ALVES, Maria Abadia da Silva. *Guerra fiscal e finanças federativas no Brasil*: o caso do setor automotivo. Campinas, 2001. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas.

BASTOS, Celso Ribeiro. Existe efetivamente uma Constituição econômica? *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 39, abr./jun. de 2002. p. 89-96.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 9. ed. Brasília: UnB, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas*: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GORGA, Érica Cristina Rocha *et al*. Relevância para a transformação das instituições no Brasil contemporâneo. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, v.126, abr./jun. 2002. p. 101-116.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HAUWE, Ludwig Van den. *Public choice, constitucional political economy and law and economics*. Bruxelas, 1999. Disponível em <www.uchicagi.edu/lawecon/>. Acesso em: 10 mar.2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

NASCIMENTO, Carlos Valder. *Curso de direito financeiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: direito material. São Paulo: Saraiva, 2000.

SENHORAS, Elói Martins. *Defesa da concorrência: políticas e perspectivas.* Cadernos de Pesquisa em Administração. São Paulo, v. 10, n. 1, jan./mar. 2003, p. 81-106.

SILVA, Américo Luís Martins. *Introdução ao direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VAZ, Manuel Afonso. *Direito econômico*: a ordem econômica portuguesa. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

VEIGA, João Paulo Cândia; VIGEVANI, Tullio. *Globalização e Mercosul*: política, indústria automobilística, informação. Disponível em <www.cedec.org.br>. Acesso em: 17 set. 2002.

POLÍTICA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA EM SANTA CATARINA E MARCO REGULATÓRIO: A TRANSIÇÃO DOS SERVIÇOS DA CASAN PARA OS MUNICÍPIOS

Sérgio Luiz Junkes[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve retrospectiva histórica do serviço de abastecimento de água; 3. A transição dos serviços da Casan para os municípios; 4. Água, Direito e Sociedade; 5. Considerações finais.

1. Introdução

A água é um bem vital, indispensável à subsistência do ser humano e ao desenvolvimento das suas atividades. O fornecimento da água apresenta-se, por conseguinte, como um serviço de caráter essencial, que deve ser prestado em favor de todas as pessoas, de modo universal e contínuo. A "continuidade" exprime que a água deve ser disponibilizada de maneira permanente, sem interrupções[2]. A "universalidade", por sua vez, significa que o servi-

1 *Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Blumenau. Mestre em Ciência Jurídica pela Univali.*

2 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In* SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) *Direito administrativo econômico, p. 50.*

ço de abastecimento de água deve ser fruível, em relação a todos os segmentos sociais, de modo amplo e sem quaisquer restrições decorrentes de condicionantes geográficos, econômicos ou culturais e independentes da "força do mercado". Ou seja, em face da relevância deste serviço sob a perspectiva social, veda-se a sua elitização e a criação ou reforço de "graus de cidadania na sociedade". Coibe-se, assim, por força da universalidade, que uns participem ativamente na comunidade política e recebam os seus serviços enquanto outros, ao revés, sejam excluídos da sociedade e de seus benefícios. Isso implica que a "modicidade" deve nortear a fixação da contraprestação devida pelos usuários. Em outros termos, o valor da contraprestação deve ser compatível com a natureza social do serviço e deve viabilizar o seu acesso a toda a coletividade[3].

Na história constitucional brasileira, e até hoje, o abastecimento de água é tarefa incumbida aos municípios. Todavia, tradicionalmente, há cerca de 30 anos este serviço é executado na maior parte do Estado de Santa Catarina pela Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan, por meio de convênios de concessão. Ressalte-se, portanto, que a política de abastecimento de água, no plano estadual, durante este período, teve sempre à frente, no seu planejamento e execução, a atuação decisiva e marcante desta empresa, como se pode examinar nos relatórios anexos, obtidos a partir do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento.

Nesse contexto, todavia, duas questões têm assumido certa notoriedade e preocupação na atualidade. A primeira diz respeito ao fenômeno da "municipalização do serviço de abastecimento de água". A segunda, refere-se à possibilidade da chamada "privatização da água".

Nos últimos anos, vem-se verificando uma paulatina e crescente migração do serviço de abastecimento de água da Casan para os municípios, por iniciativa unilateral destes. A "municipalização do serviço de abastecimento de água", portanto, de-

3 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Idem, p. 58.*

monstra que os municípios estão trazendo a prestação de tal serviço do plano estadual (leia-se Casan) para o local. A maneira invariavalmente utilizada pelos municípios para reassumirem este controle em detrimento da Casan é a via judicial. Dessa transição já se podem descortinar duas indagações preliminares: a) caminha-se para a extinção das atividades da Casan? b) a migração dos serviços da Casan para os municípios atende a necessidade de universalização e continuidade do serviço de abastecimento de água?

A essa transição, ou "municipalização do serviço de abastecimento de água", interliga-se e se acresce à questão da chamada "privatização da água".

A "privatização da água", nos termos deste artigo, compreende duas vertentes: a) a atribuição de valor econômico à água, sujeitando o seu uso à cobrança por meio do instrumento da "outorga"; b) a existência de um eventual modelo político-institucional favorecedor da transferência do serviço público de abastecimento da água para a iniciativa privada.

Seguindo-se o modelo de agências reguladoras implementadas em nosso País, foi criada, pela Lei n. 9.984/2000, a Agência Nacional de Águas – ANA, responsável por regular e implementar o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, o qual, por sua vez, prevê a exigibilidade de uma prévia "outorga", que deverá ser paga ao ente estatal por quem pretender utilizar-se de recursos hídricos (água). A outorga se prestaria a um controle qualiquantitativo da água.

A outorga, apesar de concebida para racionalizar a utilização dos recursos hídricos e ao mesmo tempo captar capital para financiar o sistema e os programas nele previstos, certamente causará algum impacto sobre as tarifas cobradas dos usuários sem que se vislumbre, com clareza, uma vinculação à universalização e à continuidade do serviço de abastecimento de água. Além disso, tal vinculação torna-se mais turva quando se verifica que a ANA apresenta os mesmos problemas estruturais e de déficit democrático peculiares ao modelo de agências reguladoras. Segundo esse modelo, está prevista a existência de agên-

cias reguladoras também no plano municipal para atuarem em cada comitê de bacia hidrográfica. Por isso, tanto a "outorga" como a previsão de agências locais são fenômenos que, aliados à transição do abastecimento da Casan para os municípios, potencializam os riscos a uma prestação de serviço de água adequada a toda a população. A "outorga" poderá encarecer e até inviabilizar o acesso das pessoas carentes ao serviço de água. O modelo de agências reguladoras, com a ruptura dos convênios com a Casan, poderá ensejar que o serviço de abastecimento seja deslocado à iniciativa privada, o que, em face da busca pelo "lucro", como é da índole capitalista, também poderá trazer sérios riscos à universalização do serviço e a sua própria continuidade. Afinal, se a interrupção do serviço já está em voga neste momento em que uma empresa de capital controlado pelo estado (Casan) é a prestadora, imagine-se no caso de sua substituição por empresa totalmente privada.

Quanto ao modelo regulatório, propriamente dito, não se constata, inicialmente, na sua legislação consolidada, nenhuma vinculação daquele com a universalização e a continuidade do serviço de abastecimento de água. Além disso, o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, responsável dentre outras coisas pelo planejamento, regulação, uso e cobrança dos recursos hídricos, é integrado por instituições com competências especiais e funcionais distintas, sem que haja um uma clara definição dos seus papéis que garantam uma atuação articulada e conjunta. Assim é que, apesar de haver instituições responsáveis pela política de abastecimento de água em nível federal, estadual e local, constata-se um vácuo e uma incerteza quanto ao "marco regulatório" na implementação coordenada da política do setor, enquanto por hora vislumbra-se todo um horizonte propício à privatização do serviço. Ao mesmo tempo, em meio a todo um sistema que contempla os três níveis federativos, assiste-se a um fenômeno de enfraquecimento da Casan em favor dos municípios, que não sabe ao certo se trará benefícios ou prejuízos à população, seja no plano local ou estadual, no que concerne à adequada oferta do serviço de abastecimento de água.

Enfim, à guisa de um remate a esta introdução da investigação proposta, tem-se que a transição dos serviços da Casan para

os municípios é um fenômeno ainda não bem compreendido. Isso se refere tanto ao processo de transição em si, seus fins, seus motivos, suas conseqüências, como também engloba os seus condicionantes sociais, econômicos, democráticos e jurídicos. Todos esses fatores, ora turvos, ora dispersos, são indissociáveis das políticas públicas e do marco regulatório do setor. É o que se propõe examinar neste artigo.

2. Breve retrospectiva histórica do serviço de abastecimento de água

Historicamente, a constituição do serviço de água no Brasil ocorreu no final do século XIX, a partir do ano de 1850, por meio de concessões pelas províncias às companhias privadas, impulsionado pela necessidade de viabilização das relações de produção e comércio. A incipiente organização do Estado Brasileiro contribuiu pela concessão deste serviço à iniciativa privada. Dessa maneira, em inúmeras cidades foram instaladas companhias privadas de saneamento, a maioria com capital inglês, como é o caso do Rio de Janeiro (1855), Recife (1873), Porto Alegre (1866), Belém (1881) e Fortaleza (1867)[4]. Em São Paulo, contudo, foi criada em 1877 uma companhia de economia mista (Companhia Cantareira de Águas e Esgoto). Todavia, diante da insatisfação da população, em 1892 o Estado de São Paulo assumiu o abastecimento de água e passou a administrar os serviços por intermédio da sua Repartição de Águas e Esgotos[5]. Tal processo, também em face do mesmo motivo do descontentamento popular, estendeu-se praticamente a todas as outras localidades, com exceção do Rio de Janeiro e de Santos, onde continuou a operar a empresa City até 1947 e 1953, respectivamente[6]. Em geral, a iniciativa privada apresentou na época um desempenho muito acanhado, uma vez que só atendia aos núcleos centrais das cidades, apesar das reiteradas reivindicações para o aumento da oferta dos serviços. Em razão disso e em face do crescimento industrial e comercial, e da nova

4 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. *O saneamento no Brasil. Políticas e interfaces*, p. 105-106.

5 RUTKOWSKI *apud* REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 107.

6 AZEVEDO NETO *apud* REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 169.

dinâmica urbana decorrente, é que o poder público acabou encampando todos os serviços de saneamento, à exceção do Rio de Janeiro e Santos[7]. Aliás, segundo Resende & Heller, foi de fundamental importância a participação popular no processo de transição deste modelo de gestão da iniciativa privada para o Estado[8]. Essa encampação ocorreu a partir de 1893, ficando o serviço de abastecimento de água sob a administração direta dos Municípios, Estados ou União, por meio de diretorias, repartições ou inspetorias. Tal modelo atendia ao disposto na Constituição Federal de 1891, que preservava a autonomia do poder local, ensejando na época uma ação isolada e desarticulada entre as diversas esferas. "A resultante ausência de unidade de gestão e intervenção entre os Estados e cidades foi determinante para o estabelecimento de importantes desigualdades regionais. A regra mais comum era que os interesses econômicos locais determinassem ações de caráter provisório e emergencial"[9].

Ao término do século XIX, somente duas capitais brasileiras não apresentavam sistemas de distribuição domiciliar de água: Florianópolis e Paraíba do Norte (atualmente João Pessoa). Nesse período, em razão da atuação do governo estadual, São Paulo destacava-se no cenário nacional. Em 1903 já ostentava 25 cidades com rede de distribuição de água, além de outras 4 em execução e 14 com projetos concluídos[10]. Só em 10-5-1910 foi inaugurado o primeiro sistema de abastecimento de água catarinense em Florianópolis, com a concessão de sua exploração à Company the State of Santa Catarina Brazil Ltd[11].

Com a penetração do Estado Nacional nos níveis estadual e municipal, houve uma busca articulada de soluções que melhor atendessem aos anseios da expansão da produção e do comércio nacionais. Contudo, tais ações conjuntas continuaram a privilegiar as cidades e regiões mais ricas. Por intermédio de órgãos como a Inspetoria de Obras Contra a Seca (IOCS) e o Departa-

7 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 168.
8 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 108.
9 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 170.
10 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 169.
11 Fonte: http://www.casan.com.br/comp_historia_constituicao.htm

mento de Obras e Saneamento (DNOS), a partir da década de 30 o poder público consolidou a sua atuação no saneamento, uma vez que, por meio de convênios com estados e municípios, a União investiu importantes recursos técnicos e financeiros no desenvolvimento de ações no setor[12].

Em 1890 havia 31 cidades brasileiras com rede de água; em 1900, 57; em 1910,186; em 1920, 284; em 1930, 344[13].

De 1930 a 1950 houve uma centralização dos serviços de abastecimento de água. Foi criada uma estrutura federal para desenvolver ações nesse sentido, em conformidade com o artigo 13 da Constituição de 1934. Convergente com ela, tais intervenções da União foram iniciadas pela edição do Código de Águas em 10-7-1934, após uma longa tramitação. Apesar de voltado preponderantemente para a política de produção de hidroeletricidade, o Código de Águas foi de grande importância, uma vez que definiu os primeiros instrumentos da gestão pública do setor de saneamento[14]. O Código conferia à União o poder de cobrar as tarifas, e, a exemplo do que já ocorria no Estado de São Paulo, a União assumia a implantação dos sistemas e posteriormente os repassava à administração dos municípios. Contudo, tal estratégia mostrou-se frágil muitas vezes, uma vez que boa parte dos municípios não conseguiam gerir tais sistemas, o que provocava a deterioração de todos os investimentos do governo federal[15].

No início dos anos 50, passou-se a adotar um modelo de gestão com maior autonomia financeira e administrativa, pela qual ao Estado cumpriria apenas ditar normas e fiscalizar os serviços executados. Isso porque a demanda resultante da intensa urbanização exigia grandes investimentos que só seriam possíveis por meio de uma política tarifária adequada que auto-sustentasse o sistema e que propiciasse a administração dos recursos sem influências clientelísticas e fisiológicas[16]. Dessa forma, em 1953 foi

12 COSTA *apud* REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 170.
13 ALVARENGA *apud* REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 169.
14 CORRÊA, Maria Letícia. *Contribuição para uma história da regulamentação do setor de energia elétrica no Brasil. In* Política e Sociedade, p. 269.
15 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 177.
16 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 204 e 206.

lançado o Plano Nacional de Financiamento para Abastecimento de Água, que previa a descentralização das ações da União em favor da implementação desses serviços por organismos ligados às esferas municipais, como as autarquias e as empresas de economia mista. Priorizava-se os municípios até 50.000 habitantes não atendidos por sistemas de abastecimento de água. Os respectivos projetos em que se postulavam os financiamentos eram analisados pelo governo federal[17].

A par das limitações do Plano, como recursos humanos e financeiros insuficientes, o caráter nacional das suas ações foram fundamentais para a consolidação de um setor mais autônomo e dinâmico. A partir dele é que se introduziram no setor os conceitos de retorno de investimentos e de viabilidade técnico-econômica, e criaram-se órgãos de assistência técnica e fiscalizadores[18].

A partir de 1960, o BID passou a estimular a formação de empresas de economia mista por imposições contratuais de financiamento, que também incluíam a descrição das responsabilidades, autonomia administrativa, autoridade para exigir a tarifação, arrecadação e legislação por parte dos contratantes[19].

Com o advento da reforma tributária de 1965, os municípios ficaram enfraquecidos, perdendo substancialmente a capacidade de investimento no setor de abastecimento de água. Não bastasse isto, diagnosticava-se que eram ineficientes na prestação deste serviço porque, além de paternalistas em relação à tarifação, eram também clientelistas, apresentavam incapacidade técnica e estrutura institucional deficiente[20].

Com base nesses pressupostos e na visão da auto-sustentação tarifária processada apenas a partir das companhias estaduais, foi formulado em 1971 o Plano Nacional de Saneamento – Planasa. Segundo ele, as tarifas deveriam ser suficientes para cobrir os custos de operação, manutenção e amortização dos empréstimos. Tal conceito de viabilidade técnico-econômica era

17 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 207.
18 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 207.
19 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 210.
20 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem,* p. 243.

complementado com o do subsídio cruzado, pelo qual seriam cobradas tarifas únicas para todo o Estado, objetivando viabilizar o sistema globalmente, uma vez que os municípios menores eram, isoladamente, incapazes de atingir a auto-sustentação. Segundo o entendimento dos agentes financiadores do Planasa, os municípios deveriam transferir o serviço de saneamento às CESBs (Companhias Estaduais de Saneamento Básico), a fim de possibilitar a uniformização da política nacional de saneamento, sendo a centralização das ações um eficiente instrumento para afastar o peso das pressões locais que impediram a adoção de tarifas realistas[21]. Em virtude deste e da imposição dos agentes financiadores, os municípios, progressivamente, passaram a transferir os serviços às CESBs, o que foi facilitado pelo regime de governo da época. Em outras palavras, desde o golpe de 1964, o governo militar aproveitou-se de seu autoritarismo para dirigir e agilizar o processo de transição dos modelos de gestão, a fim de controlarem (União Federal) este setor. Os municípios, desse modo, foram obrigados a repassar a concessão desses serviços às companhias estaduais de saneamento básico (CESBs). Driblava-se assim a Constituição Federal, que atribuía aos municípios a titularidade de tais serviços[22].

Nesse contexto é que foi criada em 31 de dezembro de 1970, pela Lei Estadual n. 4.547, e constituída em 2 de julho de 1971 a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (Casan), sob a natureza jurídica de uma sociedade de economia mista, com o objetivo de "coordenar o planejamento e executar, operar e explorar os serviços públicos de esgotos e abastecimento de água potável, bem como realizar obras de saneamento básico, em convênio com municípios do Estado"[23].

Cerca de três quartos dos municípios brasileiros foram levados a delegar os serviços de abastecimento de água às CESBs, passando dessa maneira à definição das políticas do setor com o governo federal e estadual, os quais assumiram, então, a totalidade dos recursos federais disponíveis do setor[24]. Os municípios que

21 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 244.
22 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 214-217.
23 http://www.casan.com.br/companhia.htm
24 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 244.

não aderiram ao Planasa criaram a Assemae, em 1984, a qual compreendia cerca de 1.000 municípios. Aliás, exemplo de município catarinense que jamais delegou o serviço de abastecimento de água é o de Blumenau, onde funciona o Serviço Público Municipal de Água e Esgoto (Samae)[25].

A partir de 1974, diante da não adesão plena dos municípios ao Planasa e em face da instabilidade das fontes de recursos, as metas do plano ficaram comprometidas. Ressalta-se que o Planasa funcionava sob a premissa de que os sistemas mais rentáveis auxiliariam na manutenção dos serviços menos viáveis economicamente[26]. Tais dificuldades, que enfraqueceram o Planasa, acentuaram-se no período de 1983 a 1986 em razão da crescente defasagem das tarifas e da inadimplência por parte das CESBs, provocadas pela escalada inflacionária e pelos inúmeros planos econômicos [27].

Em 1985 foi criado o Ministério do Desenvolvimento e do Meio Ambiente (MDU), o qual foi incumbido da política de saneamento no Brasil e que atraiu sob a sua esfera o Banco Nacional da Habitação (BNH). Nesse período, os órgãos municipais autônomos, representados pela Assemae, foram admitidos no Planasa e nas mesmas condições previstas aos governos e CESBs. Os financiamentos passaram a se basear em estudos de viabilidadde para cada projeto[28]. As novas metas do Planasa, afinadas com o compromisso da Nova República de resgate da dívida social das décadas anteriores, priorizavam, dentre outras coisas, o atendimento da população com renda inferior a 3 salários mínimos. Ainda em 1985 foi criado o Prosanear, um programa que objetivava implantar sistemas de abastecimento de água, esgotamento sanitário em favelas e periferias urbanas, e, além disso, incentivava a participação comunitária na busca de soluções adequadas[29].

Em 1986 as atribuições do BNH foram transferidas para a Caixa Econômica Federal (CEF), a qual se tornou a responsável

25 *Vide* anexo um comparativo atual entre as tarifas da Casan e das Samaes.
26 http://www.casan.com.br/companhia.htm
27 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 244.
28 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 244.
29 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem,* p. 250.

pela coordenação e execução da gestão financeira deste setor. O MDU foi transformado em MHU, que em 1988 transformou-se em MBES. A Caixa Econômica Federal, incorporada ao MHU em 1987, voltou a ser vinculada ao Ministério da Fazenda em 1988. Em 1989, último ano do governo Sarney, o MBES foi extinto e suas funções foram incorporadas ao Ministério do Interior. Durante todo este tempo, a formulação das políticas urbanas foi controlada por todos esses ministérios, acrescendo-se ainda o Ministério da Saúde, responsável por coordenar a política nacional de saneamento desde a reforma administrativa de 1988. Além disso, o Conselho Monetário Nacional tornou-se o órgão central dos sistemas financeiros de saneamento e habitação[30].

Durante o governo Collor realizou-se uma reforma administrativa, pela qual foi extinto o Ministério do Interior e, com ele, todos os demais órgãos ligados às questões urbanas e ao saneamento. Suas atribuições foram transferidas à Secretaria Nacional de Saneamento, vinculada ao recém-criado Ministério da Ação Social (MAS), enquanto que o Conselho Curador do FGTS ficou sob o âmbito do Ministério do Trabalho e o agente financeiro, no caso a Caixa Econômica Federal, permaneceu vinculado ao Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento. Na prática, os pedidos de financiamento para o setor de saneamento eram analisados pela Caixa Econômica Federal, porém dependiam de autorização do Ministério da Ação Social para a contratação, os quais, no governo Collor, estavam vinculados a critérios políticos e clientelistas[31].

O Planasa, a partir da extinção do BNH, 1986, começou a entrar em declínio, "ficando o saneamento em estado de indefinição e de imobilidade" [32].

Na década de 90, sob o signo de uma "reforma do Estado", verifica-se, juntamente com o fim de vários monopólios estatais (como o do petróleo, telecomunicações e energia elétrica), um novo influxo dos serviços públicos à iniciativa privada, em face do diagnóstico generalizado de que o Estado era incapaz e ineficiente de

30 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 250.
31 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 251.
32 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 254.

prestar por si só os serviços públicos com a qualidade e o dinamismo exigidos pela sociedade. Segundo essa visão, deveria haver "um enxugamento da máquina estatal e a devolução de atividades à iniciativa social" ou seja, deveria devolver-se "ao cidadão e à sociedade seu protagonismo, sua iniciativa e, no fundo, sua liberdade de escolha do prestador do serviço"[33].

Em 1995 é sancionada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso a Lei de Concessões (Lei n. 8.987), que permite a prestação de serviços públicos pela iniciativa privada. A justificativa da privatização desses serviços é de que a livre concorrência e a livre iniciativa "apressaria a expansão da planta de serviços, como para o consumidor, pois geraria disputa, com melhoria dos preços e serviços"[34]. Antes da privatização propriamente dita[35], surgem as agências reguladoras, autarquias concebidas com a missão de monitorar a qualidade e universalização da prestação dos serviços, assegurar o seu funcionamento orgânico, proteger o consumidor e atuar contra abusos do poder econômico e, enfim, propiciar e zelar por uma estrutura de mercado economicamente viável[36].

Para o cumprimento do seu mister, as agências são dotadas de poder normativo que, ao contrário da função tradicional e precípua do Poder Legislativo, tratam diretamente de especificidades que dizem respeito ao planejamento de determinado setor, viabilizando a dinâmica intervenção estatal de modo a garantir o cumprimento e realização dos valores e interesses públicos subjacentes[37].

Um traço característico do modelo de agências reguladoras é a boa dose de autonomia diante do poder político, uma vez que

33 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In* SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) *Direito Administrativo Econômico*, p. 44.

34 SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às Agências Reguladoras. In* SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) *Direito Administrativo Econômico*, p. 35.

35 A Emenda Constitucional n. 8, de 15-8-1995, do art. 21, XI e XII, *a*, dispôs acerca da exigência de uma lei sobre a "organização dos serviços, a criação de órgão regulador e outros aspectos institucionais".

36 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Idem*, p. 44.

37 SUNDFELD, Carlos Ari. *Idem*, p. 27.

são financeiramente independentes e via regra, após indicação do Presidente da República e aprovação pelo Senado Federal, os seus dirigentes gozam de estabilidade em seus mandatos. Tal visa a "oferecer segurança a investidores estrangeiros, atraindo-os para a compra de ativos estatais. O desafio, aqui, como em qualquer outro processo de autonomização, é o construir um sistema de controles e influências que assegurem uma atuação democrática, atenta a interesses gerais e à ordem jurídica, etc."[38].

Nesse contexto foi criada, em 16-7-1997, a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (Lei n. 9.472), e posteriormente várias outras agências, dentre as quais, em 17-7-2000, a Agência Nacional de Águas – ANA (Lei n. 9.984), responsável pela implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e pela Coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Com o fim dos contratos celebrados na época do Planasa, e dentro da concepção privativista instalada, sucedeu, em relação às políticas de abastecimento de água e ao saneamento básico em geral, "um estágio de 'vazio institucional', uma realidade que imprime uma lenta marcha às ações, que ainda estão longe de atender à demanda real"[39].

3. A transição dos serviços da Casan para os municípios

Conforme apresentado no item anterior, por meio da Lei Estadual n. 4.547/70, foi constituída em 2 de julho de 1971 a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (Casan).

A partir de então, apesar de a Constituição Federal preconizar a titularidade dos municípios para a prestação do abastecimento de água, a maioria daqueles, no âmbito de Santa Catarina, delegou o planejamento e a execução de tais serviços à Casan, em virtude de que o Planasa favorecia tal transição e, sobretudo, aderiu ao projeto do regime militar para o setor. Essa delegação ocorreu sob a forma de convênios de concessão com duração média de 30 anos.

38 SUNDFELD, Carlos Ari. *Idem*, p. 24.
39 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, *idem*, p. 260.

A maioria desses convênios expirou recentemente. Diante desse fato, muitos desses municípios têm optado pela prorrogação, enquanto outros, pelo término. Em face da falta de um marco regulatório e diante da ausência de uma política global para o setor, que envolva de maneira ordenada e articulada os três níveis federativos, cada município está avaliando os seus próprios rumos. Os que têm optado pela ruptura com a Casan têm adotado caminhos distintos, que vão desde a administração direta até a privatização total dos serviços de abastecimento de água.

A Casan serve 219 municípios, dos quais cerca de 190 sistemas são deficitários para a empresa. A municipalização está acontecendo entre aqueles municípios considerados superavitários para a empresa.[40] Adiante, segue algum levantamento preliminar e geral de como tal transição está ocorrendo em alguns municípios catarinenses.

Em Joinville, inicialmente foi criada em 19-12-2003, por meio da Lei n. 4.924, a Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Água e Esgotos de Joinville – AMAE, "entidade integrante da administração pública municipal indireta, submetida a regime autárquico especial, vinculada ao Gabinete do Prefeito, dotada de poder de polícia e de autonomia administrativa e financeira, com a finalidade de dar cumprimento às políticas e desenvolver ações voltadas para a regulação, o controle e a fiscalização dos sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário do município de Joinville, concedidos, permitidos, autorizados, contratados ou operados diretamente pelo poder público municipal, visando à eficiência, continuidade, universalização da cobertura, eqüidade do acesso e à modicidade das tarifas desses serviços públicos, com vistas à elevação da qualidade de vida para a presente e futuras gerações".

Posteriormente, no município de Joinville, que tem cobertura de 99% de água tratada, foi criada uma empresa municipal de economia mista para explorar diretamente os serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário (Lei Municipal n. 5.054 de 2-7-2004). Encerrado o prazo de duração do contrato

40 A Notícia, dia 29-3-2003, disponível em http://an.uol.com.br/2003/mar/29/0pot.htm

em 23-7-2004, e após quase um ano de um período de gestão compartilhada, diante da negativa da Casan em aceitar a rescisão, o município ingressou com uma ação judicial, cujo pedido foi acolhido, em 31-7-05, por meio de liminar, em virtude da qual assegurou imediata ocupação das estações de tratamento. Na ocasião do cumprimento da decisão judicial assim se manifestou o presidente do Sindicato dos Trabalhadores em Água e Esgoto de Santa Catarina, Odair da Silva: "Não há mais motivos para ficarmos aqui. Estamos deixando a estação, mas uma coisa tem de ficar clara: hoje, inicia-se em Joinville o processo de privatização do saneamento". Além disso asseverou: "A nossa próxima preocupação é o que será feito com os 139 funcionários da Casan. Faremos de tudo para eles serem transferidos sem muitos traumas, afinal, eles têm família, filhos, esposas que não tem nada a ver com essa briga". O Prefeito de Joinville, forte aliado político do Governador, declarou, por sua vez: "Hoje, muda a história do saneamento em Joinville. Em um período de seis meses a um ano o município vai sentir a diferença". Disse que, em princípio, não haveria aumento na tarifa e, ao lado do diretor-presidente da Companhia Águas de Joinville Chiste Neto, citou as prioridades da Companhia Águas de Joinville: "Vamos comprar bombas novas e atualizar todo o sistema que hoje é precário. Teremos também outro desafio: o de controlar a perda da água". Chiste Neto complementou: "Temos em torno de 50 mil estabelecimentos (entre residências e comerciais) sem hidrômetros instalados. Isso deverá ser corrigido"[41].

Diante da falta de um quadro de funcionários especializados, a Águas de Joinville iniciou as suas atividades com a contratação provisória da empresa privada Engepasa S.A., uma notória e antiga colaboradora de campanha do Governador e do Prefeito.

A Casan, uma vez confirmada definitivamente a rescisão do convênio com o município de Joinville, externou o propósito de também ingressar na Justiça para pedir a indenização prévia de investimentos que não teriam sido pagos, no valor de R$ 120 milhões. Na cidade de Lages, a estatal teve uma decisão favorável da Jus-

41 A Notícia, dia 3-8-2005, disponível em: http://an.uol.com.br/2005/ago/03/0ger.htm

tiça, que reconheceu o direito da Casan em cobrar R$ 60 milhões[42].

Na cidade de Itapema, houve a renovação do contrato com a Casan em 2001 e no ano seguinte verificou-se a rescisão judicial do contrato. Diferentemente do que ocorreu em Joinville, foi feita uma licitação para exploração do serviço de abastecimento, na qual saiu vencedor um consórcio privado de empresas. Conforme esclareceu Manoel Motta Netto, o Diretor Administrativo da empresa vencedora, "a Águas de Itapema precisa atingir metas previstas em contrato com o município. Após o período da concessão, no nosso caso de 25 anos, as melhorias irão pertencer à cidade de Itapema". Segundo ele, ainda "uma das grandes vantagens da empresa é não ter que terceirizar serviços ligados à água e ao saneamento, diferentemente do que ocorrerá em Joinville, por exemplo, o que agiliza muito mais o trabalho e a solução de problemas"[43]. O diretor técnico da Companhia Águas de Itapema, Luis Carlos Paes de Barros, por ocasião da ordem de serviço que formalizou a concessão do serviço de abastecimento de água e esgoto para aquela empresa, apresentou a proposta e trabalho que será realizado pela empresa e esclareceu: "já no 1º ano a empresa deverá cumprir as seguintes exigências: ampliação, modernização e manutenção dos serviços de abastecimento de água; implantação do sistema de esgoto garantindo a balneabilidade das praias; informatização e melhorias nos serviços de atendimento ao público e geração de empregos. Outra diferença é o valor da tarifa que será de R$ 1,40 por m³, menos do que o atualmente praticado"[44]. Segundo informação publicada no Jornal A Notícia de 16-6-2005, a companhia Águas de Itapema, em agosto de 2004, registrava perdas (diferença entre o volume produzido e o volume faturado de água) superiores a 50%. Atualmente o índice estaria em 30%.

Segundo editorial do Jornal da Capital, de 5 de agosto de 2005, em todo o País existem 58 concessões privadas na área de

42 Diário Catarinense, de 2-7-2005, p. 24.
43 A Notícia, dia 4-8-2005, disponível em: http://an.uol.com.br/2005/ago/04/0ger.htm
44 Jornal O Atlântico, de 13-7-2004, p. 3.

saneamento, abrangendo 63 municípios, tal qual ocorre em Itapema. Espera-se uma ampliação desse universo, a qual depende da definição de regras claras para o setor[45].

O diretor administrativo da Companhia Águas de Itapema, em artigo publicado no início deste ano no jornal A Notícia, ao destacar a ocorrência do término do prazo contratual da Casan com os municípios e ao defender a privatização do serviço de abastecimento de água ocorrido em Itapema como um exemplo a ser seguido, advertiu, contudo, que "é fundamental que a população comece a participar das discussões em torno dos novos modelos a serem implantados em cada cidade. A questão é pertinente, já que a distribuição de água e a coleta e tratamento dos esgotos são fundamentais para a qualidade de vida das pessoas"[46].

Em Lages, a municipalização dos serviços de água e esgoto aconteceu em março de 2003. Desde então, o serviço ficou a cargo da Secretaria Municipal de Água e Saneamento – Semasa. Sobre a qualidade dos serviços, o prefeito João Raimundo Colombo garantiu, recentemente, que houve bastante evolução na qualidade. "Eu tenho certeza absoluta, até mesmo porque fui presidente da Casan e conheço essa realidade, quer dizer, os recursos estão concentrados em Florianópolis, o poder está concentrado em Florianópolis e o resto do Estado inteiro trabalha para pagar o salário do pessoal em Florianópolis". Ele comentou que a partir da municipalização o dinheiro passou a ficar em Lages e daí várias obras aconteceram. Esclareceu o prefeito de Lages o seguinte:

"São obras preventivas, estamos recuperando todos os reservatórios, reformando todos eles, tinham vazamentos, tinham atrasos tecnológicos. Vou dar um exemplo: nós tínhamos três máquinas (bombas) e hoje nós temos seis. E isso reduziu o custo de energia já que no horário em que a energia custa mais cara nós podemos desligar o sistema sem prejuízo para o abastecimento e fazê-lo funcionar totalmente nos horários em que a energia é mais barata. Com isso a Semasa economiza R$ 40 mil só nesta área.

45 http://www.jornaldacapital.com.br/conteudo.php?pagina=conteudo_l&area=&data=2005-08-05

46 A Notícia, de 20-1-2005, disponível em http://www.an.com.br/2005/jan/20/0opi.htm

Um outro exemplo: na Avenida Presidente Vargas, antes de fazer o asfalto nós fizemos a rede de água nova para os próximos 100 anos, fizemos a rede de esgoto nova para os próximos 100 anos. E o que acontecia antes? Você tinha que entrar em contato com Florianópolis, nunca vinha a resposta, a gente nunca sabia se isso funcionava e quando você terminava de asfaltar eles vinham e arrebentavam todo o asfalto para daí começar a fazer a rede"[47].

De acordo com o que noticia a imprensa, depois que a Prefeitura de Lages retomou da Casan a concessão do serviço de água e saneamento, a tarifa de água ficou cerca de 30% abaixo do valor médio que a concessionária estadual estaria cobrando atualmente se fossem aplicados os aumentos. Apesar disso, a Semasa está tendo um superávit mensal médio de R$ 1 milhão, dinheiro que o prefeito Raimundo Colombo investe na construção, gratuita, de banheiros nas casas da população pobre. Outra parte está sendo reservada para a ampliação da rede de esgoto[48].

A cidade de Tubarão também municipalizou o serviço de água, após ter expirado o prazo de 30 anos do convênio com a Casan no dia 17-6-2005. Para assumir a gestão financeira desses serviços no período de seis meses foi criado, no dia 20-6-2005, o Fundo Municipal de Saneamento – Fundasa, subordinado diretamente ao gabinete do prefeito. Diante da negativa da Casan em encerrar o vínculo contratual, o Município ingressou com uma ação judicial no Fórum local, pela qual lhe foi assegurado, via liminar proferida em 18-8-2005, o direito de retomar os serviços da Casan. O prefeito de Tubarão alegou como principal motivo da rescisão do contrato com a Casan "a ausência total de investimentos em saneamento básico e a precária manutenção do sistema de água nesse período, bem como o iminente colapso financeiro e técnico da concessionária constatado por uma perícia técnica"[49].

Inicialmente, durante os primeiros seis meses, em regime de emergência, um consórcio formado por três empresas – Enops,

47 A Notícia, de 16-6-2005, disponível em http://an.uol.com.br/2005/jun/16/0loe.htm
48 A Notícia, de 13-4-2005, p. c8,disponível em http://an.uol.com.br/2005/abr/13/0sar.htm
49 O Popular, de 16-8-2005.

Esteio e Saneter, a primeira de São Paulo e as duas últimas catarinenses, passaram a prestar o atendimento à população. O sistema de abastecimento e distribuição de água passou a ser denominado Águas de Tubarão, sob o comando do gestor Afonso Furghestti, secretário de Indústria e Comércio municipal.

O prefeito de Tubarão comentou sobre a realização de um *referendo popular* acerca dessa *municipalização*: "Após esse prazo, nós vamos fazer um referendo para saber como vamos administrar o sistema. Queremos que a sociedade participe dessa decisão"[50]. O prefeito de Tubarão calcula que, mensalmente, a Águas de Tubarão vai captar R$ 1,1 milhão. Destes, R$ 680 mil serão destinados ao consórcio contratado. O restante, pouco mais de R$ 400 mil, será revertido aos cofres da prefeitura. Ele estima alcançar uma margem de até 40% de lucro com a abastecedora. Odair Rogério da Silva, presidente do Sindicato dos Funcionários da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento, por sua vez lamentou a não-renovação do contrato entre prefeitura e Casan dizendo: "O novo modelo de gestão da Casan iria suplantar todas as necessidades existentes hoje. O prefeito está indo na contramão da história [...] a cidade não tem capacidade de endividamento para futuros investimentos e que o prefeito deve estar alerta para a Lei de Responsabilidade Fiscal, que comprometeria a realização de empréstimos de porte [...] O investimento que supostamente seria feito pela Casan, em Tubarão, no valor de R$ 44 milhões, foi sumariamente dispensado" [51]. O prefeito, ao contrário, sustentou que Tubarão é uma das cidades com maior capacidade de endividamento do Estado e, por outro lado, esclareceu outro aspecto dessa transição: "Quanto aos servidores da Casan, a estabilidade não permite que eles sejam exonerados. Infelizmente, não posso fazer com que trabalhem no sistema de água do município. Para isso, eles têm de fazer concurso público"[52]. Conforme estimativa do governo municipal, a Águas de Tubarão fechou o primeiro mês de operação com um faturamento de R$ 1,084 milhão,

50 A Notícia, de 16-8-2005, disponível em http://an.uol.com.br/2005/ago/16/0ger.htm

51 Diário do Sul, de 16-8-2005, disponível em http://tancredo.com.br/radiotuba/noticias.php?vcod=443

52 A Notícia, de 16-8-2005, disponível em http://an.uol.com.br/2005/ago/16/0ger.htm

quantia esta que será investida em obras consideradas emergenciais, como a ampliação e a substituição de redes de distribuição, instalação de equipamentos para captação e bombeamento de água e construção de mais reservatórios estratégicos[53].

O município de Balneário Camboriú, que seguidamente ano a ano sofre com a falta de água no verão, no dia 9-9-2005, após o término da concessão de 30 anos ocorrida em 3-9-2005, reassumiu, também por decisão judicial, das mãos da Casan o serviço de abastecimento de água e saneamento, o qual passou a ser de responsabilidade da Empresa Municipal de Água e Saneamento Básico – Emasa, uma entidade autárquica municipal[54].

Diante desta mais nova adesão ao movimento de municipalização, o Sintae divulgou a seguinte nota: "O governador Luis Henrique, apesar de afirmar ser contra a privatização da água, até o momento não tomou medida concreta para barrar o processo de privatização e o desmonte da Casan e do sistema de água em SC"[55].

Já em 11-9-2002, a privatização e a terceirização de serviços de água e saneamento foram tema de debate durante o 12º Congresso Brasileiro de Águas Subterrâneas em Florianópolis. Naquela ocasião, antes mesmo deste fenômeno de municipalização do abastecimento, que se sucedeu em Santa Catarina, Dieter Wartchow, diretor da Companhia de Saneamento do Rio Grande do Sul (Corsan), defendia a participação e o controle público nos serviços e tecia duras críticas ao programa de privatização de águas e saneamento proposto pelo governo federal: "o problema não é dinheiro, mas opção política estratégica". Para ele "o clima e a água serão temas obrigatórios no mundo, e a tendência é de uma associação global privada em conjunto com governos para o gerenciamento. No Brasil há um claro compromisso de se privatizar a água e o saneamento". De acordo com Wartchow, "entre 1998 e 2001, as prestadoras de serviços de água e saneamento repassaram ao governo R$ 5,6 bilhões. Destes,

53 A Notícia, de 13-10-2005, p. B4.
54 Fonte: http://www.metropolitanosc.com.br/site/vernoticia.php?id=6680
55 http://www.sintae.org.br/index2.asp?COD=132

retornaram para investimentos apenas R$ 49 milhões". O diretor da Sabesp, no mesmo sentido, destacou na época que "A universalização é uma necessidade e a presença do Estado nos serviços de infra-estrutura essencial". Acrescentou, no entanto, a necessidade de uma "gestão pública responsável" para as empresas estatais do ramo[56].

Cerca de três anos depois, no dia 28 de setembro de 2005, aconteceu no Plenário da Assembléia Legislativa uma audiência pública para debater a atual situação da Casan no Estado. Participaram o presidente do Sintae, Odair Rogério Silva, o representante da CUT, Volnei Chucri, além do presidente da Casan, Walmor de Lucca, o engenheiro da Corsan (Companhia Riograndense de Saneamento), José Homero Finamor Pinto, o presidente eleito para a nova gestão 2006-2008 do Senge-SC e membro do conselho da Casan, o engenheiro José Carlos Rauen, e o atual presidente do Senge (Sindicato dos Engenheiros), o engenheiro Carlos Bastos Abraham. O presidente do Sintae, Odair Rogério Silva, fez um apelo para que governador Luiz Henrique não permita que haja nenhuma municipalização do sistema por um prazo de 180 dias, com o seguinte argumento: "Precisamos refletir o que as prefeituras querem da Casan, pois se não houver um projeto estadual de distribuição de água, o Estado de Santa Catarina entrará em colapso nos próximos dez anos". O apelo não foi atendido.

A CUT e o Sintae defendem o modelo de administração compartilhada, que visa a uma parceria entre o município e o Estado, criando um Conselho Deliberativo com a sociedade organizada e um Fundo Municipal de Saneamento, responsável pela receita arrecadada em cada cidade. Já o engenheiro da Corsan, José Homero Finamor Pinto, expôs a experiência do modelo de municipalização que ocorreu em 1988 em Novo Hamburgo: "Após dez anos de disputa judiciária, ocorreu a municipalização da água e do saneamento por três motivos apresentados, o mau atendimento da Corsan, as tarifas altas e a falta de investimento no esgoto. Por anos foi apresentada como uma municipalização bem-sucedida. Entretanto em 2004, após um balanço feito pela própria Corsan, descobriu-se

56 A Notícia, de 12-9-2002, disponível em http://www.an.com.br/2002/set/12/0ger.htm

que havia uma dívida de R$ 94 milhões, o dobro do que a empresa vale. Continuou usando a água da Corsan e não pagou, nem mesmo pagou a energia elétrica utilizada". Segundo Finamor, "a municipalização é uma forma suicida e que o melhor ainda é a forma estatal". O presidente da Casan, Walmor de Lucca, também defendeu a gestão compartilhada com os municípios. O presidente do Senge eleito, José Carlos Rauen, além de posicionar-se contra a municipalização, levantou a questão na qual modificação no modelo da Casan só pode ocorrer após o fim do convênio atual: "A municipalização não é a solução. Como obter financiamento público se o Estado tem dificuldade de endividamento? Hoje temos 13 municípios municipalizados: Timbó, Lages, Itapema, Itajaí, Joinville, Tubarão, Içara, Balneário Camboriú, Camboriú, Papanduva, Três Barras, Navegantes e Fraiburgo. Se a Casan desaparecer? O que vai acontecer? Tem que frear essa idéia maluca de municipalizar senão será um prejuízo total para o Estado". O engenheiro Carlos Bastos Abraham compartilha da mesma opinião do engenheiro Rauen e acrescenta que "com a municipalização o Estado terá um endividamento financeiro e a descontinuidade nos serviços. Será um caos no setor de saneamento"[57].

Dentro deste cenário de "municipalização" segue em curso outro debate sobre a chamada "privatização" da água, justamente a "matéria-prima" do serviço de abastecimento.

O Projeto de Lei Estadual n. 292/2004, de autoria do governo estadual, enviado à Assembléia Legislativa, em junho de 2004, dentro do modelo de agências reguladoras, confere valor econômico à água e institui o instrumento da "outorga", pelo qual haverá a cobrança do seu uso. Tal receita proveniente da outorga teria a finalidade de incentivar a racionalização de seu uso e de obter recursos financeiros para implementação e financiamento dos programas e intervenções contemplados nos Planos de Recursos Hídricos.

No dia 15-9-2005, foi realizado no plenário da Assembléia Legislativa o Seminário "Plebiscito da Água" promovido pelo Fó-

57 http://www.senge-sc.org.br/noticias/031005a.htm

rum Permanente das Águas a pedido do deputado Afrânio Boppré (PT, atualmente no PSOL) com o objetivo de debater esta questão e, também, a conveniência da realização de um plebiscito popular a respeito. Para o debatedor Cesar Augusto Pompêo (coordenador do Núcleo de Estudos da Água da UFSC), a água já se encontra privatizada, uma vez que pequenas hidrelétricas estão desviando o percurso e devolvendo-a contaminada ou inadequada para o consumo. Segundo ele, "a população só se preocupa com água quando há escassez, com a contaminação e com o aumento da freqüência das secas". O Deputado Afrânio acrescentou que "Por se tratar de um objeto que envolve todos os cidadãos, acredito que seja equivocado deixar que fique circunscrito a uma decisão de 40 deputados. Neste tema específico temos que devolver a população o poder que ela nos deu"[58].

Em sessão do dia 20-9-2005, contudo, foi rejeitada a proposta de realização de um "plebiscito da água" por 14 votos contra 8[59].

4. Água, Direito e Sociedade

De acordo com Schwartzmann, a superação da miséria em tempos de capitalismo globalizado passa pela criação de condições de florescimento da economia e pela construção de instituições que assegurem as atividades de mercado e simultaneamente protejam as pessoas contra a tendência da modernização à autodestruição[60]. Para tanto, segundo ele, há a necessidade de uma reforma da sociedade:

"Mesmo se a globalização e a utilização crescente das tecnologias avançadas pudessem resolver, no longo prazo, os problemas de pobreza e exclusão social, no longo prazo, como dizia Lord Keynes, estaremos todos mortos. Não é possível apenas sentar e aguardar que os benefícios do crescimento econômico

58 Fonte: notas do autor e também a partir de http://www.alesc.sc.gov.br/alesc/htms/noticias.php

59 Fonte: http://www.gdr.adv.br/newsletter/facisc/260905.htm

60 SCHWARTZMANN, Simon. *Pobreza, exclusão social e modernidade: uma introdução ao mundo contemporâneo*, p. 163-164.

respinguem sobre os que estão sendo deixados de lado. A agenda de direitos humanos dá importantes referências e padrões de comparação sobre o que deve ser realizado, mas não é facilmente traduzida em ações e resultados. Além disso, é necessário implementar políticas que possam fazer a economia crescer, ajudar as pessoas a se beneficiar desse crescimento e tratar das necessidades que não estão diretamente relacionadas ao funcionamento da economia"[61].

Segundo Schwartzmann, a chave para uma reforma significativa com vistas no desenvolvimento econômico afinado com o bem-estar social passa obrigatoriamente pela implementação combinada dos seguintes elementos: reforma institucional, mudança na legislação e desenvolvimento da capacidade do governo de planejar[62]. Este é justamente um dos referenciais teóricos da investigação proposta.

Johnson *et alii* definem os serviços de "utilidade pública" como "atividades de interesse para o conjunto da população de uma comunidade e mesmo de um país. Seu fornecimento – na quantidade suficiente, com qualidade adequada e a preço acessível ao conjunto da população – fundamental para a satisfação do público que utiliza ou 'consome' esses serviços"[63]. Segundo eles, esta modalidade de serviços – dentre as quais inserem o abastecimento de água – merece especial importância por dois motivos: "primeiro, porque grande parte da população é praticamente obrigada a utilizar esses serviços; segundo, porque o crescimento da economia exige a expansão desses serviços"[64]. Johnson *et alii,* com base nesses pressupostos, tecem uma ampla análise crítica dos elementos teóricos e das evidências históricas obtidas a partir dos estudos das experiências nacionais e internacionais na prestação de tais serviços. Nesse desiderato enfocam dois modelos: a empresa privada como prestadora, submetida à regulamentação e controle do governo; o organismo estatal como produtor, por meio

61 SCHWARTZMANN, Simon. *Idem*, p. 181.
62 SCHWARTZMANN, Simon. *Idem*, p. 195.
63 JOHNSON, Bruce *et alii. Serviços Públicos no Brasil: mudanças e perspectivas*, p. 1.
64 JOHNSON, Bruce *et alii. Idem.*

de empresas públicas ou de repartição governamental, com mecanismos de controle menos explícitos. No estudo desses autores, é possível colher importantes elementos teóricos e empíricos acerca da experiência brasileira sobre a tradicional preferência pela utilização do instrumento da "concessão". Com base nos debates em busca da eficiência, em relação ao primeiro modelo anotam um movimento mundial pela desregulamentação e em relação ao segundo, um movimento pela privatização. Johnson *et alii*, sem se posicionarem sobre qual o modelo ideal, ressaltam a importância da participação popular na definição da opção mais adequada à realidade brasileira. Enumeram, contudo, até o advento da Lei de Concessões (Lei n. 8.987) de 13-2-1995, a existência de vantagens e desvantagens em cada um daqueles. De acordo com o estudo de Johnson *et aliil:*

"[...] a revitalização do regime de concessões é essencial para a consecução de privatizações de serviços de utilidade pública. É crescente a aceitação da hipótese de privatização dos serviços de utilidade pública, embora não haja pleno consenso quanto à forma de privatização: venda de empresas estatais, redução da participação acionária do governo nas empresas estatais, parcerias público-privado, concessões de novos projetos a capitais privados são as principais alternativas apontadas. Em qualquer dessas hipóteses, a clara definição do regime de concessões, não só em relação ao processo de licitação, mas principalmente quanto aos organismos de fiscalização e controle e aos mecanismos e regulamentação, é essencial para, a um tempo, atrair capitais privados permitindo a previsibilidade do retorno futuro e garantindo aos usuários o fornecimento adequado do serviço a 'preço razoável' [...].

"Mesmo que a privatização seja uma das iniciativas capazes de viabilizar a retomada dos investimentos em serviços de utilidade pública, não se deve ignorar a necessidade de amplos esforços para melhorar a gestão das empresas estatais. É improvável, como o próprio Banco Mundial reconhece, a plena privatização de todos os serviços de utilidade pública em países que os tinham quase completamente sob o controle estatal [...].

"As iniciativas no sentido do aprimoramento da gestão das empresas estatais são, portanto, necessárias (com ou sem

privatização) e apresentam-se sob múltiplas formas: maior autonomia e responsabilidade, contratos de gestão, avaliação de desempenho, definição de indicadores para avaliação são algumas dessas iniciativas que têm mostrado resultados apreciáveis em muitos casos. Outras ações adequadas a casos particulares não são excluídas por estes mecanismos gerais; pelo contrário, a eles se somam"[65].

Em relação ao abastecimento de água e esgotamento sanitário, Rezende & Heller fazem um detalhado estudo interdisciplinar daqueles serviços desde os seus primórdios no Brasil até o momento contemporâneo atual, sendo possível identificar e situar as suas várias fases, com os seus respectivos condicionantes e características: interesse local na prestação dos serviços (1889-1934), centralização federal (1934-1950), estatização, com o advento do Planasa (1950-1990) e, finalmente, regulação/competição (1990 até hoje)[66]. Apesar de estes autores não examinarem o fenômeno da municipalização em si, fornecem valiosos subsídios à compreensão do modelo (Planasa) em que foi constituída a Casan e em que esta assumiu da maioria dos municípios a titularidade da realização e execução da política de abastecimento de água em Santa Catarina, conforme referências já feitas no capítulo deste projeto em que se estabelece a retrospectiva do setor. Além disso, tais autores destacam no momento atual a grave ausência de um marco regulatório, o qual gera uma incerteza e uma desarticulação das políticas de abastecimento de água no espaço municipal, estadual e nacional. Tais autores também alertam para os perigos da privatização desses serviços:

"Vive-se atualmente um momento em que o modelo neoliberal tem sido hegemônico no País, integrado ao processo de globalização. A política implementada pelo governo federal, que tem como próximo alvo a privatização dos serviços de saneamento, notadamente os mais bem-estruturados, poderá incidir em um ônus ainda maior para a população. Penalizada com a atual situação do

65 JOHNSON, Bruce *et all.* Idem, p. 151-152.

66 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. *O saneamento no Brasil. Políticas e interfaces*.

saneamento no Brasil, refletida no avanço da degradação ambiental e na freqüência das doenças relacionadas à ausência de saneamento, a sociedade brasileira está longe de estar contemplada com uma solução efetiva para o problema. A privatização do setor, em um país ainda longe da eqüidade, integralidade e universalidade na cobertura dos serviços de saneamento, poderá ser sinônimo apenas da ampliação da saúde financeira das empresas privadas, sem ampliação das oportunidades de empregos ou da redução da exclusão social. Além disso, a privatização é incompatível com o princípio da universalização, já que à iniciativa privada, dentro da lógica de obtenção do lucro, só interessam os serviços que possam garantir retorno dos investimentos e geração de lucros"[67].

O abastecimento de água também está adstrito ao cumprimento das diretrizes da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei n. 9.433/97) e à atuação dos integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos desde o plano federal até o plano local das bacias hidrográficas. Nesse ponto, a pesquisa se alicerça na obra do professor Caubet, a qual desenha uma análise crítica e criteriosa a respeito daquele sistema e de seus instrumentos. Segundo Caubet, há uma desarticulação entre as cinco categorias que compõem tal sistema[68], o qual também limita sobremaneira a participação, a possibilidade de influir, dos usuários e consumidores, principalmente nos Comitês de Bacias Hidrográficas[69]. Quanto à outorga, Caubet a define como o direito de uso de recursos hídricos consistente "no fato de a administração pública atribuir a disposição de certa quantidade de água bruta, a pedido de um interessado, para finalidade especificada no ato de atribuição"[70]. A crítica que ele faz a respeito é que as outorgas já concedidas, ao contrário do que estipula a Política do setor, "não indicam a conformidade do pedido deferido com os Planos de Recursos Hídricos, que geralmente não existem nem informam qual é a classe do corpo d'água objeto do pedido ou a possibilida-

67 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. *Idem*, p. 261.
68 CAUBET, Crhistian Guy. *A Água, A Lei, A Política... E o Meio Ambiente?*, p. 183.
69 CAUBET, Crhistian Guy. *Idem*, p. 211.
70 CAUBET, Crhistian Guy. *Idem*, p. 165.

de de alteração da classe de enquadramento, em função dos impactos da outorga"[71].

Segundo Caubet, diante do reconhecimento da água como um bem econômico, por força da Lei n. 9.433/97, associada à falta de uma legislação que garanta o abastecimento gratuito das populações carentes, ocorrerá o seguinte quadro:

"[...] as concessionárias de água pretenderão ser legitimadas a só entregar água a quem por elas pagar. Isso não é uma visão pessimista do futuro, é uma constatação objetiva do presente e do passado recente: em todos os lugares onde o abastecimento público de água foi concedido a empresas privadas, a água deixou de estar à disposição de quem não podia pagar pela sua entrega, além de seu preço sempre ter aumentado de maneira extraordinária. Em vários lugares onde foi exigido que as companhias de água fornecessem determinados padrões de qualidade e quantidade, que elas mesmas não quiseram garantir, elas desistiram da concessão.

"As possibilidades de conflitos que resultam dessas circunstâncias são tão preocupantes, que não parece razoável protelar mais ainda esse debate: qual é a quantidade de água potável que deve ser garantida, diária e gratuitamente, a todos os habitantes do Brasil? Deixar a arbitragem dessa questão aos tribunais seria assumir uma irresponsabilidade de conseqüências incalculáveis.

"As circunstâncias de fato podem conduzir, em ocorrências semelhantes, a importantes disparidades nas sentenças judiciárias, em prejuízo das exigências mínimas de convívio social"[72].

Para Caubet, a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei n. 9.433/97), ao instituir a água como recurso de valor "econômico" sem equilibrá-la com o reconhecimento também do seu valor "social", beira ao ultraliberalismo. Isto, segundo ele:

"[...] contribui para formar um contexto indesejável, no qual foi totalmente esquecida a questão do suprimento de água à popu-

71 CAUBET, Crhistian Guy. *Idem*, p. 167.
72 CAUBET, Crhistian Guy. *Idem*, p. 213.

lação que não poderá pagar por uma substância-água em quantidade e qualidade condizentes com as condições de vida em sociedade. Ora, a população que não possui condições de pagar pela água pode ser estimada em milhões de pessoas. [...] A falta de consideração de problemas como a garantia de acesso à água para todos constitui uma ameaça estrutural para o conjunto social. Colocar mais uma dimensão de exclusão social, através da cobrança indiscriminada e sem garantia de condições de consumo pessoal mínimas para todos, aumenta a tensão que pode romper a trama social"[73].

Quanto às agências regulatórias previstas para atuar no setor, estas levam consigo as mesmas dúvidas que pairam sobre as linhas conceituais que delineiam tal tipo de organização. Conforme Ramos:

"O grande e principal questionamento no que diz respeito às agências regulatórias brasileiras é a insatisfatória responsabilização pública desses atores. Afinal, inexiste qualquer procedimento democrático para que as ações regulatórias sejam objeto de controle social. Um outro aspecto importante registrado é a possibilidade de as agências regulatórias serem 'capturadas' pelas empresas que supostamente regulam"[74].

Após um estudo, no âmbito da Anatel, das Atas do seu Conselho Consultivo, órgão colegiado que representa a sociedade, Ramos chegou às seguintes conclusões:

"As Atas demonstram de forma crua a percepção dos conselheiros que refletem a já comentada ambigüidade das agências em seus respectivos campos de atuação. Essa preocupação, ou melhor, a observação sobre o pouco tempo de existência desses atores, além da imprecisão, ou indefinição, do marco regulatório no Brasil se traduz, efetivamente, em ações desarticuladas ou desencontradas entre essas agências em seu conjunto, principalmente no quesito responsabilização pública e controle social"[75].

73 CAUBET, Crhistian Guy. *Idem*, p. 214.

74 RAMOS, Flávio. *As conseqüências da indefinição do marco regulatório brasileiro*. *In* Política & Sociedade, p. 293.

75 RAMOS, Flávio. *Idem*, p. 314.

A democracia, como é possível observar, ocupa posição destacada entre os elementos teóricos e empíricos colhidos até o momento. Não é, pois, por acaso que deste fenômeno da "municipalização" do abastecimento de água constata-se a existência de um imenso déficit democrático, tanto na formulação e controle sobre a mencionada transição de serviços para Casan, como em relação às políticas e leis que regem o setor. Assim é que inexiste um marco regulatório na área do saneamento básico, especialmente na de abastecimento de água, o que compreende a presença tanto de parâmetros legais que orientam o comportamento político como de mecanismos para solução dos conflitos resultantes.

Nesse cenário, o direito assume, pois, papel central. Devido às características formais deste, que, na modernidade, apresenta-se como resultado de um processo de aprendizagem social, Habermas o considera "como meio adequado para a estabilização de expectativas de comportamento; e parece não haver, nas sociedades complexas, um equivalente para ele"[76].

Para Habermas o direito realiza uma função sociointegradora fundamental:

"Do ponto de vista de uma *teoria da sociedade*, o direito preenche funções de integração social; com efeito, associado ao sistema político configurado através de constituições, o direito assume a garantia pelas perdas que se instalam na área da integração social. Ele funciona como uma espécie de correia de transmissão que transporta, de forma abstrata, porém impositiva, as estruturas de reconhecimento recíproco existentes entre conhecidos e em contextos concretos do agir comunicativo, para o nível das interações anônimas entre estranhos, mediadas pelo sistema. Ao passo que a solidariedade – que é a terceira fonte de integração social, ao lado do poder administrativo e do dinheiro – surge indiretamente do direito, pois ele garante, através da estabilização de expectativas de comportamento, relações simétricas de reconhecimento recíproco entre titulares abstratos de direitos subjetivos.

76 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. II, p. 322.

Tais semelhanças estruturais entre direito e agir comunicativo explicam por que discursos, portanto formas do agir comunicativo que se tornaram reflexivas, desempenham papel constitutivo na produção e no emprego de normas de direito"[77].

Para Habermas há um nexo estreito entre Estado de Direito e Democracia, a partir da constatação que é o processo democrático que confere legitimidade àquele:

"O *processo democrático* carrega o fardo da legitimação. Pois tem que assegurar simultaneamente a autonomia privada e pública dos sujeitos de direito; e, para formular adequadamente os direitos privados subjetivos ou para impô-los politicamente, é necessário que os afetados tenham esclarecido antes, em discussões públicas, os pontos de vista relevantes para o tratamento igual ou não-igual de casos típicos e tenha mobilizado o poder comunicativo para a consideração de suas necessidades interpretadas de modo novo. Por conseguinte, a compreensão procedimentalista do direito tenta mostrar que os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade são a única fonte de legitimação"[78].

Em razão disso:

"[...] no paradigma procedimentalista do direito, as estruturas de uma sociedade civil viva e de uma esfera pública não contaminada pelo poder têm que carregar uma boa parte das expectativas normativas, principalmente o fardo da gênese democrática do direito, que se pretende normativa.

"Naturalmente, isso desperta o faro cético, encarnado na dupla figura do cientista social e do jurista. Enquanto o primeiro assume o papel do empirista, esclarecendo-se sobre o vazio das idéias que sempre são suplantadas pelos interesses, o segundo, por ser pragmático, nos ensina sobre os conflitos que só podem ser enfrentados, se tivermos como respaldo um Estado substancial. Por seu turno, o princípio da teoria do discurso introduz um elemento realista, na medida em que desloca as condições para uma for-

77 HABERMAS, Jürgen. Idem, p. 308.
78 HABERMAS, Jürgen. Idem, p. 310.

mação política racional da opinião e da vontade: ele as retira do nível das motivações e decisões de atores ou grupos singulares e as transporta para o nível social de processos institucionalizados de resolução e de decisão. E aqui emerge o ponto de vista estruturalista: processos democráticos e arranjos comunicativos podem funcionar como filtros que selecionam, temas e contribuições, informações e argumentos, de tal modo que somente 'contam' os que são válidos e relevantes"[79].

5. Considerações finais

A migração dos serviços da Casan para os municípios, em face da essencialidade destes e da ampla abrangência econômico-cultural-social que apresentam, constitui uma decisão política da mais alta repercussão. Contudo, pelo que se constata preliminarmente a partir da cobertura dada pela imprensa, tal transição não tem sido precedida e realizada por meio da necessária participação democrática, o que se leva a questionar a legitimidade de todo este processo e, via de conseqüência, os próprios resultados esperados.

A ação política municipal, como visto no capítulo anterior, funda-se em argumentos técnico-legais que são levados ao Poder Judiciário que, por sua vez, invariavelmente acolhendo-os, acaba por respaldar a pretendida migração do serviço. Os argumentos alinhados pelos municípios referem-se principalmente à insuficiência dos investimentos de ampliação e manutenção da rede de abastecimento, o que gera uma insuficiência na área de cobertura e a interrupção do serviço por longos períodos e, em conseqüência, inúmeros prejuízos à população e à própria atividade econômica. Contudo, a par desses argumentos e da possívell incapacidade da Casan, em face da experiência exigida e dos grandes aportes financeiros necessários, não há elementos disponíveis até o momento que levem a convicção de que a ação dos municípios poderá alcançar resultados melhores ou iguais aos apresentados

79 HABERMAS, Jürgen. Idem, p. 324.

atualmente[80]. Todavia, neste momento de transição ao mesmo tempo crucial e tormentoso, aparentemente são sonegados à Sociedade a transparência e a participação indispensáveis à convivência democrática e solidária. Ao racionalizar-se o debate a bases eminentemente técnico-jurídicas e ao circunscrever-se o seu equacionamento ao sistema judicial, não se estaria, em tese, vilipendiando os interesses dos excluídos de toda uma população em benefício de determinadas elites ou grupos dominantes, aproveitando-se de um arcabouço legislativo concebido com este fim? É necessário descortinar-se todos os elementos desta transição.

De se ressaltar mais uma vez que, em face da essencialidade da água, o seu fornecimento deve ser prestado em favor de todas as pessoas, de modo universal e contínuo. Todavia, para que isso se torne realidade no Estado de Santa Catarina, fazem-se necessários enormes e constantes investimentos. Além disso, mostra-se imprescindível a elaboração, realização, coordenação e fiscalização de uma política de abastecimento de água afinada com aqueles fins, por meio de uma legislação clara e definida.

Nesse contexto, a retomada por parte dos municípios da titularidade dos serviços anteriormente delegados à Casan é um fenômeno ainda nebuloso, seja em relação ao seu modo e pressupostos, seja em relação aos seus riscos e vantagens. Por isso, mais do que nunca, mostra-se atual e necessário o salutar debate.

80 Em Joinville 99,5 % da população é coberta pelo serviço. No Estado, 22,3% da população não tem acesso à água potável. Fonte: Diário Catarinense, de 25-3-05. Disponível também em: http://www.prsc.mpf.gov.br/noticias/clipping%20HTML/2005/marco/23a28marco.htm

6. Referências bibliográficas

CORRÊA, Maria Letícia. Contribuição para uma história da regulamentação do setor de energia elétrica no Brasil: o Código de Águas de 1934 e o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica. *In* Política e Sociedade: *Revista de Sociologia Política* — Universidade Federal de Santa Catarina. v. 1, n. 6. Florianópolis: UFSC/Cidade Futura, 2005, p. 255-291.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In* SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros 2002*, p. 39-71.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, 2. ed., v . II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 352 p.

JOHNSON, Bruce; SAES, Flávio; TEIXEIRA, Hélio; WRIGHT, James. *Serviços Públicos no Brasil: mudanças e perspectivas. Concessão, regulamentação, privatização e melhoria da gestão pública. São Paulo: Edgard Blücher, 1996, 153 p.*

RAMOS, Flávio. As conseqüências da indefinição do marco regulatório brasileiro: as reuniões do Conselho Consultivo da Anatel no período 1998-2003. *In* Política e Sociedade: *Revista de Sociologia Política* — Universidade Federal de Santa Catarina. v. 1, n. 6. Florianópolis: UFSC/Cidade Futura, 2005, p. 293-318.

REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. *O saneamento no Brasil. Políticas e interfaces*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, 310 p.

SCHWARTZMANN, Simon. *Pobreza, exclusão social e modernidade: uma introdução ao mundo contemporâneo*, p. 163-164.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. *In* SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico.* São Paulo: Malheiros 2002, p. 17-38.

NOTICIÁRIO

114º ANIVERSÁRIO DE INSTALAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Comemorou-se em 1º de outubro de 2005 o 114º aniversário de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Em homenagem à data, foi realizada, às 19h30min do dia 5-10-2005, Sessão Solene do Tribunal Pleno, sob a Presidência do Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi.

Na oportunidade o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu saudou os homenageados em nome do Tribunal de Justiça e proferiu o seguinte discurso:

"Comemoramos no último dia primeiro de outubro cento e quatorze anos de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Corte que, mercê de sua história, tem um passado de glórias, de respeitabilidade e de dignidade, que orgulha a todos nós e que é patrimônio cultural e penhor moral de todos os catarinenses.

Com a implantação da República em 1889 e com a instituição do federalismo pela Carta de 1891, desapareceu a justiça única imperial e cada unidade federativa passou a reger-se pela constituição e pelas leis que viesse a adotar.

A Constituição Catarinense de 1891 instituiu o denominado 'Superior Tribunal de Justiça de Santa Catarina' como órgão de segunda instância. Foi composto por cinco membros, escolhidos dentre os juízes de direito mais antigos. O Decreto n. 104, de dezenove de agosto de 1891, do Vice-Governador Gustavo Richard, organizou a Justiça do Estado e conferiu aos membros do tribunal o título de Desembargador. Pela Resolução n. 285, de vinte e oito de agosto de 1891, foram nomeados os doutores José Roberto Vianna Guilhon, Francisco da Cunha Machado Beltrão, Edelberto Licínio da Costa Campello, Domingos Pacheco d'Ávila e José Elysio de Carvalho Couto. Passou a presidir a Corte o juiz mais antigo, José Roberto Vianna Guilhon, maranhense de São Luiz, graduado na

Faculdade de Direito do Recife, que, após breve passagem pela magistratura natal, mudou-se para as terras catarinenses, tendo sido juiz em São José e Desterro, hoje Florianópolis. O Decreto n. 112, de dezesseis de setembro de 1891, dividiu o Estado em quatorze comarcas: Capital, São José, São Miguel (hoje Biguaçu), Tijucas, Itajaí, Blumenau, São Francisco do Sul, Joinville, São Bento, Laguna, Tubarão, Araranguá, Lages e Curitibanos. A Lei Estadual n. 16, de vinte e três de novembro de 1891, criou ainda as comarcas de Brusque e São Joaquim.

A instalação do Tribunal deu-se em primeiro de outubro de 1891, às treze horas, na Casa da Câmara, na sala do Conselho da Intendência Municipal, constituindo-se num acontecimento marcante para a história política do Estado.

A Constituição outorgada de 1892 alterou a denominação da Corte para Tribunal de Relação, retornando à designação anterior com a Carta Estadual de vinte e seis de janeiro de 1895.

Posteriormente, as Constituições Estaduais de 1935, 1945 e 1947 alteraram as denominações do Tribunal para Corte de Apelação, Tribunal de Apelação e finalmente para Tribunal de Justiça.

Esse passado histórico, que evocamos, nos remete à realidade de hoje, que nos projeta para um Estado de economia desenvolvida, diversificada, das mais destacadas do País, com excelente performance na distribuição de renda e na qualidade de vida de nosso povo.

No plano institucional, o Judiciário enfrenta uma realidade bem mais complexa. Temos uma população estimada em aproximadamente seis milhões de habitantes; quatro milhões de eleitores; cento e dez comarcas; duzentos e noventa e três municípios; um Tribunal, no qual tramitam em torno de trinta e oito mil feitos, composto por quarenta desembargadores; e uma justiça de primeiro grau, na qual tramitam mais de um milhão e seiscentos mil processos, composta por trezentos e trinta magistrados.

Confrontando-se essas realidades, ao tempo da instalação do Tribunal, nos primórdios da República, o País tinha uma economia agrária, e a legislação codificada limitava-se ao Código Comercial de 1850, já que o Código Civil seria editado apenas em 1916.

O Estado, como o País, embora institucionalmente concebidos para uma economia primária, sofreu profundas transformações sociais e econômicas no transcurso do Século XX, agravando os problemas do Judiciário, colocando em questão sua capacidade para dar as respostas exigidas pela sociedade brasileira.

O Brasil, entre os anos de 1940 e 1980, mudou seu perfil de agrário para urbano. Com Getúlio Vargas ingressou tardiamente na modernidade, iniciando um processo de industrialização, incrementado nos anos cinqüenta por Juscelino e ampliado por Geisel nos anos setenta. Em 1940, a população urbana no País era de apenas de 20% – sendo 80% agrária. Em 1980, houve uma inversão absoluta – 80% da popu-

lação passou a viver nas cidades e apenas 20% no campo. Esse fenômeno da migração interna, aliado ao freio no processo de industrialização a partir da década de oitenta, em vista da crise do petróleo, gerou estagnação na economia, recessão e desemprego. Houve uma explosão de conflitos, agravados pelas novas demandas sociais decorrentes do processo de urbanização.

As demandas, além de crescerem em volume, mudaram de perfil, tomando forma diferente daquela concebida pelos vetustos Códigos Comercial e Civil. O direito privado paulatinamente foi perdendo eficácia, porque pensado para a solução de conflitos de uma economia e uma sociedade focados no Século XIX.

O Judiciário, ademais, lida anacronicamente com a idéia de conflitos individuais, ancorado numa perspectiva de processo inspirado no liberalismo francês. Por conta disso, processos exatamente iguais continuam sendo repetidos, sem que possam ser aglutinados para solução conjunta, multiplicando o trabalho e os esforços do sistema judicial.

Nessa contextura, o mundo legal transparece ter deixado de refletir o real. O conflito não é mais essencialmente individual, envolvendo, ao contrário, coletividades inteiras. A maioria da população clama pelo direito de moradia, de emprego, de educação, de acesso aos meios de comunicação, aos serviços de saúde, à terra, ao trabalho, ao consumo.

Por conta da ineficiência do sistema, o Judiciário, agora, como alerta Urbano Ruiz, estaria chegando ao limite ou ao esgotamento de seu processo, produzindo gradativo esvaziamento dos padrões de legalidade. Esta é a crise que vivenciamos. Um Judiciário defasado historicamente, atropelado pela multiplicidade de processos e refém da endêmica ausência de recursos, que o obriga a mitigar as soluções possíveis, a adiar o seu reaparelhamento, a sacrificar os seus quadros, sem dar as respostas possíveis.

A sociedade brasileira, por outro lado, convive com a violência crescente, com a insegurança, com os desmandos administrativos, com a corrupção da política, com a volatilização da ética, com o desemprego, com a exclusão social, com a miséria do seu povo.

Nesse patamar da vida nacional, de crises recorrentes, de desigualdades regionais e pessoais, de aguda crise política, parece ser o momento fundamental para a consolidação de uma magistratura e de um Judiciário fortes. Dallari denuncia termos no Brasil um Judiciário débil mas um corpo de juízes forte. De fato assim é, temos uma magistratura consciente, politizada, atenta à realidade do País, assumindo gradativamente o papel preponderante da defesa das instituições, da liberdade e da ética. Sabemos que sem Judiciário forte e imprensa livre não é possível consolidar-se a democracia. Por isso este é o momento do fortalecimento da democracia, da priorização da justiça como direito impostergável do cidadão, direito este tão importante quanto o pão, o teto, o emprego, a saúde.

É esse o desafio do Judiciário do novo milênio, compromissado com a justiça, com uma justiça cidadã, atenta às mazelas sociais, instrumento de realização do justo e de garantia dos direitos fundamentais, inscritos na Constituição e a reclamar sua efetivação na sentença. Esse é o compromisso de todos nós! Senhor Presidente, hoje também é um dia de regozijo.

O Tribunal de Justiça estreita suas relações com a sociedade, valorizando a cultura jurídica e a história secular da instituição, ao conferir, pela terceira vez, a Ordem do Mérito Judiciário, prestando justa homenagem a cidadãos que se destacaram de forma notável, contribuindo, direta ou indiretamente, para o engrandecimento da justiça catarinense. Homenageia, igualmente, magistrados e servidores que, no exercício de seu trabalho, apresentaram alto grau de qualidade profissional.

Confere o grau de Grande Mérito ao Senhor Antônio Carlos Konder Reis, a esse catarinense ilustre, ocupante de elevados cargos na vida pública, em âmbito estadual e federal. Autor de várias obras publicadas, angariou diversos prêmios e condecorações e participou de diversas missões representando o Brasil no exterior. O homenageado tem extensa e importante carreira política, tendo exercido desde o cargo de deputado estadual e federal constituinte, deputado estadual, deputado federal (por três vezes), senador (por duas vezes), Vice-Governador e Governador (por duas vezes). Sua destacada atuação política guindou-o a membro de importantes comissões parlamentares, destacando-se especialmente a relatoria da Constituição Federal de 1967 e a relatoria adjunta da Constituição Federal de 1988. Seu maior legado ao País foi a sua atuação severa e ética no trato da coisa pública, exemplo para esta e as futuras gerações, principalmente em momento tão delicado da vida nacional!

Confere o grau de Mérito ao Doutor Fernando Luiz Soares de Carvalho, magistrado de larga experiência profissional, que chegou à inatividade compulsória após quarenta e sete anos de serviço, dos quais 38 prestados à carreira da judicatura. Como juiz e cidadão granjeou a simpatia e a admiração de todos — colegas magistrados, promotores de justiça, advogados, cidadãos comuns e servidores —, no ambiente forense e fora dele, justamente por sua incansável dedicação à causa da justiça. Juiz operoso e competente, tornou-se referência para as novas gerações. Compromissado com as lutas de classe teve destacada atuação na Associação de Magistrados Catarinenses, na qual exerceu diversos cargos diretivos. Resultado de seu esforço, exemplo de vida e trabalho, prestou relevante contribuição para o engrandecimento da justiça catarinense.

A Corte homenageia, ainda, no grau de Insígnia, o Senhor José Carlos Pisani, industrial e empresário catarinense, Diretor-Presidente do Grupo Imaribo, natural de Tangará/SC, dono de invejável currículo nas atividades empresariais, tendo sido, por duas vezes, Vice-Presidente da Federação das

Indústrias do Estado do Paraná e Vice-Presidente do Centro das Indústrias do mesmo Estado, além de outros cargos em Sindicatos, Associações e Centro Empresarial de Curitiba. Recebeu vários títulos de cidadão honorário em Santa Catarina e no Paraná. Recebeu a Láurea de Honra ao Mérito do Paraná, da Federação das Indústrias daquele Estado. Honra ao Mérito, conferida pela Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina e Medalha Anita Garibaldi, concedida pelo Governo de Santa Catarina. Destaca-se que se trata de um idealista, homem empreendedor, exemplo na vida pública e privada, amigo do Judiciário de Santa Catarina e intransigente defensor das prerrogativas da magistratura.

A Corte homenageia, ainda, no grau de Insígnia, os jornalistas Moacir Pereira e Sérgio Sirotsky.

Moacir Pereira, atual Presidente da Associação Catarinense de Imprensa, conhecido cronista político com destacado desempenho na área de comunicação escrita e falada, professor, escritor, imortal da Academia Catarinense de Letras, é amigo do Judiciário Catarinense. Conhecedor como poucos dos problemas que nos afetam, tem aberto espaço sistematicamente para a divulgação de assuntos pertinentes à Justiça, tanto na esfera administrativa como institucional. Na vida pública e privada, na produção da pesquisa acadêmica e cultural, no exercício da docência e na atividade profissional, como repórter e como soberbo escritor (autor de mais de vinte obras publicadas), é portador de invejável currículo, transparecendo ser uma figura humana exemplar, de sólida formação familiar e cristã. Jornalista ético, independente, corajoso, amante como poucos das coisas da terra, dignifica sua profissão e orgulha a todos nós.

Sérgio Sirotsky, Diretor-Geral da RBS TV e da Diretoria Institucional do Grupo Rede Brasil Sul em Santa Catarina, gaúcho de Porto Alegre, jornalista graduado pela Pontifícia Universidade Católica, tem atuação destacada no jornalismo catarinense, dirigindo um dos maiores grupos de mídia do País. Detém, invejável experiência profissional, tendo percorrido diversas funções executivas na empresa. Transferido para Florianópolis em 1986, aprendeu a amar como poucos esta terra. Aqui assumiu o cargo de supervisor das rádios FM e AM de Santa Catarina. Foi *publisher* e gerente do Jornal Diário Catarinense. Após residir por três anos nos EUA, estudando na Universidade de UCLA e cumprindo estágios em periódicos locais, retornou a Florianópolis como Diretor Comercial da RBS-TV e do sistema de Rádio até assumir, finalmente, a condição de Diretor Executivo do Grupo. Sob sua administração, o Grupo RBS sempre se preocupou em retratar a realidade catarinense com admiração e respeito, cultivando nossa cultura e nossos valores, contribuindo inegavelmente para o desenvolvimento econômico e social do Estado e de nossa gente.

Recebe a comenda, no grau de Insígnia da Ordem do Mérito Judiciário, por último, a Doutora Suzete Opilhar, servidora concursada desta Casa des-

de 1979 e atual Diretora Judiciária deste Tribunal. Trabalhando como Técnico Judiciário Auxiliar ou exercendo cargo comissionado em gabinete de desembargador, revelou ser uma funcionária exemplar, até ser guindada à condição de Diretora Judiciária há vários anos, cumprindo com denodo e competência a função diretiva. Servidora proba, discreta, respeitosa, competente, incansável, soube granjear o respeito de subordinados e desembargadores, de advogados, membros do Ministério Público e de todos quantos conhecem o seu zelo profissional e sua dedicação ao trabalho. Como cidadã e servidora é exemplo extraordinário de dedicação e amor à causa da Justiça.

Da mesma forma, Senhor Presidente, a Corte reverencia nesta sessão histórica o eminente Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi, um dos seus mais insignes magistrados, recentemente levado à inatividade compulsória. Lageano de nascimento, florianopolitano de coração, chegou nesta Casa pelo quinto constitucional, após longos anos como advogado e professor. Foi presidente da Seccional Catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil, Conselheiro estadual e federal, reeleito por diversos mandatos. É membro do Instituto Histórico e Geográfico de Santa Catarina e da Academia Catarinense de Letras. Na classe de jurista, foi Juiz do Tribunal Regional Eleitoral. Como escritor, tem diversos trabalhos publicados como ensaísta de temas jurídicos e cronista. Nesta Corte, foi Vice-Presidente em duas administrações, destacando-se como um dos mais notáveis julgadores. A Corte, Senhor Presidente, portanto, sente-se engalanada ao premiar tão ilustres personalidades e ao comemorar seus cento e quatorze anos de história, na perspectiva de concretizar os anseios mais legítimos da sociedade catarinense, à qual todos temos a honra de servir. A todos, obrigado".

Na mesma ocasião em nome dos agraciados, o Jornalista Moacir Pereira fez uso da palavra, tendo proferido o seguinte discurso:

"'Este País viverá, se acreditar na justiça. Se organizá-la e praticá-la. E se vier a santificá-la. Se não, rapidamente passará da desordem à anarquia, da anarquia ao caos, do caos à fermentação. [...] No século dos armamentos, a justiça ainda constitui a maior força da humanidade'.

Explicitado há quase um século na Faculdade de Direito de São Paulo, o pensamento de Rui Barbosa é mais um primor de atualidade dentre tantas e incontáveis lições que legou a seus concidadãos. A referência ao imortal baiano permite ressaltar o extraordinário significado político desta solenidade alusiva aos cento e quatorze anos de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Os que aqui são homenageados exercem atividades diversificadas em nosso Estado. Comparecem a esta cerimônia com uma única e forte identidade: o de profundo apreço ao Judiciário, para vê-lo cada vez mais respeitado e engrandecido, fato que se reflete na fraterna convivência da amizade com seus dignos representantes, todos motivados pelo mesmo ideal, o de ver a

justiça catarinense sempre mais admirada pelo nosso povo.

Miguel Cervantes, pensador admirável que nos legou há quatro séculos um dos clássicos da literatura universal, 'Dom Quixote', proclamou, de maneira irrespondível, que a gratidão constitui um dos princípios que mais enobrece o caráter de um homem. Portanto, antes de tudo é hora de agradecer.

Em momento tão solene como este que vivemos esta noite, a emoção que enche a alma dos homenageados, seus familiares e amigos é tão forte que o verbo não reproduz o valor do reconhecimento aqui proclamado. Seja, assim, a primeira saudação dirigida aos nobres desembargadores que compõem este respeitável Sodalício, pela generosa decisão e singular honraria. Na pessoa do Des. Jorge Mussi, seu eminente presidente, os agraciados com a Medalha da Ordem do Judiciário pedem vênia para transmitir a esses proeminentes homens públicos o abraço mais fraterno, o profundo agradecimento e a fé inquebrantável que os unem no objetivo de colaborar sempre para a efetividade e o futuro glorioso da Justiça em nosso Estado. É, pois, com emoção, que os homenageados transmitem o seu preito de eterna gratidão.

Para mim, esta histórica cerimônia representa uma especial distinção e uma grande honra. Falar em nome de personalidades tão destacadas da vida pública, do empresariado, da magistratura, da comunicação e da administração judiciária constitui missão nobre e de grande responsabilidade. Creio que sou o menos credenciado entre os homenageados desta noite para falar em seu nome. Ainda assim, aceitei com prazer a distinção que me foi conferida pelo eminente presidente e honrado amigo, Des. Jorge Mussi, por identificar na escolha também uma homenagem a toda a imprensa do meu Estado.

Há aqui neste Tribunal Pleno, Senhor Presidente e Senhores desembargadores, notáveis que merecem todas as nossas homenagens. O ex-governador Antônio Carlos Konder Reis, catarinense ilustre, culto e honrado que dedicou toda sua vida a serviço de Santa Catarina e do Brasil. Com uma biografia que engrandece a vida pública do País, agiganta-se como um ícone destacado neste vácuo de crise ética e de moralidade que desencanta a nação. O juiz Fernando Luiz Soares de Carvalho constitui outro paradigma da magistratura catarinense. Dedicado, estudioso, honrado e de uma simplicidade contagiante, transformou sua paixão pela magistratura durante quase quarenta anos numa fixação de vida: a de promover e dar eficácia à Justiça. Satisfação idêntica ocorre quando se lembra o nome do empresário José Carlos Pisani, líder de um dos maiores grupos econômicos do Estado, pioneiro em diferentes empreendimentos, presente em trabalhos comunitários e de promoção humana, e sempre perseguindo projetos que projetem Santa Catarina. Profissionalismo e espírito público são alguns atributos que marcam a atuação de outro empresário de grande valor: o diretor Sérgio Sirotsky. Sobre os benefícios que o grupo RBS tem trazi-

do ao Estado há pouco a acrescentar. Fica aqui um testemunho pessoal sobre a visão, o talento e a liderança que marcam o trabalho diuturno deste jovem empreendedor, declaradamente um apaixonado pela terra que o recebeu de braços abertos e que adotou para viver com a família. Finalmente, uma citação igualmente prazerosa e uma condecoração de inteira justiça. Há aqui no Tribunal de Justiça e nas varas e comarcas espalhadas por Santa Catarina servidores zelosos, dedicados e competentes. Gente boa e criativa, ajudando a garantir o funcionamento da máquina, a promover o treinamento constante de técnicos e administradores. E se há funcionários que representam unanimidade dentro e fora do Tribunal, um deles é a Diretora Judiciária Suzete Opilhar.

Senhor Presidente e Senhores desembargadores, recorro outra vez à história e renovo minha admiração ao grande Rui Barbosa, jornalista, jurista, parlamentar, brilhante em tudo o que fez pelo Brasil, para a comemoração conjunta: 'Brindemos, pois, à Justiça e à Imprensa: as duas forças da liberdade, as duas âncoras do futuro, a dupla muralha contra o regresso do passado nefasto'. Sábias e proféticas declarações. Crises políticas, rupturas jurídicas, frustrações e desencantos, ditadura e autoritarismo, marcaram a história brasileira no século passado. A excepcionalidade jurídico-política só prevaleceu a partir das mutilações aplicadas na Imprensa e na Justiça. Por isso mesmo, nos nossos dias, as ditaduras sobrevivem por negarem a liberdade de imprensa e pela supressão das prerrogativas do Judiciário. É a história que demonstra: sempre que o Judiciário teve respeitadas suas garantias e a imprensa exerceu com liberdade sua missão, protegidos ambos pela Constituição, o País valorizou a cidadania plena e seguiu sua caminhada dentro da ordem jurídica plena.

Tem sido o Judiciário ao longo de nossa história a fonte de equilíbrio entre o Executivo e o Legislativo, o freio a conter investidas autoritárias de que nos fala Montesquieu em 'O Espírito das Leis'. Em momentos críticos da nacionalidade, a última reserva para proteção dos direitos dos cidadãos. Se a imprensa estivesse censurada, com a magistratura desfrutando das garantias constitucionais, o AI-5 teria sido marcado por curta vigência. Ou seria ato natimorto se o Judiciário sofresse restrições legais, mas a imprensa livre da censura prévia estatal. São efetivamente os dois pilares mais importantes das Democracias.

Por isso mesmo, em Cuba, a ditadura mais antiga do continente, não há imprensa livre, nem Justiça independente. Na Coréia do Norte, o Judiciário é instrumento da ditadura e a imprensa porta-voz dos tiranos. Na progressista China, não há nem Judiciário soberano nem liberdade de imprensa.

Reconquistado o Estado de Direito estamos agora diante de novos desafios. Um deles é o da conquista da democracia real, ou da sonhada democracia social, outro, o da desejada convergência entre as duas instituições. De um lado, a efetividade da Justiça, de outro, uma atuação

mais democrática, regionalizada e ética da imprensa.

Para quem exerce o jornalismo há 40 anos é motivo de orgulho poder proclamar, sem favor: Santa Catarina tem um Poder Judiciário que honra as tradições de seu passado. Os bons exemplos dos primeiros integrantes desta Corte foram lançados em solo fértil na primeira década da República, atravessaram todo o Século XX e permanecem produzindo os melhores frutos nos dias em que vivemos.

Admitamos: os meios de comunicação têm registrado casos graves de desvio de conduta de magistrados, felizmente poucos, fora do Estado, na débil Federação. Processos penosos envolveram outros Tribunais. E nenhum registro – um único sequer veiculado pela grande imprensa – veio a desabonar a imagem de retidão da Justiça Catarinense. É gratificante, motivo de orgulho, fazer esta constatação, quando se comemora também o décimo sétimo aniversário da nova Constituição da República. Nós somos diferentes. Aqui, os destaques ficam pelos exemplos de trabalho, de probidade, de modernidade e de integridade.

Quando a Justiça Eleitoral projeta e promove o Estado pelo ineditismo dos processos de votação e agilidade na apuração, ali estão presentes técnicos e magistrados da Justiça Catarinense. Quando a magistratura precisa de liderança nacional qualificada, de destacada reputação e nível intelectual, novamente desponta Santa Catarina a presidir com coragem e competência a Associação dos Magistrados Brasileiros. E quando os Tribunais Superiores projetam inovações tecnológicas no campo da informática, Santa Catarina marca presença por seu pioneirismo.

Exemplos não faltam nas mais diferentes áreas. Os advogados daqui que militam em outros Estados trazem consigo na memória sempre que retornam o comparativo inevitável. Em Santa Catarina, o processo de informatização está avançado, há magistrados íntegros e dedicados, servidores habilitados e uma máquina em constante aprimoramento.

O aprimoramento da Escola da Magistratura e da Academia Judicial, a presença cada vez maior de juízes freqüentando Mestrado e Doutorado, a edição de livros adotados em outras unidades escritos por magistrados são outros fatos a comprovar o nível do Judiciário Catarinense.

Na Justiça de Santa Catarina não há acomodação pelos doze anos de atraso na reforma do Judiciário. A busca de novos caminhos para agilizar o julgamento dos processos, tornar o Poder mais próximo da população, é outra constante.

As Casas da Cidadania constituem exemplos concretos de colocar a Justiça mais perto do povo. O Mutirão da Conciliação, idéia operosa do presidente Jorge Mussi, com extraordinários resultados para o conjunto dos cidadãos, desponta como outra realidade alvissareira a fortalecer o Poder. Só as partes que chegaram a acordos históricos depois de anos de conflito processual conhecem o valor desse projeto.

Há muito mais a ressaltar nesta data histórica. Qualquer que seja o mergulho no passado, o Judiciário tem posição de destaque nos serviços inestimáveis prestados pelos juízes na instalação de comarcas pioneiras, no desbravamento do oeste catarinense ou na participação ativa de pequenas comunidades do interior.

Espalham-se por toda Santa Catarina os exemplos de magistrados que, ao serem indicados para missões no interior, levaram consigo o brilho de sua formação acadêmica e cultural, muitos deles oferecendo contribuições educacionais como professores em escolas e instituições comunitárias. Lá no distante interior, onde viviam ilhados e onde chegavam com pesados sacrifícios pessoais e familiares, colaboraram na construção de escolas, erguendo hospitais e dando os melhores exemplos de espírito público que se revela na solidariedade e na fraterna convivência, em provas incontestes de amor à profissão, a Santa Catarina e a sua valorosa gente.

Magistrados que deixaram fortes marcas por onde passaram, que foram e continuam sendo distinguidos com títulos de cidadania honorária, conferidos pela representação popular de dezenas de municípios catarinenses. E o que dizer de juízes e desembargadores que costumam sacrificar o convívio com a família e momentos de lazer, nos feriados e fins de semana, para se debruçarem sobre questões relevantes de interesse particular ou público, contidas em processos volumosos de difícil julgamento?

Exercendo uma missão às vezes pouco compreendida, a magistratura cumpre insubstituível função social, de grande responsabilidade onde atua. Cuida dos direitos individuais e decide sobre os direitos coletivos. Por ela passam todos os conflitos humanos, os desencontros econômicos e os dramas sociais, multiplicando as exigências de constante preparo técnico, formação cultural, postura ética e aprimoramento jurídico.

Há, contudo, outros horizontes a conquistar. Sustentáculos da Democracia, Justiça e Imprensa têm espaços para o diálogo, para o conhecimento recíproco, para a confiança mútua.

Em seu último livro 'O Homem Secreto', o talentoso jornalista Bob Woodward, que formou dupla com Carl Bernstein, nas investigações de *Watergate*, revela tudo sobre o famoso 'garganta profunda'. *Best-seller* nos Estados Unidos, a obra revela por inteiro o valor insubstituível da mútua confiança entre a autoridade e o jornalista. Os ruídos porventura existentes são muito mais de forma do que de conteúdo, mais adjetivos do que substantivos.

A imprensa precisa conhecer melhor o funcionamento do Poder Judiciário, os desafios e as noites perdidas dos magistrados que levam processos volumosos e complicados para analisar em casa, ou mesmo as causas reais que entravam sua eficácia.

O Judiciário, de seu lado, também pode melhorar o nível de informação sobre a atuação dos profissionais e dos meios de comunicação.

São questões éticas que angustiam a todos e que merecem reflexão e debate para a busca da construtiva convergência. Jornalistas indignados de um lado querendo a imediata aplicação da Justiça diante de flagrantes criminosos, imorais e desumanos, e de outro lado magistrados exercendo legitimamente o direito de julgar com cautela e isenção e sem se deixar conduzir ou influenciar pelos clamores da opinião pública, nem sempre coincidentes com o Direito e a Justiça.

Imprensa e Justiça não são infalíveis. Mas, numa avaliação mais criteriosa, cumpre aprofundar a análise sobre as causas de seus males. Ficar com o estudo sereno e abandonar os comentários superficiais desprovidos de fundamento.

Um País que não investe o necessário em programas sociais, em investimentos em infra-estrutura e projetos de geração de emprego, certamente não incentiva a paz social e a aplicação da Justiça. Eleva os conflitos e comprime os recursos para o funcionamento da Justiça.

A Justiça Estadual não tem verbas para instrumentar julgamentos mais ágeis porque o produto do trabalho transferido para o poder público vai quase todo para Brasília, sem a indispensável redistribuição preconizada na Carta Magna.

Uma nação que mantém uma Lei de Imprensa aprovada por um Congresso mutilado por cassações há quase quarenta anos não tem como assegurar o moderno direito social à informação a seus filhos. Esta lei não atende aos requisitos mínimos de Justiça. É ruim para os jornalistas, inaplicável pelos magistrados e ineficaz para os cidadãos.

Jornalistas e instituições da sociedade civil de todo o País reivindicam há mais de vinte anos uma nova lei de informação para viabilizar uma comunicação mais democrática e uma punição mais severa dos crimes contra a honra praticados pela imprensa. Crimes contra a honra pela imprensa merecem processo sumaríssimo. Direito de resposta assegurado depois de um mês jamais resgata plenamente o prejuízo do equívoco.

Mistérios insondáveis que pairam sobre o Congresso Nacional revelam: o projeto da nova lei de informação está pronto para ser levado a plenário desde outubro de 1997. É espantoso, mas verdadeiro: por razões que ninguém explica, a Comissão de Justiça aprovou a proposta por unanimidade. E ela permanece há oito anos na gaveta do presidente da Câmara dos Deputados.

Democratizar e regionalizar a comunicação social no Brasil, em particular, a mídia eletrônica, constitui imperativo da cidadania. Não há promover a nossa gente sem uma mudança estrutural no modelo brasileiro de televisão, centralizado pelo regime militar e mantido concentrado vinte anos após a abertura política. Os programas regionais produzidos pelas redes locais revelam feitos históricos e talentos culturais que representam o maior patrimônio deste Estado.

Mas urge que se abram mais espaços no jornalismo regional para as notícias que preservem e projetem este rico arquipélago cultural, econômico, artístico e racial que ornamenta e enriquece Santa Catarina.

Interessa mais saber quais os níveis e as causas da crescente violência nos centros urbanos de Santa Catarina e menos quantos soldados americanos são mortos na invasão do Iraque. Importa mais mostrar os talentos que se constituem em exemplos dignos de nosso povo e menos o baixo nível, a inversão de valores, a revogação de princípios e as aulas de criminalidade que dominam a programação de algumas redes nacionais, numa afronta à Constituição da República e sem compromissos com a cidadania.

O jurista Fábio Konder Comparato ensina que 'numa sociedade autenticamente democrática, especial cuidado deve também merecer a organização dos meios de comunicação social. Sucede que o espaço público da comunicação já não é a 'Agora' ateniense, nem mesmo o Parlamento, como imaginou o constitucionalista liberal, mas, sim, a imprensa, o rádio, a televisão, a *internet*. A democratização dos meios de comunicação de massa representa, pois, a condição *sine qua non* do efetivo exercício da soberania popular nos dias que correm'.

Mais do que afirmação da vontade do povo, atua como instrumento poderoso de formação da cidadania. Nesse sentido, a comunicação impressa tem avanços a ressaltar aqui mesmo em Santa Catarina, onde a força da mídia regional se expressa na qualidade jornalística de nossos principais veículos.

No plano nacional, tem sido histórica a atuação da imprensa, sempre vigilante e crítica em relação aos desvios do poder, combativa e corajosa nas denúncias sobre a corrupção e ataques às ofensas à moralidade pública. Com notável profissionalismo e responsabilidade, antecipou-se às investigações de outras instituições para denunciar os corruptos e os vendilhões que envergonham a Nação e frustram o povo.

Cumpre, neste particular, a missão estratégica de que nos fala o festejado pensador italiano Norberto Bobbio, em sua teoria funcionalista da imprensa na formação da opinião pública. 'É o tipo de pressão que a mídia exerce sobre os centros decisórios que define a atuação do sistema político'. Função que se fortalece com o respaldo do Poder Judiciário, atento e presente na manutenção do Estado de Direito, como se viu em recente voto do ministro Celso Melo, sepultando tentativas de supressão do direito à informação. Julgando ação penal contra jornalistas da revista 'Veja' asseverou: 'O exercício da liberdade de imprensa contém os direitos de informar, buscar a informação, opinar e criticar'.

E aqui novamente a Justiça tem sido aliada do direito da informação, seja garantindo o direito de investigar, seja preservando o princípio constitucional. Se permanece atual a máxima de Rui Barbosa, segundo a qual 'A imprensa é a vista da Nação', dir-se-ia que

hoje é também o seu pulmão. É ela que coloca oxigênio na atuação dos homens de bem, reanimando o povo com os bons exemplos de homens públicos. Imprensa e Justiça independentes formam o coração da Pátria, atuando como poderoso dínamo a alimentar a sociedade desesperançosa e com sonhos subtraídos e a oferecer perspectivas de um futuro melhor para o Brasil.

Senhor Presidente: Santa Catarina acolheu no final de setembro advogados de todos os cantos do Brasil. Aqui debateram os mais cruciais problemas do País, sempre à luz do Direito e da Justiça. O diagnóstico da grave conjuntura está contido na 'Carta de Florianópolis'. O texto é realista. Condena o avanço da corrupção no Executivo, atrofiado pelo monopólio da dominação orçamentária e pela injusta concentração tributária, lamenta a debilidade da representação parlamentar, constata as vulnerabilidades do sistema partidário, testemunha o descalabro administrativo, dispara contra a impunidade, lança torpedos contra a ganância financeira que empobrece o povo e insiste nas reformas eleitoral e política. Quer dizer: com a República enfraquecida, o Poder distanciado do povo e a serviço do financeiro, com o Legislativo desacreditado, resta à cidadania fragilizada transferir suas esperanças para o Judiciário ativo e independente e para a imprensa vigilante. Desafios históricos que se repetem para as duas instituições.

Seguros estamos todos de que a gravidade da conjuntura nesta multidão de desesperançados estimulará reflexões profundas sobre ações concretas para que Imprensa e Justiça promovam e se aproximem mais da cidadania. A Imprensa investigando e denunciando; a Justiça impedindo a impunidade. A Imprensa defendendo a verdade e o bem comum; o Judiciário promovendo a Justiça. Só com a independência e a efetividade da Justiça e o crescente profissionalismo de uma Imprensa mais ética e sem manipulações, ambas identificadas com o que a nacionalidade tem de melhor em trabalho, honestidade, ética, princípios e valores imutáveis, o Brasil encontrará seu destino e assegurará a este sofrido povo o futuro que tanto almejamos.

Invoque-se, para encerrar, o imortal Rui Barbosa, para quem 'a Justiça coroa a ordem jurídica, a ordem jurídica assegura a responsabilidade, a responsabilidade constitui a base das instituições livres; e sem instituições livres não há paz, não há educação, não há honestidade e não há organização defensiva da Pátria'. Completava: 'A República há de viver, principalmente, pela Justiça, eis que República sem Justiça é demagogia entronizada e onipotente, é a irresponsabilidade, é a corrupção, é a pior das formas de governo'.

Saudemos todos, pois, a nossa Justiça pelo que fez e pelo que continuará realizando pela República, pelas instituições e pela brava gente de Santa Catarina.

Muito obrigado Senhor Presidente e Senhores Desembargadores pela grande distinção e por nos permitirem, aos queridos familiares e aos distintos amigos, participarmos todos desta cerimônia memorável".

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR EDSON NELSON UBALDO

"Esta comovente solenidade que estou tendo o privilégio de vivenciar, na honrosa e confortadora companhia de todos os presentes, marca o ponto culminante de minha carreira profissional, desenvolvida ao longo de quarenta e dois anos de exercício ininterrupto da advocacia, vinte dos quais dedicados também ao magistério jurídico. Eu preferiria não falar de minha pessoa, mas tão-só de minhas idéias e convicções. Contudo, é inevitável que lhes transmita ao menos algumas informações básicas, como homenagem aos que pouco me conhecem. Nasci em 1940, num dos locais mais remotos e pobres do nosso Estado, o hoje município de Cerro Negro, então distrito de Lages, filho de Nelson, um modesto criador de bois, e de Maria, uma jovem professora. Cursei o primário na velha escolinha de meu torrão natal, onde minha mãe, aqui presente, foi professora. Com ela aprendi as primeiras letras e dela herdei o amor pelos livros. Fiz o ginásio e parte do científico no Colégio Diocesano de Lages, concluindo o terceiro clássico no Instituto Dias Velho, desta capital. A seguir, ingressei na velha Faculdade de Direito, então situada na Rua Esteves Júnior, concluindo o curso jurídico com a turma de 1965. O período universitário foi dos mais importantes e decisivos em minha vida, não só pelos ensinamentos jurídicos recebidos dos melhores professores da época, mas sobretudo pela formação cívica e política, através da qual firmei meus princípios democráticos e tomei consciência do exercício da cidadania. Nosso velho e saudoso Partido da Renovação Acadêmica foi uma verdadeira escola de democracia, que deu a Santa Catarina alguns de seus mais ilustres juristas e políticos, como o Governador Luiz Henrique da Silveira, o Desembargador Antônio Fernando do Amaral e Silva, o Professor e escritor Péricles Luiz de Medeiros Prade e o Embaixador Abelardo da Costa Arantes Júnior, dentre tantos outros que o tempo me impede de nominar. Unidos em torno de sua bandeira, saímos à rua exigindo respeito à Constituição quando da renúncia de Jânio Quadros e quando da instauração do Regime Militar de 64. Por isso muitos de nós foram levados à prisão, perderam o emprego público, foram impedidos de participar de concursos ou sofreram outras perseguições não menos odiosas. Terminado o curso jurídico, abri minha pequena banca de advocacia na cidade de Campos Novos, onde tenho vivido nos últimos quarenta anos, salvo o período de 76 a 81, em que residi em São Paulo adquirindo aperfeiçoamento profissional. Nessas quatro décadas dediquei-me inteiramente à advocacia, à literatura, ao ensino jurídico, ao plantio de vinhas e à formação de minha família. Possuo quatro filhos biológicos, Marco Antônio – Enge-

nheiro Agrônomo, Agnes Aparecida – Advogada, Margarita Augusta — Médica, Antônio Augusto — Juiz de Direito, e um adotivo, Toninho, Técnico em Informática, os quais me presentearam com oito netos até o momento: Elisa Cristina, Marco Antônio, Pedro Fabrício, João Vítor, Alexandre Augusto, Otávio Augusto e Helena. A árdua tarefa da educação familiar só foi levada a bom termo pelo denodo, pela coragem, pela dedicação e pela força de Vâni, minha companheira há trinta e seis anos, a quem presto de público esta merecida homenagem. Feito esse breve relatório, passo ao mérito, como se diz no jargão jurídico, na tentativa de encontrar resposta à pergunta que todos os amigos me fazem e que inúmeras vezes eu também fiz a mim mesmo: por que, tendo tido a sorte de ser um advogado bem sucedido, desejei ser Desembargador? Terá sido por vaidade? Terá sido pelo desejo de participar do Poder? Qual, enfim, a motivação que me levou a disputar o cargo? Elimino desde logo as duas primeiras hipóteses. Minhas pequenas, médias ou grandes vaidades foram devidamente resolvidas com as atividades literárias e docentes. Meus seis livros, todos com edições esgotadas, deram-me a honra de integrar a Academia Catarinense de Letras, além de outras entidades afins, do Brasil e do Exterior. Como professor de Direito, hoje integrando o quadro da valorosa Universidade do Contestado, pude expandir minha atuação por diversas Universidades das três Américas, algumas das quais me concederam suas mais importantes condecorações. No que tange ao Poder, nunca tive talento nem apetite para buscá-lo e exercê-lo. Um mandato de Vereador e uma derrotada candidatura a Prefeito, há mais de trinta anos, foram suficientes para mostrar-me que esse não era o meu caminho. Até mesmo a frustração de não ter podido seguir a carreira diplomática, por falta de condições financeiras à época, acabou compensada pelo exercício do cargo de Cônsul Honorário da República Popular de Bangladesh em Santa Catarina. Mas, enfim, por que busquei o cargo de Desembargador de nosso egrégio Tribunal de Justiça ? A resposta não é simples, nem única. Embora eu tenha sido apenas um humilde rábula da roça, como gosto de me definir, o estudo da ciência do Direito, aliado a suas implicações de ordem política e social, é algo que sempre me fascinou. Mas o conhecimento, divorciado de sua aplicação prática, não passa de mero deleite intelectual. O exercício da advocacia deu-me oportunidade de utilizar o aprendizado teórico em favor de centenas de clientes, bem como de acompanhar a evolução da jurisprudência e as novas posturas do Poder Judiciário brasileiro, algumas avançadas, outras francamente retrógradas. Contudo, além de postular nos processos, escrever artigos, fazer palestras e lecionar no curso de Direito, nada mais podia fazer para levar adiante idéias e convicções elaboradas e sedimentadas ao longo de tantos anos, uma vez que nunca tive a faculdade de influir nas decisões. A partir desse fato concreto instalou-se em mim o desejo de participar dos julgamentos, discutir posições, defender convicções e – quem sabe – ajudar a

fazer mudanças que redundem em benefício de nosso sofrido povo, destinatário último do sistema jurisdicional. Por isso busquei integrar o seleto corpo de nosso egrégio Tribunal de Justiça por meio do quinto constitucional, essa democrática instituição, alvo de tantas críticas, mas de insubstituível significado social, cuja manutenção deve continuar como conquista inalienável da cidadania. Enquanto os magistrados de carreira formam a base principal dos tribunais superiores, com sua preciosa bagagem de conhecimento técnico acumulada ao longo de anos e anos de judicatura, os representantes do quinto constitucional trazem a experiência do contato direto e diário com os anseios da sociedade, pois é no recinto dos escritórios de advocacia e dos gabinetes do Ministério Público que o homem do povo fala de suas angústias, de seus sofrimentos, da violação de seus direitos. É ali que a miséria humana se desnuda em toda a sua crueza, pois ao gabinete do magistrado em geral só aporta de forma resumida e filtrada pelo formalismo processual. Portanto, ao lado da sagrada função de julgar, os oriundos do quinto devem ser os porta-vozes da sociedade, que conheceram de forma tão íntima e direta. Desde cedo aprendi que o Direito não é um fim, mas apenas um meio de se praticar a Justiça. Concebido como um conjunto de normas ensejadoras de convivência social, igualitária e harmônica, o Direito nem sempre acompanha a evolução social, que nestes tempos de informática e globalização caminha à velocidade do raio. O descompasso entre os fatos e as leis exige dos magistrados um esforço ingente de interpretação e adaptação para aplicar a justiça. As divergências jurisprudenciais nos tribunais pátrios, não raro entre membros e Câmaras da mesma Corte, não devem ser tidas como retrocesso, mas, sim, como momento de transição e forma de ajuste do Poder Judiciário à rapidez das transformações sociais e econômicas. A fúria legiferante do Congresso Nacional e o uso desenfreado das malfadadas Medidas Provisórias vêm transformando o exercício da magistratura em verdadeiro tormento. Daí a necessidade de se buscar nesse emaranhado de leis, muitas vezes sacrificando a ortodoxia da hermenêutica, o verdadeiro sentido de justiça, como norte supremo da espinhosa missão de julgar. A estabilidade jurídica reclamada pela sociedade e a previsibilidade das decisões esperada pelos advogados só será obtida com a solidez das instituições e da economia, com o respeito do Estado aos direitos dos cidadãos e nunca por meio de súmulas vinculantes ou outros artifícios cerceadores da independência dos juízes. Por isso não hesito em professar de público o meu respeito à norma jurídica, mas acima de tudo o meu respeito à justiça. Na dúvida entre o texto frio da lei e a necessidade de ser justo, optarei sempre por esta última alternativa. Chego a esta Corte de Justiça já no ocaso da vida, com a perspectiva de aqui permanecer por uns poucos anos. Desejo, porém, empregar meu tempo de magistratura com seriedade, independência, lealdade, coragem cívica e a consciência voltada para o bem do povo catarinense. Não estou preso a preconceitos de ne-

nhuma espécie, nem tenho compromissos de ordem ideológica, política ou religiosa. Meus únicos compromissos são com o trabalho, a verdade, o bem público, a paz social, a justiça e o direito, na medida em que este seja o instrumento daquela. Não tenho a veleidade de pretender ser brilhante, nem me sinto movido por intuitos de estrelismo. Sou um homem simples, vindo do interior, e muito tenho a aprender com a plêiade de excelentes e notáveis Desembargadores que fazem desta Casa um dos mais respeitados Tribunais do País. Aqui chego para servir e para colaborar com a distribuição da justiça e com o progresso do meu Estado. Defenderei com firmeza minhas convicções, mas terei sempre a humildade de reconhecer erros e rever pontos de vista quando convencido de que a mudança será mais benéfica ao jurisdicionado. Antes de finalizar estas singelas palavras, quero registrar indispensáveis agradecimentos. Em obediência à ordem cronológica do processo que culmina com a escolha de um membro do quinto constitucional originário da classe dos advogados, dirijo meus agradecimentos aos ilustres membros do Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil em Santa Catarina, que em nome da classe incluíram meu nome na lista sêxtupla. Faço-o na pessoa de seu nobre Presidente, Doutor Adriano Zanotto, esse jovem e valoroso advogado, que ao longo de duas gestões tem-se revelado um líder corajoso e denodado na defesa da cidadania, das prerrogativas da classe, da ética no exercício profissional e da moralidade pública. Vossa Excelência, Doutor Adriano Zanotto, tem sido um exemplo para a classe e em suas futuras atuações depositamos nossas melhores esperanças. Esta modesta homenagem estende-se a todos os colegas da profissão que abracei e exerci durante quarenta e dois anos. Consagrado pelo texto constitucional como indispensável à administração da justiça, o advogado é o porta-voz dos anseios sociais e o arauto dos direitos da cidadania. Agindo com ética e lealdade, é a mais sólida ponte entre o jurisdicionado e a Justiça. No exercício da magistratura não me esquecerei de onde vim – e para onde retornarei. As portas de meu gabinete estarão sempre abertas aos advogados, onde serão recebidos e ouvidos com o respeito que merecem. Estarei atento para que suas prerrogativas sejam respeitadas e para que seus honorários sejam fixados em patamares condizentes com o esforço despendido na condução do processo. Dirijo-me agora aos eminentes Desembargadores deste egrégio Tribunal de Justiça, que tiveram a generosidade de colocar-me no topo da lista tríplice, com a maior votação, em termos absolutos, já dada a um candidato do quinto oriundo da classe dos advogados, em toda a sua história. Na impossibilidade de nominar cada um, sintetizo meu mais profundo agradecimento na pessoa de seu Presidente, o eminente Desembargador Jorge Mussi, por coincidência também oriundo da advocacia, que tem conduzido esta Casa com sabedoria, prudência e dignidade, condições essas que o credenciam a ascender ao colendo Superior Tribunal de Justiça, como é

desejo de todos nós. A todos vós, eminentes Desembargadoras e Desembargadores, de quem hoje tenho o privilégio de ser o mais novo e humilde colega, transmito o meu abraço de gratidão e o meu pedido de socorro para enfrentar esta difícil missão. Por vós tenho sido recebido com simpatia, com amizade, com compreensão e com carinho. Estejais certos de que tudo farei para merecer tanta demonstração de afeto e de coleguismo, mesmo que, em termos de conhecimento, jamais venha a ombrear-me com Vossas Excelências. Na esteira desta sincera homenagem, incluo os demais integrantes da magistratura, ativos e inativos, e os dedicados servidores do Poder Judiciário de meu Estado. Neste instante volto minha voz e meu coração para Sua Excelência, o Senhor Governador do Estado de Santa Catarina, Doutor Luiz Henrique da Silveira, que no dia 5 de agosto agraciou-me com a honrosa e generosa nomeação para o cargo de Desembargador que hoje assumo de público. Conhecemo-nos no início de 1960, cursando o clássico no antigo prédio do Instituto Dias Velho. Juntos enfrentamos o vestibular, cursamos a Faculdade de Direito da UFSC e a 8 de dezembro de 1965 recebemos o diploma de Bacharel em Direito em memorável cerimônia no Teatro Álvaro de Carvalho. Juntos militamos, conforme lembrei de início, no Partido da Renovação Acadêmica, juntos fomos em passeatas pelas ruas de Florianópolis a clamar pelo respeito à Democracia e à Constituição. Presos em épocas diferentes pelo regime militar instaurado em 64, mas libertados porque nosso único delito fora a defesa do Direito, da Liberdade e da Democracia, nossos caminhos a partir de então se bifurcaram. Enquanto permaneci como obscuro advogado no interior, Sua Excelência iniciou uma das mais brilhantes, longas e bem-sucedidas carreiras políticas. Deputado e Prefeito de Joinville por mais de uma vez, Ministro de Estado e finalmente Governador de Santa Catarina, Luiz Henrique da Silveira jamais se esqueceu de seus amigos e colegas, conservando sempre um carinho especial pela nossa querida Turma de 65. Assumindo o Governo e implementando uma nova forma de administração, por meio do sistema descentralizado que tanto êxito lhe tem trazido, Sua Excelência manteve a simplicidade que é sua marca registrada e a fidelidade aos laços de amizade trançados nos velhos tempos acadêmicos. Aberta a vaga a Desembargador, Luiz Henrique não hesitou por um momento sequer em trazer de Campos Novos para a Capital este modesto amigo, confiando-lhe o honroso cargo de Desembargador. Todos sabemos, Senhor Governador, das duras pressões que Vossa Excelência teve de suportar no correr do processo de escolha, como é natural em tais circunstâncias, mas a firmeza com que manteve meu humilde nome na sua preferência é fato público e notório. Ressalto de forma veemente que Vossa Excelência jamais me cobrou posições, jamais me impôs compromissos, jamais me solicitou o que quer que fosse. Simplesmente em mim depositou sua confiança irrestrita e, num gesto de afetuosa amizade que muito me comoveu, chamou-me à Casa d'Agronômica

para assistir à assinatura do ato de minha nomeação. Mais ainda, presenteou-me com a caneta usada na ocasião, a mesma com a qual acabo de assinar meu compromisso de posse e que de agora em diante será conservada como relíquia de família. Creia, Senhor Governador, que tudo farei para corresponder à confiança em mim depositada por Vossa Excelência, traduzindo-a em muito trabalho e em decisões justas para o povo e para o Estado de Santa Catarina. Em meu nome e no de minha família, Senhor Governador e meu dileto amigo Doutor Luiz Henrique da Silveira, receba o meu mais sincero, leal e comovido Muito Obrigado! Outros registros de gratidão e apreço se impõem. Quando alguns colegas – se é que merecem tal tratamento – tentaram barrar meu nome, minha nomeação e minha posse neste honroso cargo, por meio de expedientes maldosos e pífios, espalhando aleivosias na imprensa, foi esta mesma imprensa que veio em meu socorro, na palavra de um de seus mais respeitáveis integrantes. Falo do ilustre jornalista Moacir Pereira, que assumiu sem reservas a defesa de minha honra. A ele endereço minha sincera gratidão. Lembro-me agora das centenas e centenas de clientes que ao longo de quatro décadas em mim depositaram sua confiança. Graças a eles nunca me faltou trabalho e com os honorários honestamente ganhos pude manter minha família e ter uma vida digna. Nada mais justo do que lhes prestar merecida homenagem. Na impossibilidade de citar cada um, elegi a figura respeitável do Doutor José Carlos Pisani, um dos mais ilustres empresários catarinenses, para receber, em nome de todos, o meu mais sincero Muito Obrigado. Desejo consignar um agradecimento especial aos amigos que vieram de outros países para prestigiar esta cerimônia. Aqui estão o Ministro Willman Ruperto Durán Rivera, Presidente do Tribunal Constitucional da Bolívia, o Ministro Héctor Negri, Presidente da Suprema Corte de Justiça de Buenos Aires, Argentina, e o Professor Daniel Hargain, da Universidad de la República, de Montevidéu, Uruguai. Vindos de tão longe, com sacrifício de tempo e de custos que bem sabemos, a presença de Vossas Excelências dignificam nosso Tribunal e enchem de alegria meu coração. Registro com imenso prazer e profunda gratidão a expressiva presença de dirigentes, professores e alunos da minha querida Universidade do Contestado, capitaneados por sua autoridade máxima, o Magnífico Reitor Prof. Gaston Mário Cajamazou Bojarski. Ao meu querido povo de Campos Novos – essa cidade amada que tanto significa para mim, berço de filhos e netos meus, na qual vivi os melhores anos de minha existência —, expresso minha sincera gratidão na pessoa de seu ilustre Prefeito Nelson Cruz, do nobre Deputado Romildo Titon e do eminente Secretário Regional Justiniano Pedroso. Ao povo do meu querido Cerro Negro e da minha querida Lages, o meu abraço e o meu muito obrigado pela honrosa presença de seus representantes. A mesma saudação e o mesmo agradecimento dirijo aos meus confrades da Academia Catarinense de Letras, aos companheiros do Clube do Vinho e aos ilus-

tres membros do Corpo Consular acreditado em Santa Catarina, ao qual tive a honra de pertencer até esta data. Aos diletos amigos que vieram do Recife, do Rio de Janeiro, da Bahia, de Brasília, de São Paulo, de Curitiba e dos mais diversos recantos de Santa Catarina, a minha imorredoura gratidão. Aos contemporâneos da nossa velha Faculdade de Direito, carinhosamente apelidada de 'Alfaiataria do Didico', aos colegas da Turma de 65, aos ex-companheiros do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB, aos advogados da Capital e do interior, aos magistrados e membros do Ministério Público, aos eminentes ex-Governadores, aos nobres Senadores, Deputados Federais e Deputados Estaduais, Secretários de Estado, Prefeitos e Vereadores, às demais ilustres autoridades civis, militares e religiosas, aos meus alunos e ex-alunos, aos meus colaboradores, a todas as pessoas que ao longo da vida me têm dedicado seu amor e seu carinho, aos meus amigos de todas as classes e profissões que aqui vieram para comigo compartilhar este momento de felicidade, estendo meus braços e meu afeto num sincero amplexo de gratidão. Ao eminente Desembargador Antonio Fernando do Amaral e Silva, meu velho companheiro, amigo e irmão de ontem, de hoje e de sempre, que em nome deste egrégio Tribunal dirigiu-me palavras tão comovedoras, o meu eterno agradecimento. As referências afetuosas que Vossa Excelência, Desembargador Amaral, fez a minha mãe e a meu saudoso pai sensibilizaram-me profundamente. Com efeito, na alma simples daquele velho serrano que mal sabia assinar o nome abrigava-se a sabedoria e a perspicácia de quem sempre viveu em contato com a natureza e dela conhecia todos os segredos. Embora pobre e sem maior cultura, teve a visão da necessidade de encaminhar os filhos ao estudo. A isso devo o fato de hoje estar envergando as vestes talares da magistratura. Reservo o agradecimento final para meus familiares: mãe, esposa, filhas e filhos, noras e genro, netas e netos, irmãs e irmãos, cunhadas e cunhado, tia e madrinha, sobrinhas e sobrinhos, primas, primos e demais parentes. A vocês, que sempre me ajudaram, me compreenderam, me suportaram, me incentivaram e me dedicam tanto amor e tanto carinho, o mais afetuoso beijo. A meu pai e a todos os antepassados que já partiram, a minha sentida saudade. À médica Margarita Augusta Baggio e Ubaldo Rauen, minha filha, que com seus dedos privilegiados executou o Hino Nacional e outras músicas, e ao Juiz de Direito Antônio Augusto Baggio e Ubaldo, meu filho, que me presenteou com a toga que ora envergo, o meu comovido agradecimento. Peço desculpas pela impossibilidade de citar todos os presentes, como gostaria, bem como por alguma omissão involuntária. Estejam certos, porém, de que estão todos citados, inscritos e cadastrados no meu coração, na minha amizade e na minha gratidão. No gabinete n. 1007, do 10º andar deste edifício, estarei de portas e braços abertos para receber a todos. Encerro estas singelas palavras convidando a todos os presentes para logo mais nos dirigirmos ao saguão da Assembléia Legislativa, onde brindaremos à amizade, à fraternidade, ao progresso de nosso Estado e ao engrandecimento de nosso Poder Judiciário. Muito Obrigado".

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR CID JOSÉ GOULART JÚNIOR

"Excelentíssimo Senhor Desembargador Jorge Mussi, digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça, demais Autoridades, cujos nomes já foram declarados, eminentes Desembargadores, familiares, amigos, senhoras e senhores.

Quero inicialmente homenagear aquele que me antecedeu nesta Corte. Refiro-me ao eminente Desembargador Maurílio Moreira Leite, homem de talento raro, seja pelo conhecimento técnico impecável, seja por seu aguçado senso de justiça. Sei que a ele igualar-me é tarefa impossível de ser levada a cabo, porém a busca incessante de tal propósito é dever a que me imponho, visando assim, ao menos, não decepcionar muito os seus incontáveis admiradores, dentre os quais, orgulhosamente, me incluo.

Creio ser oportuno que deixe desde logo assentados os meus agradecimentos por esta conquista. A Deus, razão única da existência humana, minha gratidão eterna por tudo quanto até aqui me reservou. Aos meus filhos Felipe e Sarah, a minha mãe Marly, aos meus dois pais, Cid José Goulart e Artur Sérgio da Silveira, a minha esposa Karen Francesca, seus filhos Victor e Vinícios e seus pais Newton José Schwinden e Maria Irene, aos meus irmãos Cássia e Artur Filho, aos cunhados Jorge Henrique, Newton Filho, Rinaldo, Leonardo, Karla, Kelli, Katerine e Luciane e a minha avó dona Olga o meu melhor muito obrigado e o convite para juntos celebrarmos não apenas este momento, mas a oportunidade renovada de, seguindo a lição bíblica, edificar sobre a rocha.

A conquista a que acabo de fazer menção é muito complexa, posto que exige em todos os seus momentos a confiança como elemento a caracterizar-lhe a trajetória. Assim sendo, agradeço aos ilustres integrantes do Conselho Superior do Ministério Público que me permitiram integrar a lista sêxtupla encaminhada a esta Casa. Aos senhores Desembargadores desta Corte que me brindaram com a inclusão de meu nome na lista tríplice, minha sincera gratidão. A sua Excelência o Governador do Estado, Doutor Luiz Henrique da Silveira, minha gratidão pela honraria com que me distinguiu ao nomear-me Desembargador. Aos amigos que em tempo algum me faltaram e cujos nomes passo a revelar, mesmo correndo o risco de desagradar-lhes. São eles: meu tio Célio Goulart, Hélio da Costa Bez, Içuriti Pereira da Silva, Moacir Sopelsa, Edinho Bez, Altevir Bigaton, Álvaro Pille, Paulo e Cláudio Ávila da Silva. Aos colegas Promotores e Promotoras de Justiça, Juízes e Juízas de Direito, Advogados e Advogadas, com os quais tive o privilégio de conviver e labutar, peço que recebam o meu fratenal abraço e, ainda, se não for pe-

dir demais, que aceitem minhas desculpas pelas falhas nas quais certamente incorri ao longo dos anos. Meu amigo, compadre e agora colega, Des. Nelson Juliano Schaefer Martins, a minha sincera gratidão pelas palavras elogiosas que me dirigiu, frutos certamente de seu coração sempre transbordante de bondade e amor. Ao Doutor Moacyr de Moraes Lima Filho, ilustre Procurador de Justiça a quem com muita alegria servi na qualidade de assessor por ocasião de sua profícua gestão como Procurador-Geral de Justiça, o meu muito obrigado pelo apoio que me proporcionou no último dia vinte e três de novembro e, mais que isso, pela decisiva participação, juntamente com João Carlos Kurtz, José Galvani Alberton e Vidal Vanhoni Filho, no salto qualitativo que deu o Ministério Público catarinense nas últimas duas décadas em especial.

Não posso deixar de agradecer ao ilustre Desembargador Wilson Augusto do Nascimento que naquele gélido mês de julho de mil novecentos e oitenta e cinco, na comarca de São Joaquim, recebeu-me como a um filho quando iniciava eu a carreira que o Ministério Público, como mãe amorosa, me ofertava. Desde então muitas comarcas se descortinaram à minha frente: Bom Retiro, Urubici, Balneário Camboriú e Brusque, na condição de Promotor de Justiça substituto; Cunha Porã, Turvo, Gaspar, São Joaquim e Balneário Camboriú, novamente, Concórdia, Blumenau e Florianópolis, essas na condição de Promotor de Justiça titular.

Dezoito anos após àquele início inseguro e quase juvenil, cheguei ao mais alto grau da carreira ministerial com a minha promoção ao cargo de Procurador de Justiça. Agora, passados pouco mais de vinte anos, meu caro Desembargador Wilson, coloco-me outra vez à frente de Vossa Excelência e também de seus pares um pouco menos inseguro e certamente sem o viço de outrora.

Neste simples histórico de minha vida funcional, é possível identificar a extensão temporal dos vínculos que me ligam ao Ministério Público. Durante vinte anos trabalhei sob o pálio dessa instituição, entre a inspiração de seu ideário e as expectativas de suas lutas e de seus desafios institucionais e políticos. Nessa trajetória, não me fiz velho nem sábio. Tampouco esgotei minhas forças e minhas inquietudes. É possível que apenas tenha-me tornado mais prudente para admitir que não será possível curar todas as feridas do mundo, porque, por mais que o façamos, certamente não faremos o suficiente para resgatar por inteiro nossos compromissos com a ética e com a justiça.

Ingressei num Ministério Público modesto, comparativamente com as dimensões com que o vemos hoje inserido no cenário institucional e político do Estado brasileiro. Era singelo tanto no elenco de suas prerrogativas e atribuições quanto na expressão da sua estrutura operacional e na plástica de suas instalações físicas. Só não era modesto no tamanho de seus ideais e de seus sonhos, na vocação de servir

com denodo a sociedade catarinense. Era embalado nesses sonhos que, vencida a maratona do concurso, os Promotores de Justiça migravam para suas comarcas, levando consigo códigos (nem sempre atualizados) e, quando possível, uma máquina de escrever manual, com a saudável determinação de fazer justiça – com toda a força de seu coração.

A transformação veio rápida. A partir de mil novecentos e oitenta e cinco, rompida a dicotomia clássica que mantinha o direito enclausurado nos lindes do 'público' e do 'privado', o Ministério Público avantajou o rol de suas legitimações ativas, podendo agenciar não só a ação penal como também a ação civil pública, no propósito de buscar a tutela judicial para aqueles interesses que não se situavam nem na seara do 'público' nem na do 'privado' – os então denominados interesses difusos e coletivos.

Esse alargamento, que teve como marco inaugural a Lei da Ação Civil Pública, consagrou-se e fez-se ainda maior com a Carta de oitenta e oito, por força da qual, além da ampliação do rol de atribuições e prerrogativas institucionais, consolidou-se também a autonomia administrativa e financeira do Ministério Público, rompendo-se os vínculos que o mantinham sob a subordinação do Poder Executivo. Alegro-me ao fazer este registro porque fui partícipe dessa trajetória. Especialmente porque, dentre todos os Ministérios Públicos do País, o de Santa Catarina certamente foi o mais criativo e arrojado nas incursões sobre os novos campos de atuação funcional que a Constituição de mil novecentos e oitenta e oito viria depois a confiar-lhes expressamente.

Basta ver que foi aqui, na Capital catarinense, em setembro de mil novecentos e oitenta e dois, que, convidados a discutir 'A Dimensão Social do Ministério Público', os Procuradores-Gerais de Justiça de vinte estados brasileiros editaram a Recomendação n. 1, de primeiro de outubro de mil novecentos e oitenta e dois, concitando as Procuradorias-Gerais de todo o País a instituírem, a exemplo do que fora feito em Santa Catarina, mecanismos destinados à tutela de interesses sociais relevantes, como a defesa do consumidor e do meio ambiente.

É com esta bagagem de ideal e de luta que chego a esta Corte de Justiça. Não trago só orgulho: trago também inspiração — e o firme propósito de contribuir, no limite da minha inteligência e das minhas forças. Não vim pelo caminho natural trilhado pela grande maioria dos ilustrados membros desta Casa. Diferentemente, tomo assento na judicatura de segundo grau pela via do quinto constitucional, a exemplo de ilustres desembargadores que integram este Plenário, entre os quais seu digno Presidente, Desembargador Jorge Mussi.

Ainda que aqui e ali, esporadicamente, esta alternativa de acesso tenha merecido censuras, continuo a acreditar que representa valioso instrumento de oxigenação da Justiça e, sobretudo, de fortalecimento dos princípios e valores democráticos que regem

a República brasileira. Por meio dele, garantido o padrão de regularidade pela maioria absoluta dos que ascendem dos quadros formais da Magistratura, os Tribunais se deixam mesclar com representantes das chamadas 'instituições essenciais à Justiça', quais sejam, a Advocacia e o Ministério Público.

Muito embora possam não trazer a técnica e o esmero da judicatura, tendem a comparecer portando as inquietudes e ideais de suas instituições, nutridos no contato e no agenciamento cotidiano dos interesses individuais e sociais que representam. De certa forma, trazem para o convívio dos Tribunais, em vívidos e diferenciados matizes, o sentimento e a voz da sociedade, fundindo-os no cadinho democrático das decisões colegiadas. Por isso, honestamente, não vejo razão para ressalvas ao quinto constitucional. Menos ainda para desqualificar a contribuição daqueles que, por intermédio dele, se agregam aos quadros do Judiciário.

Afinal, a origem do julgador jamais se traduziu em garantia absoluta do acerto e da qualidade da prestação jurisdicional – porque estes atributos da jurisdição decorrem das qualidades intrínsecas que marcam o caráter e a qualificação técnica do juiz, e não dos fatores externos e formais de sua investidura. O atual momento histórico exige, a propósito, que se aprofunde a reflexão acerca do tipo de justiça que nós – Judiciário, Ministério Público, Advocacia – devemos à Nação: se ainda nos é permitido espairecer diante dos mapas de produção judiciária, muitas vezes ostentando cifras agigantadas mas absolutamente inócuas como instrumento de efetiva realização da justiça, ou se devemos perquirir e buscar a racionalização e o resultado eficaz de nossos procedimentos e ações. É um problema mais amplo e complexo do que, à primeira vista, pode parecer.

Com a derrocada do denominado Estado-Provedor, no final do século passado, e o recrudescimento das tendências neoliberais, várias democracias, em diversas partes do mundo, até mesmo o Brasil, viram-se impotentes para honrar compromissos com os quais se haviam empenhado perante a sociedade. Por força dessa crise, que alcançou até mesmo países altamente desenvolvidos da Europa, acentuou-se sobremodo a descrença no Poder Político, particularmente no Executivo e no Legislativo, remanescendo o Poder Judiciário como a derradeira cidadela no interior de cujos muros a população poderia ainda buscar proteção e abrigo.

Em inspirado estudo traduzido sob o título 'O Juiz e a Democracia – O Guardião das Promessas', o magistrado francês Antoine Garapon, analisando esse fenômeno político, assim se expressou: 'o apelo à justiça é de alcance geral: ninguém é intocável. A instituição judiciária parece ancorar-se num sentimento de justiça que as décadas de marxismo e de bem-estar previdenciário acabaram por adormecer. Esta nova sensibilidade traduz uma demanda moral, que consiste na espera de uma instância que nomeie o bem

e o mal'. O raciocínio parece irrefutável. E dá bem a extensão do desafio e da responsabilidade que pesa sobre o Poder Judiciário, especialmente seus dirigentes e os magistrados a quem cabe, em última instância, a outorga da jurisdição.

É evidente que, nesse contexto, o aperfeiçoamento e a racionalização do sistema processual é medida importante, da mesma forma como é importante o redimensionamento da estrutura operacional do sistema de justiça, quiçá com a ruptura das amarras estabelecidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Mas não esperemos milagres. Nem sejamos ingênuos, imaginando que iniciativas assim modestas serão suficientes para colocar o Judiciário no nível das expectativas e necessidades da população brasileira.

Certamente, o território a percorrer, na busca do prestígio e da efetividade da justiça, não está circunscrito à simples modernização das normas de processo e tampouco à assimilação de preceitos de validade ética e jurídica duvidosa, a exemplo daqueles inseridos no texto da Emenda Constitucional n. 45 – e que agora se desdobram arbitrariamente, em múltiplas variantes, nos regramentos editados pelos 'conselhões'.

É mais longo e complexo o caminho da conquista – e não há evitar uma profunda, corajosa e eficaz incursão no território político. É uma proposta que parece resultar muito clara da advertência de Dalmo de Abreu Dallari, em recente estudo sobre 'O Poder dos Juízes', quando disse: 'O Poder Judiciário tem situação peculiar, pois, ou por temor reverencial ou por falta de reconhecimento de sua importância social e política, o Legislativo e o Executivo nunca deram a devida atenção aos problemas relacionados com a organização judiciária e o acesso do povo aos juízes. Poucos percebem que isso tem muita importância num sistema político que pretende ser democrático. Enquanto Legislativo e Executivo dialogam permanentemente, muitas vezes exigindo a satisfação de seus respectivos interesses como condição para apoiar ou realizar um objetivo de interesse público, o Judiciário tem sido mantido à margem, num honroso isolamento'.

Ouso pensar que, para responder aos ventos da modernidade, a Justiça brasileira e, particularmente, o Poder Judiciário precisa resistir determinadamente à tendência histórica de ser levado a reboque dos governos e buscar ele próprio, nas suas entranhas, a essência de sua grandeza ética e política.

Não sei, honestamente, que contribuição concreta e efetiva poderei dar para a Justiça, em face dos desafios dos novos tempos. Matematicamente, disporia de mais vinte e seis anos até ser alcançado pela aposentadoria obrigatória. Seria apenas um átimo, comparado às lonjuras do tempo.

O ritmo das transformações, todavia, tanto na dimensão dos valores humanos quanto dos avanços tecnológicos, ganha aceleração cada vez maior, tornando verdadeiramente deslumbrante a fecundidade e o dinamismo das horas.

Reconheço as limitações do meu espírito e do meu intelecto. Mesmo assim, alimento a esperança de ver e sentir as mudanças do amanhã; de identificar-lhes o conteúdo e o sentido; de ajustar minha inteligência e meu coração para recebê-las como contributo para o fomento da justiça e da paz.

Não poderia avaliar o alcance da contribuição que, nos limites das atribuições do cargo, poderia oferecer à superação dos desafios que são postos no caminho desta Casa. Mas, seja qual for, será leal e verdadeira.

Não transformarei jamais a titularidade do cargo em passaporte para a arrogância e a vaidade, menos ainda para a omissão e para o ócio. Conheço a grandeza das fontes onde poderei me abeberar. E se amanhã me assaltarem as dúvidas ou os caminhos se fizerem escuros, não me constrangerei de buscá-las, na certeza de que terei as mãos estendidas e a solidariedade de meus pares.

Enfatizo mais uma vez: não vim em busca de amenidades, mas de alternativas para a semeadura — para plantar as sementes que trago nas mãos, com todo o vigor da minha devoção e do meu trabalho. Afinal, na poética expressão de Helena Colodi, 'para quem caminha em direção ao sol é sempre madrugada'. Obrigado!".

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 463.253-1, DE SANTA CATARINA

Relator: Min. Carlos Britto

Agravante: União

Advogado: Advogado-Geral da União

Agravado: Luiz Fernando Vaz Cabeda

Advogados: Drs. Dalci D. Pagnussatt e outros

Ementa

Agravo regimental. Magistrados. Inclusão do percentual de 11,98%. Conversão em URV.

O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que é devida a inclusão do percentual de 11,98% nos vencimentos dos servidores públicos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público Federal. Precedentes: RE n. 346.563-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, e AI n. 338.712-AgR, rel. Min. Maurício Corrêa.

De mais a mais, inviável, a esta altura, inovar a apreciação da causa no tocante a questões que não foram suscitadas perante a Corte de origem.

Agravo regimental a que se nega provimento.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 9 de agosto de 2005.

Carlos Ayres Britto – Relator.

Relatório

O Senhor Ministro Carlos Britto (Relator) – Agravo regimental contra decisão singular que, aplicando precedentes desta colenda Corte, reconheceu a servidores públicos federais o direito ao reajuste de 11,98%, em decorrência da conversão de seus vencimentos pelo equivalente em URV no último dia do mês, e não na data do efetivo pagamento.

2. A União, ora agravante, requer a reconsideração do referido *decisum*, para que seja limitada a incidência do percentual de 11,98% ao período de abril de 1994 a janeiro de 1995.

3. Havendo mantido a decisão agravada, submeto o feito à apreciação da Turma.

É o relatório.

Voto

O Senhor Ministro Carlos Britto (Relator) – Não assiste razão à agravante.

O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de ser devida a inclusão do percentual de 11,98% nos vencimentos de servidores públicos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público. Precedentes: ADI n. 2.321, rel. Min. Celso de Mello; ADI n. 2.323, rel. Min. Ilmar Galvão; ADI n. 1.797, rel. Min. Ilmar Galvão; e AI n. 338.712-AgR, rel. Min. Maurício Corrêa.

Quanto ao aspecto temporal invocado pela agravante, ou seja, de que a diferença reconhecida aos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público deveria ser restrita ao período de abril de 1994 a janeiro de 1995, o recurso também não merece acolhida. É que se torna inviável, a esta altura, inovar a apreciação da causa no tocante a questões que não foram suscitadas perante a Corte de origem. Precedente: RE n. 346.563-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Agravo regimental a que se nega provimento.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 440.393-5, DE SANTA CATARINA

Relator: Min. Sepúlveda Pertence

Agravante: Estado de Santa Catarina
Advogados: Dr. Loreno Weissheimer – PGE/SC
Agravado: Cláudio de Oliveira
Advogados: Drs. João Carlos Greco e outros

Ementa

Ação de indenização por dano moral decorrente de ato do Poder Judiciário. Responsabilidade subjetiva do Estado. Recurso extraordinário. Descabimento. Súmula 279.

Assentado pelo acórdão recorrido que, no caso, estão presentes os requisitos da responsabilidade subjetiva do Estado, para se concluir de forma diversa seria necessário o reexame dos fatos e das provas que permeiam a lide, ao que não se presta o recurso extraordinário.

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 unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 23 de agosto de 2005.

Sepúlveda Pertence – Relator.

Relatório

O Sr. Min. Sepúlveda Pertence – É este o teor da decisão ora agravada: "Cuida-se de ação de responsabilidade civil ajuizada por Cláudio de Oliveira pleiteando indenização por danos morais contra o Estado de Santa Catarina, no qual alega que foi citado, por duas vezes, de forma equivocada para responder a um processo crime, no lugar do verdadeiro réu, em virtude deste ser seu homônimo.

"Condenado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o Estado interpôs RE, *a*, contra acórdão proferido.

"Alega-se violação dos artigos 5º, LXXV, e 37, § 6º, da Constituição Federal.

"Decido

"A jurisprudência desta Corte: no sentido que, em se tratando de ação de indenização decorrente de ato do Poder Judiciário, não se aplica a responsabilidade objetiva ao Estado, salvo nos casos expressamente definidos em lei, *v.g.* RE n. 219.117, Ilmar Galvão, 1ª T., DJ 29-10-1999; RE n. 228.035 Agr. Carlos Velloso, 2ª T., DJ 10-2-2004; RE n. 418.731, Carlos Velloso, DJ 21-10-2004; RE n. 429.518, Carlos Velloso, DJ 28-10-2004.

"Tal posicionamento não foi afrontado pelo acórdão recorrido, no qual se assentou que, mesmo não sendo o caso de se imputar ao Estado a responsabilidade objetiva, caracterizada estaria também a sua responsabilidade subjetiva, como se verifica no trecho seguinte (fl. 181):

'Ainda, mesmo que a culpa do Estado fosse subjetiva, facilmente verificável, na espécie, a presença dos requisitos que regem a teoria da culpa:

'a) o dano suportado pela vítima;

'b) o ato culposo do agente;

'c) o nexo causal entre o dano e a conduta culposa.

'Frisa-se, o equívoco causado pela citação incorreta e reiterada acabou por ocasionar vilipêndio à honra do apelante, gerando prejuízo à sua imagem, criando situação vexatória e humilhante, a qual merece reparo pela prestação pecuniária. O instituto do dano moral foi sedimentado nos tribunais pátrios justamente para proteger o homem do mal-estar interior, do desgosto advindo de ato ilícito, visando coibir a reiteração de atos prejudiciais ao convívio harmônico em sociedade. O fato é que o apelante suportou as conseqüências negativas do ato lesivo, causadoras de desequilíbrio emocional em seu âmago que, embora não possa ser medida, são capazes de serem deduzidas'.

"Ademais, para se concluir de forma diversa do Tribunal *a quo*, seria necessário o reexame das provas e dos fatos que permeiam a lide. Firme a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que o RE não se presta a tal finalidade (Súmula 279).

"Assim, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, *caput*, do C. Pr. Civil)".

Alega-se que para decidir a questão não é necessário o reexame

dos fatos e provas da lide e que o STF entende que não se aplica a teoria da responsabilidade objetiva do Estado a atos do Poder Judiciário.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Sepúlveda Pertence (Relator): Não tem razão o agravante.

Além de fazer incidir a Súmula 279, a qual mantenho, ressaltei que, apesar de a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ser contrária à tese da responsabilidade objetiva do Estado por atos judiciais, ficou caracterizado pelo acórdão recorrido o preenchimento dos requisitos que autorizam a responsabilidade subjetiva do Estado, que, aliás, é regida pela legislação infraconstitucional.

Nego provimento ao agravo regimental. É o meu voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 447.536-7, DE SANTA CATARINA

Relator: Ministro Carlos Velloso

Embargante: Condomínio Edifício Residencial Spazio
Advogado: Dr. Maurício Vieira Bittencourt
Embargada: Companhia Catarinense de Águas e Saneamento — Casan
Advogados: Drs. Almi Reginaldo Westphal e outros

Ementa

Embargos de declaração opostos à decisão do relator. Conversão em agravo regimental. Constitucional. Tributário. Taxa de esgoto sanitário. Prestação de serviço por concessionária. Natureza jurídica de preço público.

I – Embargos de declaração opostos à decisão singular do Relator. Conversão dos embargos em agravo regimental.

II – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não se trata de tributo, mas de preço público, a cobrança a título de água e esgoto. Precedentes.

III – Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. Não provimento deste.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer dos embargos de declaração como recurso de agravo. E também por unanimidade, a este negar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 28 de junho de 2005.

Carlos Velloso – Relator.

Relatório

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Condomínio Edifício Residencial Spazio à decisão (fls. 649 e 650) que negou seguimento ao recurso extraordinário ao entendimento de que, conforme a iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a taxa de esgoto sanitário não possui a natureza jurídica de tributo, constituindo-se cobrança de preço público.

Sustenta o embargante, em síntese, que houve omissão na decisão embargada, dado que não foram examinados dois dos fundamentos que levantou nas razões de seu recurso extraordinário, quais sejam, a Súmula 545 desta Corte, bem como o RE n. 54.194/PE.

Alega, ainda, que a decisão embargada foi contraditória, porquanto a decisão do RE n. 54.194/PE, citada no recurso e divergente do entendimento do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, foi utilizada como fundamento da decisão embargada.

É o relatório.

Voto

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Os embargos foram opostos com o fito de obter reforma da decisão singular, motivo por que conheço do recurso como agravo regimental, que é o recurso cabível.

Assim a decisão agravada:

"[...]

"Decisão

"Vistos. O acórdão recorrido, em mandado de segurança, deu provimento à apelação interposta pela Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan, ao entendimento de que remuneração pelo serviço de esgo-

to sanitário constitui preço público (Leis Municipais n. 1.827/81 e 5.054/94 e Resolução n. 418/92). O acórdão porta a seguinte ementa:

'Apelação cível em mandado de segurança – 'Taxa de esgoto sanitário' – Prestação de serviço por concessionária – Taxa e preço público – Critério legal insuficiente à configuração do instituto – Natureza jurídica de preço público – Constitucionalidade e legalidade da cobrança – Inteligência dos arts. 30 e 175 da Constituição Federal – Recurso provido' (fl. 491).

"Rejeitaram-se os embargos de declaração *opostos.*

"Daí o RE, interposto por Condomínio Edifício Residencial Spazio, fundado no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, sustentando-se, em síntese, violação aos arts. 145, II, e 150, I, da mesma Carta, uma vez que de acordo com o art. 11 da Lei n. 2.312/54, Código Nacional de Saúde, o serviço de esgoto é compulsório, e, portanto, só poderia ser remunerado através de taxa (fl. 592).

"Admitido o recurso, subiram os autos, que me foram conclusos em 6-4-2005.

"Decido.

"O recurso extraordinário não tem viabilidade, dado que o acórdão recorrido ajusta-se à iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Menciono, *inter plures*: RE n. 54.194/PE, rel. Min. Luiz Gallotti; RE n. 54.491/PE, rel. Min. Hermes Lima; RE n. 77.162/SP, rel. Min. Leitão de Abreu; AI n. 225.143/SP, rel. Min. Marco Aurélio; RE n. 207.609/DF, rel. Min. Néri da Silveira; e RE n. 429.664/SC, rel. Min. Cezar Peluso (DJ de 28-11-63, 17-12-63, 9-8-77, 23-2-99, 19-5-99 e 4-10-2004, respectivamente).

"Do exposto, forte nos precedentes acima mencionados, nego seguimento ao recurso (art. 557, *caput*, do CPC).

[...]."

A decisão é de ser mantida, porque ajustada à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido, menciono, *inter plures*: RE n. 330.353/RS, rel. Min. Carlos Britto, DJ de 10-5-2005; RE n. 429.664/SC, rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 4-10-2004; AI n. 409.693/SC, rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 20-5-2004; e AI n. 480.559/SC, rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 19-5-2004.

Assevere-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, em 25-3-65, recebeu os embargos opostos no RE n. 54.194-ED/PE, "visto não se ter alcançado o *quorum* para declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado".

Nego provimento ao agravo.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 45.410/SC (2004/0102071-5)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Relator para o acórdão: Ministro João Otávio de Noronha

Autora: Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – Seccional de Santa Catarina

Advogados: Drs. Cynthia da Rosa Melim e outros

Réu: Município de Florianópolis

Suscitante: Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de Florianópolis/SC

Suscitado: Juízo Federal da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina

Ementa

Processual civil. Conflito de competência. Majoração de tarifa de transporte público municipal. Ação cautelar inominada proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina. Competência da Justiça Federal.

1. As ações propostas pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, autarquia de natureza de serviço público federal, devem ser dirimidas no âmbito da Justiça Federal.

2. Ostentando a OAB – Seccional de Santa Catarina a qualidade de litigar na Justiça Federal, cabe a este juízo a prerrogativa de reconhecer, ou não, a legitimidade de a autarquia federal integrar a lide.

3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção, por maioria, vencidos o Sr. Min. Relator e a Sra. Mina. Denise Arruda, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Federal da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, o suscitado, nos termos do voto do Sr. Min. João Otávio de Noronha.

Votaram com o Sr. Min. João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira, José Delgado e Eliana Calmon.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Franciulli Netto e Francisco Peçanha Martins.

Brasília, 28 de setembro de 2005, (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator para o acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Min. Francisco Falcão: Trata-se de conflito positivo de competência suscitado pelo MM. Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de Florianópolis/SC, em face do MM. Juízo Federal da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, nos autos da ação cautelar inominada ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – Seccional de Santa Catarina, contra o município de Florianópolis.

A referida ação cautelar, com pedido de liminar, postula a suspensão do aumento das tarifas de transporte público do município de Florianópolis, até o julgamento final da ação civil pública posteriormente a ser ajuizada.

O MM. Juízo Federal da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina deferiu a liminar requerida, *inaudita altera pars*, nos termos da inicial.

Desta feita, o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de Florianópolis/SC suscita o presente conflito, sob o argumento de que estão em trâmite em seu Juízo, há pelo menos um ano, as Ações Civis Públicas n. 023.99.024494-9, 023.03.654338-4 e

023.03.061429-8 e a Ação Cautelar n. 023.03.062029-8, em que se discute o mesmo objeto, qual seja, a majoração das tarifas de transporte coletivo municipal de Florianópolis.

Em razão disso, entende o Juízo suscitante, não poderia o Juízo suscitado julgar a causa, determinando a suspensão do aumento das referidas tarifas, sob pena de violação aos institutos da litispendência e da coisa julgada, tendo, inclusive, o Juízo Federal reanalisado prova pericial designada pelo Juízo Estadual.

Conclusos os autos a esta relatoria, Transol Transporte Coletivo Ltda. intervém no feito como assistente do suscitante, por se tratar de parte nas aludidas ações julgadas no Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de Florianópolis/SC e por ter sido incluída no pólo passivo da presente ação cautelar inominada, proposta no Juízo suscitado.

Reitera os argumentos expendidos por ocasião da suscitação do conflito em questão, requerendo a designação do Juízo suscitante para a resolução de medidas urgentes.

Às fls. 38 e 39 foi proferida decisão, de minha relatoria, designando ao MM. Juízo de Direito suscitante a competência para a resolução de medidas urgentes, assim como determinando o sobrestamento da ação cautelar inominada intentada no MM. Juízo Federal suscitado.

Em atendimento a ofício deste Tribunal, o MM. Juízo suscitado prestou informações à fl. 47, afirmando que houve o ajuizamento de ação civil pública por parte da OAB, a qual se encontra suspensa em face do anterior *decisum* desta relatoria.

Instado, o douto representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento do conflito e pela competência do MM. Juízo suscitante (fls. 53 a 60).

É o relatório.

Ementa

Processual civil e administrativo. Conflito de competência. Majoração de tarifa de transporte público municipal. Decisões anteriores proferidas pelo juízo de direito. Violação à litispendência e à coisa julgada. Competência do juízo estadual.

I – Em que pese a Ordem dos Advogados do Brasil se tratar de autarquia federal, é competente o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de Florianópolis/SC para processar e julgar ações ajuizadas pela OAB – Seccional de Santa Catarina, nas quais se discute a legalidade do reajuste de tarifa de transporte público urbano, mormente o aludido Juízo Estadual já ter proferido decisões anteriores acerca de tal tema, sob pena de ofensa aos princípios da litispendência e da coisa julgada, e não se enquadrar, entre as atribuições daquela entidade, a defesa da questão em comento, a teor do art. 44 da Lei n. 8.906/94.

II – Conflito de competência conhecido, para declarar a competência do MM. Juízo de Direito da 1ª Vara da

Fazenda Pública de Florianópolis/SC, suscitante.

Voto vencido

O Exmo. Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do presente conflito.

A Ordem dos Advogados do Brasil é considerada autarquia *sui generis*, não possuindo nenhum vínculo funcional ou hierárquico com a Administração Pública, não se caracterizando, *ipso facto*, como órgão da administração, nem detendo personalidade jurídica de direito público.

Em que pese a previsão do art. 109, inciso I, da CF/88, para que a Justiça Federal seja competente para processar e julgar causa em que presente autarquia como parte, necessário averiguar-se se dentre as funções institucionais da OAB encontram-se aquelas as quais defende em ação por ela postulada.

Com efeito, o art. 44 da Lei n. 8.906/94 assim determina, *litteris*:

"Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

"I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

"II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil".

Verifica-se, de forma clarividente, que não faz parte das atribuições da OAB a defesa dos interesses de cidadãos com relação ao aumento de tarifa de transporte público municipal, como é o caso do objeto da ação cautelar e da posterior ação civil pública por aquela autarquia ajuizada perante o Juízo Federal da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina.Nesse teor, confira-se o seguinte trecho lavrado pelo douto *Parquet* em seu parecer, *verbis*:

"Desse modo, a simples presença da Ordem dos Advogados do Brasil no pólo ativo da demanda não justifica, de plano, a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, porquanto não evidenciado na espécie interesse material ou jurídico da referida autarquia justificar e legitimar sua intervenção na questão atinente à definição da tarifa adequada à prestação do transporte coletivo no Município de Florianópolis/SC" (fl. 58).

Destarte, já se encontram em trâmite, perante o Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de Florianópolis/SC, diversas ações coletivas discutindo a mesma questão abordada nas referidas ações ajuizadas perante o Juízo Federal, sendo que foram proferidas, naquele Juízo, decisões pela improcedência dos pedidos, no sentido da legalidade do reajuste concedido pelo município de Florianópolis/SC.

Sendo assim, o Juízo Federal suscitado, ao conceder a liminar reque-

rida, invadiu a competência do Juízo suscitante, violando os princípios da litispendência e da coisa julgada, proferindo *decisum* de forma contrária ao entendido por este Juízo, mormente ter ainda exarado despacho saneador, tecendo argumentos acerca da prova pericial técnica produzida pelo Juízo de Direito.

Novamente trago a lume manifestação do Ministério Público, a qual se dessume nos seguintes argumentos, *ipsis litteris*:

"Não obstante os rumos que tenha tomado o conflituoso procedimento jurisdicional enfocado, entende-se neste parecer carente de previsão legal o ajuizamento de ação civil pública objetivando atacar o que em tese sobejou das provas colhidas em autos de ação ajuizada sobre o mesmo tema perante Juízo diverso, da estrutura do Poder Judiciário Estadual, e já decidida definitivamente com a produção de sentença reconhecendo a improcedência dos pedidos ali deduzidos, relacionados com a majoração das tarifas de transporte coletivo, na espécie" (fl. 59).

Conclui-se, portanto, como incompetente o MM. Juízo Federal da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina para processar e julgar a ação cautelar e a posterior ação civil pública intentadas pela OAB — Seccional de Santa Catarina, em desfavor do município de Florianópolis/SC.

Ante o exposto, conheço do conflito e declaro competente o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de Florianópolis/SC, suscitante, nos termos do art. 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 9.756/98.

É o meu voto.

Voto vencedor

O Exmo. Sr. Min. João Otávio de Noronha: Sr. Presidente, há um equívoco. A ação cautelar inominada foi proposta pela OAB. Portanto, é a Justiça Federal que deve definir se existe ou não o nomeado interesse daquela autarquia, que possui sede no juízo federal. Se excluída do feito, o processo vai para a Justiça Estadual. No caso presente, como a ação foi proposta pela OAB – Seccional de Santa Catarina, reconhecida a sua ilegitimidade, o que ocorrerá é a própria extinção do feito, sem julgamento do mérito.

O voto de S. Exa., em que pese muito bem-elaborado, com a devida vênia, realiza, sob o pretexto de apreciar o conflito de competência, um verdadeiro juízo de apreciação da legitimidade da OAB para a propositura da ação. Estamos adentrando na própria apreciação das condições da ação, que é matéria reservada ao juízo de origem. Parece-me que a presença da OAB, até que a Justiça Federal reconheça se a autarquia tem ou não legitimidade ou, ainda, se não deve figurar na lide, tem que ser resolvida na sede daquele Juízo, porque ela ostenta a qualidade de litigar ou de ter foro na Justiça Federal.

Portanto, peço vênia ao Sr. Ministro Relator para considerar que, nesse caso, é a Justiça Federal que terá

que decidir, porque senão estaríamos avançando.

Voto

O Sr. Min. José Delgado: Sr. Presidente, peço vênia ao Sr. Ministro Relator para acompanhar a divergência, porque a matéria é pacífica na nossa jurisprudência. Há também a impossibilidade, em sede de conflito, de se penetrar no mérito dos pressupostos da relação jurídico-processual.

RECURSO ESPECIAL

RECURSO ESPECIAL N. 750.799/SC (2005/0081188-9)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Estado de Santa Catarina
Procuradores: Drs. Kátia Simone Antunes Laske e outros
Recorrido: Heitor Honório Altmann
Advogados: Drs. Francisco Luz Gottardi e outros

Ementa

Recurso especial. Administrativo. Processo civil. Embargos de declaração. Julgamento. Vício inexistente. Membros do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Licença-prêmio não gozada. Conversão em pecúnia. Impossibilidade.

I – Não padece o v. julgado recorrido de qualquer omissão ou nulidade na sua fundamentação, porquanto apreciou as teses suscitadas pela recorrente em sua inteireza. Assim sendo, a rejeição dos embargos declaratórios não enseja qualquer irregularidade se não havia omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada.

II – É indevida a conversão em pecúnia de licença-prêmio não gozada por membros do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por se tratar de hipótese não contemplada pela respectiva legislação de regência. Precedentes.

Recurso provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 6 de setembro de 2005. (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, em face de acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, cuja ementa expressa os seguintes termos:

"Administrativo – Ação de indenização – Membro do Ministério Público – Licença-prêmio não gozada – Conversão em pecúnia – Possibilidade.

'Constitui princípio universal de direito, implicitamente inscrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. XXIII), que a ninguém *é lícito se locupletar do trabalho alheio.* Nele se funda a obrigação de o Poder Público indenizar o servidor aposentado pelas férias e licenças-prêmio não gozadas oportunamente, independentemente de se perquirir se não o foram por 'imperiosa necessidade de serviço', por culpa da Administração' (Ap. Cív. n. 2000.000843-5, rel. Des. Newton Trisotto).

"Desse modo, uma vez preenchidos os requisitos para o gozo de licença-prêmio, adquire o direito à indenização o servidor público que não desfrutou da benesse por omissão da Administração, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado em detrimento do trabalho daquele" (fl. 210).

Alega ofensa aos arts. 123, 128 e 458, II e III, e 535, do CPC, uma vez que as matérias relativas à ausência de previsão legal para que fosse conferida a licença-prêmio aos membros do Ministério Público local e contrariedade ao princípio da legalidade e ao art. 159 do CC (inexistência de nexo causal entre o dano alegado e a conduta de agente da Administração) não foram objeto de apreciação no eg. Tribunal *a quo*, apesar de instado a pronunciar-se por meio de embargos de declaração.

Sustenta afronta ao art. 39 da Lei Complementar Federal n. 40/1981 e dissídio jurisprudencial, sob o fundamento de que é indevida a concessão do direito à licença-prêmio aos membros do *Parquet* estadual, pois, não tendo a norma especial arrolado tal possibilidade, não poderia uma norma genérica ser aplicada subsidiariamente.

Aponta violação ao art. 159 do CC, ante a falta de nexo causal entre o ato da Administração e o impedimento ao gozo dos benefícios reclamados.

Contra-razões às fls. 294 a 299.

Admitido o recurso na origem, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O recurso merece provimento.

Esta Corte, em idênticos julgados, entende que é indevida a conversão em pecúnia de licença-prêmio não gozada por membros do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

Eis os seguintes precedentes:

"Agravo regimental em agravo de instrumento. Administrativo. Servidor público civil. Licença-prêmio. Ausência de particularização de dispositivos. Súmula 284/STF.

"1. Não se conhece de recurso especial quando o recorrente restringe-se em afirmar que o acórdão teria violado lei federal, sem indicar, especificamente, qual o artigo da lei federal tido como violado ('É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia' – Súmula do STF, Enunciado n. 284).

"2. '[...] A legislação de regência dos membros do Ministério Público não contempla a concessão de licença-prêmio, motivo pelo qual indevida a pretensão de converter aquelas 'não gozadas' em pecúnia. Aplicação analógica inadequadamente feita pelo aresto recorrido, utilizando-se de outras legislações' (REsp n. 439.662/SC, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 22-4-2003).

"3. Agravo regimental improvido" (AgRg no AG n. 622080/SC, 6ª Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 9-5-2005).

"Recurso especial. Administrativo. Membro do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Licença-prêmio. Conversão em pecúnia. Falta de legislação específica. Inadequada aplicação analógica do Estatuto dos Funcionários Públicos Estaduais. Precedentes do STJ.

"Recurso especial provido.

"A Lei Complementar n. 40/81, que estabelece normas gerais a serem adotadas na Organização do Ministério Público estadual, não prevê a concessão de licença-prêmio dentre aquelas conferidas aos membros do *Parquet*.

"Desse modo, sendo a única interpretação possível na espécie a restritiva, é inadequada a aplicação subsidiária, ainda que autorizada pela Lei Complementar Estadual n. 17/82, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado do Paraná. Precedentes do STJ.

"Recurso especial provido" (REsp n. 248164/SC, 5ª Turma, rela. Mina. Laurita Vaz, DJU de 2-8-2004).

"Recurso especial. Processual civil e administrativo. Embargos decla-

ratórios. Questões discutidas. Violação aos artigos do CPC não caracterizada. Membro do Ministério Público Estadual. Licença-prêmio. Legislação específica. Conversão em pecúnia. Falta de previsão. Analogia aplicada indevidamente pelo aresto recorrido.

"As questões foram devidamente abordadas no próprio acórdão embargado, motivo pelo qual não há falar em violação aos arts. 128 e 535 do CPC.

"A legislação de regência dos membros do Ministério Público não contempla a concessão de licença-prêmio, motivo pelo qual indevida a pretensão de converter aquelas 'não gozadas' em pecúnia. Aplicação analógica inadequadamente feita pelo aresto recorrido, utilizando-se de outras legislações.

"Recurso parcialmente provido" (REsp n. 439662/SC, 5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 22-4-2003).

Por derradeiro, verifica-se que o v. julgado *a quo* foi devidamente fundamentado, bem como o exame da matéria foi realizado em sua inteireza, inexistindo qualquer prejuízo à admissibilidade do recurso, uma vez que os embargos declaratórios foram opostos para que se realizasse a explícita manifestação sobre a matéria examinada. Logo, não há qualquer ofensa aos arts. 123, 128 e 458, II e III, e 535, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para que seja suprimido o pagamento em pecúnia da licença-prêmio não gozada pelos autores.

Invertidos os ônus sucumbenciais.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 17.620/SC (2003/0232569-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Décio Menna Barreto de Araújo Filho
Advogados: Drs. Ana Cristina Ferro Blasi e outro
T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Impetrado: Desembargador Presidente do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Recorrido: Estado de Santa Catarina
Procuradores: Drs. Paulo Roney Ávila Fagúndez e outros
Recorrido: Sérgio Agenor de Aragão
Advogado: Dr. Erivaldo Nunes Caetano Júnior

Ementa

Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Juiz substituto. Promoção por merecimento. Lista tríplice. Critério para eleição. Maioria de votos. Desnecessidade. Exigência descabida. Art. 32 do CDOJSC. Nova redação. Vigência à época dos fatos.

1. A teor do que dispunha a redação em vigor à época dos fatos – art. 32 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina, alterado pela Lei Complementar n. 148/96 –, era totalmente prescindível que o juiz substituto, após formada a lista tríplice, ou seja, no primeiro escrutínio uninominal, alcançasse a maioria dos votos entre os desembargadores presentes, bastando que obtivesse maior número de votos.

2. Logo na primeira votação em lista tríplice, o impetrante foi o Juiz mais votado, fazendo jus, por conseguinte, à almejada promoção por merecimento.

3. Recurso provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 6 de setembro de 2005. (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora.

Relatório

Exma. Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança com fundamento no art. 105, inciso II, alínea *b*, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que denegou a ordem nos termos da seguinte ementa:

"Mandado de segurança – Magistrado – Arts. 93, inciso II, da Magna Carta, c/c 32 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina – redação da Lei Complementar n. 148, de 30-5-96 – Juiz substituto – Nomeação por merecimento – Lista tríplice – Escrutínio

uninominal – Reiteração por ausência de maioria – Exegese – Direito líquido e certo inexistente – Ordem por maioria denegada.

"Em se tratando de cargo a ser provido pelo critério de merecimento, a par dos pressupostos do art. 93, inciso II, da *Lex Mater*, há necessidade do magistrado obter votação representativa, correspondente na espécie 'à maioria dos votos dos desembargadores presentes' (fl. 30). Em conseqüência, o escrutínio que define o nome a ser nomeado há que se submeter àquela regra, carecendo de direito líquido e certo o pleito que almeja interpretação oposta" (fl. 79).

Nas presentes razões, assevera o recorrente que, "Em primeiro escrutínio após a formação da lista, o recorrente obteve 7 (sete) votos. Entendeu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, inadvertidamente, determinar a realização de nova votação, a fim de ser auferida a maioria dos votos, sem amparo legal algum e acarretando prejuízo evidente ao patrimônio jurídico/funcional do ora recorrente" (fl. 105).

Sustenta ainda que a autoridade coatora, "não obstante tenha reconhecido expressamente que o artigo 36 do Código de Organização Judiciária de Santa Catarina – Lei Estadual n. 5.624/79 – foi revogado pela Lei Complementar n. 148/96, pretende, em hercúleo exercício de hermenêutica, no qual se supera a própria letra da lei, que se prestigie então a parte final do § 1º do artigo 32,em sua nova versão, quando a casuística se refere à aplicação, de outro lado, do § 2º do mesmo dispositivo" (fl. 109).

Ao final, requer "seja conhecido e provido o presente Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, para o fim de ser concedida a segurança pleiteada, reformando-se a decisão recorrida" (fl. 113).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso em parecer que guarda a seguinte ementa, *in verbis*:

"Recurso em mandado de segurança. Juiz substituto. Promoção por merecimento. Lista tríplice. Candidato mais votado. Art. 32 da Lei n. 5.624/79 (CDOJESC), redação da LC n. 148/96. Direito líquido e certo. Violação. Pelo provimento do recurso.

"O acórdão recorrido, ao consagrar a exigência de maioria absoluta de votos para a promoção de magistrado por merecimento, violou direito líquido e certo do recorrente à nomeação e posse ao cargo de Juiz de Direito da comarca de Rio Negrinho/SC.

"Aplicabilidade, *in casu*, do disposto no § 2º do artigo 32 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina (Lei n. 5.624/79), com a redação dada pela Lei Complementar n. 148/96.

"Pelo provimento do recurso" (fl. 145).

É o relatório.

Voto

Exma. Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A irresignação merece prosperar.

Cinge-se a controvérsia em se verificar a legalidade ou ilegalidade quanto à exigência de maioria de votos entre os desembargadores presentes (maioria simples), em lista tríplice, para a promoção por merecimento para o cargo de Juiz de Direito da comarca de Rio Negrinho/SC.

O Tribunal *a quo*, entendendo pela necessidade da referida exigência, assim se pronunciou:

"Adota-se como fundamento (fls. 30 a 34) os respeitáveis esclarecimentos insculpidos nas jurídicas e substanciosas informações, precisas em destacar: 'Formada a lista tríplice com os nomes dos três magistrados mais votados, e que obtiveram quociente para comporem, procedeu-se ao escrutínio subseqüente, obtendo-se o seguinte resultado: Décio Menna Barreto de Araújo Filho, com 7 (sete) votos, Sérgio Agenor Aragão, com 6 (seis) votos, e Cândida Inês Zoellner, com 2 (dois votos).

'Posteriormente, e como nenhum dos candidatos tivesse obtido a maioria dos votos dos desembargadores presentes, procedeu-se a novo escrutínio. O resultado foi favorável ao magistrado Sérgio Agenor Aragão (obteve 8 votos), superando os dados ao impetrante (obteve apenas 6 votos).

'O art. 32 do CDOJSC, com redação que lhe foi dada pela Lei Complementar n. 148, de 30-5-1996, dá suporte ao procedimento adotado pelo Órgão Especial e afasta a pretensão exposta na inicial. Aliás, este é o procedimento que vem sendo adotado pelo colendo Tribunal de Justiça há muitos anos – mesmo antes de 1996 –, tendo legitimado a ascensão daqueles que hoje integram o Órgão Especial.

[...]

'É certo que o art. 36 do CDOJSC se encontre revogado pela Lei Complementar n. 148/96.

'E nele é que se achava incrustrada a inescondível intenção de que a votação fosse o resultado de mais da metade dos votos dos desembargadores presentes.

'A revogação deu-se em face da necessidade de se adaptar a legislação estadual aos novos princípios trazidos pelo Constituinte de 1998, notadamente aqueles atinentes à plena autonomia funcional e institucional conferida ao Poder Judiciário. Desapareceu, em conseqüência, a intervenção do chefe do Poder Executivo no processo de nomeação e promoção dos magistrados, razão da nova redação dada ao art. 32 do CDOJSC. Não se busque, contudo, diante dessas alterações, o abandono à sedimentada e respeitada regra procedimental, que é muito cara aos Magistrados Catarinenses.

[...]

'A expressão 'maior número de votos', que está contida na primeira parte do § 1º do art. 32 do CDOJSC, não impede e nem é óbice à conclusão de que o candidato deva obter mais da metade dos votos dos desembargadores presentes. Bem ao contrário, dita expressão reafirma e dá vida à parte final do dispositivo legal em análise,

quando determina se proceda a tantas votações quantas sejam as necessárias'" (fls. 82 e 83).

Com efeito, a teor do que dispõe a nova redação, em vigor à época dos fatos – art. 32 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina, alterado pela Lei Complementar n. 148/96 –, era totalmente prescindível que o juiz substituto, após formada a lista tríplice, ou seja, no primeiro escrutínio uninominal – equivalente, na espécie, ao segundo escrutínio –, alcançasse a maioria dos votos entre os desembargadores presentes, bastando que obtivesse maior número de votos, confira-se:

"Art. 32. A promoção por merecimento, quando inocorrente a hipótese de promoção obrigatória, dependerá de lista tríplice, organizada pelo Órgão Especial, obedecida, sempre que possível, a quinta parte da lista de antigüidade.

"§ 1º A lista de merecimento será composta dos nomes dos magistrados que obtiverem maior número de votos, procedendo-se a tantas votações quantas necessárias, examinados em primeiro lugar os nomes remanescentes da lista anterior.

"§ 2º *A escolha recairá no juiz mais votado*, observada a ordem dos escrutínios, prevalecendo, em caso de empate, a antigüidade na entrância e, em seguida, na carreira" (grifos acrescidos).

In casu, logo na primeira votação em lista tríplice, o impetrante foi o Juiz mais votado, contando com 7 (sete) votos, contra 6 (seis) do Juiz Sérgio Agenor de Aragão e 2 (dois) da Juíza Cândida Inês Zoellner (fl. 19), fazendo jus, por conseguinte, à almejada promoção por merecimento.

Tem-se por totalmente desarrazoada a assertiva firmada pelo litisconsorte necessário no sentido de que "'o novo escrutínio' rigorosamente não era necessário e o litisconsorte Sérgio Agenor de Aragão já estava escolhido como o mais votado na primeira votação, pois naquele sufrágio, como disse alhures, recebeu 12 dos 15 votos possíveis" (fl. 43).

Com efeito, consoante se depreende dos autos, à fl. 18, constata-se que, não obstante o litisconsorte Sérgio Agenor de Aragão tenha alcançado o maior número de votos no primeiro escrutínio, ainda não havia sido formada a lista tríplice, não se cuidando naquela oportunidade de votação uninominal, portanto; daí a necessidade de realização do segundo escrutínio para a efetiva eleição do magistrado, no qual, como já assinalado, o ora impetrante foi o mais votado.

Tampouco assiste razão ao Tribunal *a quo* quando assevera que a "regra até então observada pelo Tribunal de Justiça Catarinense era no sentido de que o candidato vencedor deveria ostentar votação superior à metade dos votos dos desembargadores presentes" (fl. 83), na medida em que contrária ao Princípio da Legalidade, não apenas porque fundada em dispositivo legal revogado, mas também por importar em violação direta ao art. 32 da Lei n. 5.624/79 (CDOJSC), com a redação dada pela

Lei Complementar n. 148/96, que expressamente aboliu a necessidade da obtenção da maioria dos votos.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para que seja anulado o Ato n. 621, de 2 de outubro de 2002, declarando eleito o ora impetrante para promoção, pelo critério de merecimento, em segundo escrutínio, com vistas a ocupar a vaga de Juiz de Direito da comarca de Rio Negrinho/SC, com todos os efeitos decorrentes, a partir da impetração do *mandamus*.

É como voto.

Ministra Laurita Vaz,
Relatora.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2003.024971-0, DE CAMPOS NOVOS

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei orgânica do município de Brunópolis. Mandato da Mesa de Vereadores. Alegada desobediência ao princípio da simetria. Liminar. Ausência dos requisitos. Denegação da medida.

A plausibilidade do direito não exsurge, prima facie, *uma vez que o art. 56 da LOMB, ao determinar que o mandato da Mesa será de 1 (um) ano, não afronta, aparentemente, a Cesc, que o limita a dois anos. Isso porque os municípios possuem autonomia, garantida constitucionalmente, para legislar acerca de assuntos de interesse local.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2003.024971-0, da comarca de Campos Novos, em que são requerentes Ademar Zampieri – Presidente da Mesa da Câmara de Vereadores de Brunópolis e Presidente do Partido Democrático Traba-

lhista – PDT, e João Francisco de Souza Branco, sendo requerida a Câmara Municipal de Brunópolis:

ACORDAM, em Tribunal Pleno, por votação unânime, denegar a medida cautelar pleiteada.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de suspensão cautelar interposta pelo Presidente da Câmara de Vereadores do município de Brunópolis e Presidente do Partido Democrático dos Trabalhadores – Ademar Zampieri, bem como pelo vereador João Francisco de Souza Branco contra o art. 56 da Lei Orgânica do município de Brunópolis, que limita o mandato da Mesa a 1 (um) ano, proibida a reeleição de seus membros para o mesmo cargo.

Sustentam que a lei fere o princípio da simetria, uma vez que o art. 46, § 3º, da Cesc prevê o mandato de 2 (dois) anos.

Requerem a concessão de medida cautelar a fim de suspender os efeitos do artigo combatido até julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade.

É o relatório.

II – Voto

Buscam os requerentes a concessão de medida cautelar a fim de suspender os efeitos do art. 56 da Lei Orgânica do Município de Brunópolis, que determina a duração do mandato da Mesa da Câmara de Vereadores.

Cumpre salientar, *prima facie*, que o segundo requerente vereador João Francisco de Souza Branco é parte ilegítima a figurar no pólo ativo da presente ação, uma vez que não se enquadra em nenhuma das figuras arroladas no art. 85 da Cesc. O fato de pertencer ao quadro de Partido Político com representação na Assembléia Legislativa não lhe confere a condição de legitimado, tendo em vista que a legitimidade é do Diretório Regional, e não do político em si.

Passada essa análise, cumpre o exame do cabimento da medida cautelar a fim de suspender os efeitos do artigo vergastado.

Essa possibilidade, no entanto, está condicionada à possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação – *periculum in mora* – e à plausibilidade do direito invocado, *fumus boni juris*.

Não se verifica, de plano, a plausibilidade do direito invocado pelos requerentes, uma vez que o art. 56 da LOMB, ao determinar que o mandato da Mesa seja de 1 (um) ano, não afronta, aparentemente, a Cesc, que o limita a dois anos. Isso porque os municípios possuem autonomia, garantida constitucionalmente, para legislar acerca de assuntos de interesse local.

Nesse sentido, vem decidindo o TJSC, a exemplo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.

1997.013944-6, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Anselmo Cerello, publicada no DJ de 9-5-2000:

"Segundo o princípio da simetria constitucional, as normas infraconstitucionais devem estar em conformidade com a Lei Maior. *In casu*, tal princípio, em conformidade com os dispositivos da CF/88 e Cesc/89, estabelece os limites máximos permitidos para a duração do mandato dos membros da Mesa, que é de dois anos.

"Em se tratando de órgão colegiado, afigura-se suficiente a presença do Presidente, a teor do art. 85, VII, da Carta Estadual.

"A Constituição Federal de 1988 conferiu autonomia e liberdade aos municípios para legislarem sobre assuntos de interesse local, restando legitimada a Câmara de Vereadores para que defina o tempo de mandato da sua Mesa Diretora, da forma que melhor lhe convir, desde que o faça em conformidade com os arts. 18 e 30, I, da CF/88 e 46 da Cesc/89".

Com efeito, não se verificando os pressupostos para a sua concessão, nega-se a medida liminar.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide o Tribunal Pleno, por unanimidade de votos, denegar a medida cautelar pleiteada.

Exclua-se o requerente João Francisco de Souza Branco do pólo ativo por não se enquadrar em nenhuma das figuras arroladas no art. 85 da Cesc.

Cite-se o Procurador-Geral do Município para, na forma do art. 8º da Lei n. 12.069/2001, defender o ato impugnado.

Após, dê-se vista ao Procurador-Geral de Justiça para emitir parecer (art. 8º da Lei n. 12.069/2001).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Pedro Manoel Abreu, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos, Cláudio Barreto Dutra, Maurílio Moreira Leite, Mazoni Ferreira, Volnei Carlin, Irineu João da Silva, Luiz Cézar Medeiros, Vanderlei Romer, Nelson Schaefer Martins, José Volpato, Fernando Carioni, Torres Marques, Luiz Carlos Freyesleben, Rui Fortes, Gastaldi Buzzi, Marcus Túlio Sartorato, Cesar Abreu, Ricardo Fontes, Nicanor da Silveira, Salim Schead dos Santos, Francisco Oliveira Filho, Amaral e Silva, Anselmo Cerello e Jorge Mussi.

Impedida a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 17 de agosto de 2005.

Jorge Mussi,
Presidente, com voto;
Carlos Prudêncio,
Relator.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2004.030631-3, DE JOINVILLE

Relator: Des. Souza Varella

Ação direta de inconstitucionalidade – Lei ordinária n. 4.901/03 – Município de Joinville – Fiscalização e funcionamento dos estabelecimentos que comercializam produtos ópticos – Preliminar de incompetência do município para legislar sobre tema que extrapola o âmbito municipal. No mérito, alegada ofensa aos arts. 5º, inciso XIII, e 170 da Constituição Federal e ao art. 134 da Constituição Estadual.

Afastamento da preliminar – Competência do município para preceituar sobre assuntos de interesse local – Medida cautelar concedida – Fumus boni iuris *e* periculum in mora *presentes – Afronta aos princípios estabelecidos na Constituição Federal – Perigo de prejuízos financeiros ao comércio e à indústria do município – Suspensão dos efeitos da norma até final julgamento da ação.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2004.030631-3, da comarca de Joinville, em que é requerente a Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina, sendo requeridos o município de Joinville e o Prefeito Municipal de Joinville:

ACORDAM, em Tribunal Pleno, por votação unânime, afastar a preliminar e, no mérito, por maioria de votos, conceder a medida cautelar para suspender, até decisão final, os efeitos da Lei n. 4.901, de 16 de dezembro de 2003, do município de Joinville.

Custas legais.

A Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, em razão da edição da Lei Municipal n. 4.901, de 16 de dezembro de 2003, promulgada pelo município de Joinville, que dispõe sobre a fiscalização e funcionamento dos estabelecimentos que comercializam produtos ópticos.

A norma em questão obriga a contratação de optometrista, especialista na medida da acuidade visual, para os estabelecimentos supracitados, sendo exigida a sua permanência durante todo o horário comercial, como também dos seguintes equipamentos: lensômetro, pupilômetro e caixa térmica ou ventilete.

O inconformismo reside no fato de compelir tal exigência aos estabelecimentos que vendem ou fabriquem óculos de sol sem grau.

Aduz, em preliminar, que o município de Joinville é incompetente para legislar sobre tema que ultrapasse o interesse meramente municipal, pois tal medida extrapolaria o âmbito municipal.

Afirma, ainda, que o Município tem competência para suplementar a legislação federal e a estadual apenas naquilo que se fizer necessário para adequá-las a suas peculiaridades locais, o que não seria o caso da Lei n. 4.901/03.

No mérito, alega que as exigências contidas na lei em comento ferem completamente o princípio da razoabilidade, como também o do livre exercício da atividade econômica, visto que a limitação prevista iria contribuir para a eliminação da competitividade da indústria e do comércio de Joinville, já que em outros municípios do Estado é desnecessária a presença de técnico em ótica para a venda de óculos de sol sem grau.

Invocando a presença do *fumus boni iuris*, que se encontra evidenciado nos artigos 112, I e II, e 134 da Constituição Estadual, e do *periculum in mora*, diante dos prejuízos que tal ato irá causar à indústria e ao comércio do município de Joinville, requer a acionante a concessão de medida cautelar para suspensão imediata de todos os dispositivos constantes da Lei n. 4.901, de 16 de dezembro de 2003, e a final, a procedência do pedido.

Houve regular notificação do Sr. Prefeito Municipal, conforme determina o artigo 10 da Lei n. 12.069/01, tendo ele prestado as informações do ato normativo atacado, no sentido da não-concessão da liminar, por impedimento decorrente da legislação estadual e pela ocorrência de prejuízos ao Município e à saúde pública.

Preliminarmente, cabe analisar se a competência daquele Município para legislar sobre a matéria em questão não esteja ultrapassando a do âmbito municipal.

O artigo 30, inciso I, da Constituição Federal e o artigo 112, inciso I, da Constituição Estadual determinam que compete ao município legislar sobre assuntos de interesse local.

A respeito da expressão "interesse local", presente nos dispositivos constitucionais supracitados, oportuno citar o entendimento do ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles:

"Interesse local não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos munícipes. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não o seja reflexamente da União e do Estado membro, como, também, não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação brasileira. O que define e caracteriza o 'inte-

resse local', inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União" (*in* Direito Municipal Brasileiro. 10. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p.104).

Portanto, como se pode perceber, a matéria em análise incide perfeitamente no interesse local e não está sujeita, exclusivamente, à legislação estadual ou federal, visto que diz respeito à fiscalização e ao funcionamento tão-somente dos estabelecimentos do município de Joinville que comercializam produtos ópticos; e se repercute diretamente na vida municipal, a matéria é de interesse do Município, embora possa interessar indiretamente ao Estado e à União.

Afastada a preliminar, passo à análise do mérito da *quaestio.*

Para a concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade neste Tribunal, é necessária a presença de dois pressupostos: "a relevância jurídica da matéria (*fumus boni iuris*) e o risco de manter-se com plena eficácia o preceito atacado (*periculum in mora*)" (STF, ADIn n. 1.175/DF, rel. Min. Marco Aurélio).

Presentes tais requisitos, ainda que em análise perfunctória, a cautelar deve ser concedida.

De fato, a lei municipal de Joinville ao dispor sobre a fiscalização e funcionamento dos estabelecimentos que comercializam produtos ópticos, afronta os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e do livre exercício da atividade econômica, expressos, respectivamente, no artigo 170, *caput*, inciso IV e parágrafo único, da Constituição Federal, que assim dispõe:

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

"IV – livre concorrência;

[...]

"Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

Assim, somente poderia ocorrer uma intervenção municipal na economia se fossem seguidos os parâmetros de legalidade e se houvesse a necessidade de defesa do interesse público, como, por exemplo, para combater um abuso do poder econômico ou para assegurar o respeito aos princípios constitucionais da ordem econômica, o que, *in casu,* não ocorre.

O município não pode impedir a livre concorrência, como ocorreu no caso em tela, pois está ferindo um dos princípios norteadores da ordem econômica. Poderia, sim, atuar como órgão fiscalizador e incentivador da atividade econômica, mantendo a normalidade da economia e garantindo o regime de seu livre exercício.

Ademais, a norma em questão, além de ferir os princípios da livre ini-

ciativa, da livre concorrência e do livre exercício da atividade econômica, também inviabiliza o direito ao trabalho, assegurado constitucionalmente no artigo 5º, inciso XIII:

"[...] é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer [...]".

Nesse contexto, o município de Joinville, ao impor a presença de um técnico em óptica, bem como a exigência de vários equipamentos e licença especial de funcionamento para estabelecimentos que comercializam óculos de sol sem grau, viola a garantia fundamental expressa na nossa Carta Magna, bem como as regras que balizam a ordem econômica, haja vista que tais limitações vão estabelecer uma reserva de mercado para tais estabelecimentos.

Dessarte, presente o *fumus boni juris*, ou seja, a probabilidade da existência de um direito invocado, uma vez que a Lei Municipal 4.901/03 afronta princípios estabelecidos na Constituição Federal, e evidente o *periculum in mora*, já que, se não suspensa a norma atacada, até final julgamento da ação, poderão a indústria e o comércio da cidade de Joinville sofrer prejuízos financeiros, é de ser concedida a medida cautelar pleiteada.

Diante do exposto, o Tribunal Pleno, decidiu, por votação unânime, afastar a preliminar e, no mérito, por maioria de votos, conceder a medida cautelar para suspender, até decisão final, os efeitos da Lei n. 4.901, de 16 de dezembro de 2003.

Cite-se o Procurador-Geral do Município a fim de defender a norma impugnada no prazo de quinze dias. Após, a douta Procuradoria-Geral de Justiça para manifestar-se no mesmo prazo, em cumprimento ao artigo 8º da Lei Estadual n. 12.069/01.

Presidiu a sessão de julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello, e dela participaram, também com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Sérgio Paladino, Maurílio Moreira Leite, Mazoni Ferreira, Volnei Carlin, Irineu João da Silva, Luiz Cézar Medeiros, Wilson Augusto do Nascimento, Nelson Schaefer Martins, José Volpato, Sérgio Roberto Baasch Luz, Monteiro Rocha, Torres Marques, Luiz Carlos Freyesleben, Rui Fortes, Gastaldi Buzzi, Cesar Abreu, Salete Silva Sommariva, Ricardo Fontes, Nicanor da Silveira, Salim Schead dos Santos, Alcides Aguiar, Amaral e Silva, Gaspar Rubik e Pedro Manoel Abreu, sendo vencidos os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer, Francisco Oliveira Filho e Orli Rodrigues.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2004.

Jorge Mussi,
Presidente para o acórdão;
Souza Varella,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer

Não farei declaração de voto.

Vanderlei Romer

Declaração de voto vencido do Exmo. Des. Francisco Oliveira Filho

Ousei divergir da douta maioria por entender que a Lei Municipal n. 4.901, de 16-12-03, é hígida, já que, ao determinar a contratação de optometrista e respectivos equipamentos, até mesmo nos estabelecimentos que vendem óculos de sol sem grau, exerceu a competência autorizada pelo art. 30, inciso I, da Magna Carta, que lhe permite legislar sobre "assuntos de interesse local".

Oportuno nesse contexto é destacar que "[...] interesse local não é, apenas, o que for do interesse único, restrito ou exclusivo do Município. A se dar compreensão tão augusta e miúda ao dispositivo, a competência municipal estaria tão amesquinhada que, praticamente, se resumiria em dar nomes a logradouros públicos. Interesse local, a nosso ver, é o que se relaciona, direta e imediatamente, com a comuna, ainda que represente mediatamente, interesse geral, estadual ou nacional" (Veloso, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade. 2. ed., Del Rey. p. 351). Evidente que os princípios estabelecidos nas Cartas Políticas Federal e Estadual devem ser acatados, mas o município pode resguardar os interesses de seus habitantes, sem que esteja agredindo a livre iniciativa.

Esses, pois, os motivos do dissenso.

Francisco Oliveira Filho

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues

No julgamento da ação *suso* referida votei em sentido oposto à douta maioria, por ter acompanhado o entendimento adotado pelo ilustre Des. Francisco Oliveira Filho.

Florianópolis, 13 de setembro de 2005.

Orli Rodrigues

SEÇÃO CIVIL

CONFLITOS DE COMPETÊNCIA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 2004.033055-8, DE BLUMENAU

Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

Conflito negativo de competência. Ação de indenização proposta perante o juízo suscitado da 3ª Vara Cível da comar-

ca de Blumenau. Declinação de ofício pelo magistrado. Lei do Município de Blumenau n. 2.056/1974 que reestruturou a Fundação Hospitalar de Blumenau – arts. 7º e 9º. Entidade com objetivo de interesse coletivo. Controle pelo poder público. Personalidade jurídica de direito público. Competência da Vara dos Feitos da Fazenda Pública. Conflito improcedente.

Vistos, discutidos e relatados estes autos de Conflito de Competência n. 2004.033055-8, da comarca de Blumenau (Vara da Fazenda Pública), em que é suscitante a Exma. Sra. Dra. Juíza de Direito da Vara da Fazenda Pública e suscitado o Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível:

ACORDAM, em Seção Civil, por votação unânime, julgar improcedente o conflito para declarar a competência do juízo suscitante da Vara dos Feitos da Fazenda Pública da comarca de Blumenau.

Custas legais.

A Exma. Sra. Dra. Juíza de Direito da Vara da Fazenda Pública da comarca de Blumenau, amparada nos arts. 115, inc. II, 116 e 118, inc. I, do Código de Processo Civil, suscitou conflito negativo de competência com o Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da mesma Comarca perante o Exmo. Sr. Des. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado. Aduziu que a Ação de Indenização n. 008.02.016700-5/0000 promovida por Miriam Kroeger contra a Fundação Hospitalar de Blumenau – Hospital Santo Antônio tramitava inicialmente perante o juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Blumenau, o qual todavia declinou da competência ao argumento de que a ré detém personalidade jurídica de direito público.

A MMa. Juíza suscitante afirmou que "a Fundação ré possui o regime jurídico de direito privado, ressaltando que a própria Fundação intitula-se como sendo pessoa jurídica de direito privado".

O MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Blumenau determinou a remessa dos autos ao juízo da Vara da Fazenda Pública da mesma Comarca, conforme decisão judicial de fl. 17.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador de Justiça, Dr. Cid José Goulart Júnior, opinou pela competência do juízo suscitado da 3ª Vara Cível da comarca de Blumenau.

A colenda Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, não conhecer do conflito de competência e remeter os autos à Seção Civil nos termos do art. 555, § 1º, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

A inicial da Ação de Indenização n. 008.02.016700-5/0000 promovida por

Miriam Kroeger contra a de Fundação Hospitalar de Blumenau – Hospital Santo Antônio contém os seguintes pedidos de condenação: I) multa relativa à mora salarial pelo atraso de quitação de salários e gratificações natalinas no período de novembro/98 a fevereiro/2000, inclusive; II) FGTS no valor correspondente a 8% sobre a remuneração de todo o contrato de trabalho, até mesmo gratificação natalina e verbas decorrentes da rescisão contratual (TRCT), tudo acrescido da indenização compensatória de 40%, deduzidos os valores comprovadamente pagos ou depositados; III) honorários de assistência judiciária arbitrados em 15% sobre o valor da condenação que reverterão em favor da entidade sindical assistente (fl. 8).

A autora endereçou a petição inicial da ação de indenização a um dos juízos da Vara Cível da comarca de Blumenau/SC (fl. 3).

Distribuída a petição, a Fundação Hospitalar de Blumenau – Hospital Santo Antônio apresentou contestação (fls. 10 a 16).

O Magistrado da 3ª Vara Cível da comarca de Blumenau declinou de ofício da competência para a Vara da Fazenda da mesma comarca (fl. 17).

A Lei do Município de Blumenau n. 2.056/1974 de 10-12-1974, que reestruturou a Fundação Hospitalar de Blumenau, prescreve:

"Art. 6º – São órgãos da administração da Fundação:

"a) – Conselho Curador;

"b) – Conselho Fiscal;

"c) – Administração Executiva.

"Art. 7º – O Conselho Curador é o órgão supremo de função normativa da Fundação e será integrado pelos seguintes membros:

"a) um representante do Poder Executivo;

"b) um representante do Poder Legislativo;

"c) um representante da Associação Comercial e Industrial de Blumenau;

"d) um representante da Associação Médica Regional de Blumenau, integrante do Corpo Clínico da Fundação Hospitalar;

"e) um representante da Fundação Educacional da Região de Blumenau – Furb.

"§ 1º – Os representantes do Conselho Curador serão nomeados pelo Prefeito Municipal, após receber as respectivas indicações, sendo através de lista tríplice, os mencionados nas alíneas *c*, *d* e *e*.

"Art. 9º – O Conselho Fiscal será constituído:

"a) um representante do Poder Executivo;

"b) um representante do Poder Legislativo;

"c) um representante do Conselho Curador da Fundação Hospitalar de Blumenau.

"§ 1º Os membros do Conselho Fiscal, após a respectiva indicação,

serão nomeados pelo Prefeito Municipal, para um mandato de 2 (dois) anos, permitida a recondução por um período, observado o disposto no § 6º do art. 7º desta lei".

O art. 1º da Lei Municipal n. 2.056/1974 prevê que a Fundação Hospitalar de Blumenau é entidade de direito privado, mas nem por isso perde sua personalidade de direito público pelos motivos adiante expostos:

1) o art. 3º, alíneas *a* e *h* da Lei Municipal n. 2.056/1974, menciona que a citada Fundação tem por objetivo atender aos interesses da coletividade relacionados à saude pública e ao bem-estar social;

2) as contas da Fundação são submetidas à apreciação da Prefeitura Municipal (art. 19); a entidade gozará de isenção de impostos municipais (art. 20); o orçamento municipal consignará anualmente dotação própria para a Fundação (art. 17, alínea *b*).

Hely Lopes Meirelles em Direito administrativo brasileiro*,* 23. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 305 e 306, leciona:

"As *fundações,* como 'universalidade de bens personalizada, em atenção ao fim, que lhe dá unidade', ou como 'um patrimônio transfigurado pela idéia, que o põe ao serviço de um fim determinado', sempre estiveram nos domínios do Direito Civil, sendo consideradas pessoas jurídicas de Direito Privado (Decreto-Lei n. 200, art. 5º, IV, acrescentado pela Lei n. 7.596/87).

"Ultimamente, porém, pelo fato de o Poder Público vir instituindo fundações para prossecução de objetivos de interesse coletivo – educação, ensino, pesquisa, assistência social etc. –, com a personificação de bens públicos e, em alguns casos, fornecendo subsídios orçamentários para sua manutenção, passou-se a atribuir personalidade pública a essas entidades, a ponto de a própria Constituição da República de 1988, encampando a doutrina existente, ter instituído as denominadas *fundações públicas,* ora chamando-as de 'fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público' (arts. 71, II, III e IV; 169, parágrafo único; 150, § 2º; 22, XXVII), ora de 'fundação pública' (arts. 37, XIX, e 19 das 'Disposições Transitórias'), ora de 'fundações mantidas pelo Poder Público' (art. 37, XVII), ora, simplesmente, de 'fundação' (art. 163, II).

"Com esse tratamento, a Carta da República transformou essas fundações em *entidades de Direito Público,* integrantes da Administração indireta, ao lado das autarquias e das entidades paraestatais. Nesse sentido, já decidiu o STF, embora na vigência da Constituição anterior, que 'tais fundações são espécie do gênero *autarquia.* Não entendemos como uma entidade (fundação) possa ser espécie de outra (autarquia) sem se confundirem nos seus conceitos. Todavia, a prevalecer essa orientação jurisprudencial, aplicam-se às fundações públicas todas as normas, direitos e restrições pertinentes às autarquias'.

Sobre o tema, são colacionados precedentes desta Corte Estadual de Justiça:

1) Conflito de Competência n. 2004.033056-5, de Blumenau, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, Segunda Câmara de Direito Público, j. 11-2-2005:

"Conflito negativo de competência – 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".

Trecho do voto:

"O conflito não merece prosperar.

"A Lei Municipal n. 158/97, que reestruturou a Fundação Hospitalar de Blumenau – Hospital Santo Antônio, definiu em seu art. 1º que se trata de entidade com personalidade jurídica de direito privado, informação que também consta em seu estatuto.

"Não obstante, tem razão o Magistrado quando afirma 'ter a referida fundação personalidade jurídica de caráter unicamente público, porquanto instituída por lei e conseqüentemente de patrimônio público, nada obstante o incremento que recebe tal patrimônio proveniente de esferas não públicas' (fl. 10).

"É que, em que pese não compartilhe do entendimento propagado por Celso Antônio Bandeira de Mello de que todas as fundações públicas são de direito público, tem razão esse autor quando afirma que, para se saber se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Público ou de Direito Privado, basta analisar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se a lei lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos e não meramente o exercício deles, disciplinando-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. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 169).

"Esse entendimento é corroborado pelo Supremo Tribunal Federal:

'Recurso extraordinário. Fundação nacional de saúde. Conflito de competência entre a justiça federal e a justiça comum. Natureza jurídica das fundações instituídas pelo poder público.

'1. A Fundação Nacional de Saúde, que é mantida por recursos orçamentários oficiais da União e por ela instituída, é entidade de direito público.

'2. Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Federal. Artigo 109, I, da Constituição Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figura como parte fundação pública, tendo em vista sua situação jurídica conceitual assemelhar-se, em sua origem, às autarquias.

'3. Ainda que o artigo 109, I, da Constituição Federal, não se refira ex-

pressamente às fundações, o entendimento desta Corte é o de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, estão sujeitas, fazem delas espécie do gênero autarquia.

'4. Recurso extraordinário conhecido e provido para declarar a competência da Justiça Federal' (STF, RE n. 215.741/SE, Min. Maurício Corrêa).

'Natureza jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público. Desde que assumam a gestão de serviço estatal, e sejam mantidas por recursos orçamentários, sob a direção do Poder Público, integram a administração indireta, e são jurisdicionadas à Justiça Federal, se instituídas pelo Governo Federal. Recurso conhecido e provido' (RE n. 115.134/DF, Min. Carlos Madeira).

"Do corpo desse aresto extrai-se o seguinte excerto:

'A Fundação de Assistência ao Estudante é a nova denominação da Fundação Nacional de Material Escolar. Como tantas outras fundações instituídas pelo Poder Público, é sustentada por dotações orçamentárias e subvenções da União, utilizando bens móveis e imóveis da antiga Companhia Nacional de Alimentação Escolar (Lei n. 5.327/61, art. 8º, Lei n. 7.091/83, art. 4º).

'Embora instituída pelo Poder Público, a Fundação de Assistência ao Estudante assume a gestão de serviço público, qual seja a assistência educacional nos níveis de formação pré-escolar e de 1º e 2º graus, visando ao acesso ao material escolar e didático, à alimentação escolar e às bolsas de estudo e sua manutenção, a coordenação da política de assistência educacional e apoio à administração dos serviços dessa assistência. A Fundação atua em harmonia com as Secretarias de Educação dos Estados, do Território e do Distrito Federal.

'Vê-se, assim, que não só por sua fonte de recursos, como pela aplicação deles em serviços de assistência educacional, a Fundação Nacional do Estudante exerce funções peculiares ao Poder Público.

'Não há dúvida, pois, que a Fundação, de conformidade com a formulação jurisprudencial desta Corte, tem natureza de fundação pública. Como acentuou o Ministro Moreira Alves no voto proferido no RE n. 101.126, no Tribunal Pleno, não tem sentido que sociedade de economia mista e empresas públicas, que são meras pessoas de direito privado, integrem a Administração indireta, tendo seus empregados inúmeras restrições por equiparação a 'servidores públicos, e as fundações de direito público, que são inequivocamente pessoas jurídicas de direito público, mantidas por verbas orçamentárias, sob a fiscalização direta do Poder Público, sujeitas aos Tribunais de Contas, criadas para a execução de atividades públicas descentralizadas, não pertençam a essa Administração Indireta, sob o fundamento único de que, por serem fundações, têm de ser pessoas jurídicas de direito privado, que, no entanto, não se submetem às normas do Código Civil relativas às fundações' (RTJ 113/331).

'In casu, é sabido, e a leitura do estatuto da Fundação confirma, que nela se exerce funções peculiares ao Poder Público e por ele é controlada, embora não conste o percebimento de verbas exclusivamente públicas. Desse modo, inafastável a natureza pública da sua personalidade jurídica.

"Ante o exposto, julgo improcedente o conflito e declaro a competência do Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública da comarca de Blumenau".

2) Agravo de Instrumento n. 2004.007018-7, de Blumenau, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, Segunda Câmara de Direito Público, j. 5-10-2004:

"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".

Isso posto, julga-se improcedente o conflito para declarar a competência do juízo suscitante da Vara dos Feitos da Fazenda Pública da comarca de Blumenau.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto, Luiz Cézar Medeiros, Mazoni Ferreira, Wilson Augusto do Nascimento, Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni, Gastaldi Buzzi, Marcus Túlio Sartorato, Salete Silva Sommariva, Ricardo Orofino da Luz Fontes, Nicanor da Silveira, Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, e os Exmos. Srs. Des. Substitutos Jaime Ramos, Newton Janke, Sérgio Izidoro Heil, Dionízio Jenczak, Ronaldo Moritz Martins da Silva e Jaime Luiz Vicari. Emitiu parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Cid José Goulart Júnior.

Florianópolis, 27 de julho de 2005.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente, com voto;
Nelson Schaefer Martins,
Relator.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 2004.033340-6, DE BLUMENAU

Relator: Des. Fernando Carioni

Conflito negativo de competência – Execução por título extrajudicial – Fundação Hospitalar de Blumenau (Hospital Santo Antônio) – Instituição com personalidade jurídica de direito público – Competência da Vara da Fazenda – Conflito rejeitado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 2004.033340-6, da comarca de Blumenau, em que é suscitante Juiz de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos da comarca de Blumenau, sendo suscitado Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Blumenau:

ACORDAM, em Seção Civil, por votação unânime, rejeitar o conflito e declarar competente o juízo suscitante.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Cuida-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 Execução por Título Extrajudicial n. 008.01.016450-0, proposta por Diprohl Comercial Importadora e Exportadora Ltda. contra a Fundação Hospitalar de Blumenau – Hospital Santo Antônio, contra decisão do Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Blumenau, que declinou da sua competência para processar e julgar o referido feito, por entender que a entidade ré apresenta caráter eminentemente público-filantrópico.

Afirma o juízo suscitante, em suma, que a fundação supracitada é pessoa jurídica de direito privado.

Instado a se manifestar, reitera o suscitado os fundamentos que o levaram a declinar da competência para processar e julgar a demanda executiva.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, opina pela procedência do conflito, declarando competente para julgar a ação o juízo suscitado (fls. 36 e 37).

Pelo acórdão da Primeira Câmara de Direito Público relatado pelo eminente Des. Volnei Carlin, foi determinada a remessa do presente conflito para a Seção Civil (fls. 42 a 45).

II – Voto

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 contra decisão do Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Blumenau.

O presente conflito tem por escopo dirimir a competência entre a Vara Cível e a Vara Fazendária da comarca de Blumenau a fim de processar e julgar ação em que figura no pólo passivo da demanda originária a Fundação Hospitalar de Blumenau – Hospital Santo Antônio.

A colenda Seção Civil desta Corte, decidiu, por votação unânime, em 29-6-05, no CC n. 2004.033057-2, de Blumenau, relatado pelo eminente Des. Ricardo Fontes, que a personalidade jurídica da Fundação Hospitalar de Blumenau (Hospital Santo Antônio) é de Direito Público. Vejamos:

"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".

Do corpo do acórdão se abstrai:

"Compete à Vara dos Feitos da Fazenda, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos da comarca de Blumenau, por conseguinte, processar e julgar a ação [...] 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".

Ante o exposto, insofismável a rejeição do conflito em face da competência do juízo suscitante.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, rejeita-se o conflito e declara-se competente o juízo suscitante.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gastaldi Buzzi, Marcus Túlio Sartorato, Salete Silva Sommariva, Ronaldo Moritz Martins da Silva, Sérgio Izidoro Heil, Newton Janke, Jaime Ramos, Dionízio Jencazk, Jaime Luiz Vicari, Ricardo Fontes, Nicanor da Silveira, Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Newton Trisotto, Mazoni Ferreira, Luiz Cézar Medeiros, Jorge Schaefer Martins, Wilson Augusto do Nascimento, Nelson Schaefer Martins e Sérgio Roberto Baasch Luz. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 27 de julho de 2005.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente, com voto;
Fernando Carioni,
Relator.

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2005.013121-4/0001.01, DE CONCÓRDIA

Relator: Des. Substituto Jânio Machado

Embargos de declaração. Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) em agravo de instrumento. Acórdão lavrado em conformidade com a decisão do colegiado. Declaração de voto. Juntada equivocada. Contradição inocorrente.

Inexiste contradição no julgado se ele é lavrado em conformidade com o que ficou decidido na sessão de julgamento.

Tempestividade do agravo interposto. Alegada omissão no julgado. Certidão de intimação imprestável.

A análise da tempestividade do recurso fica prejudicada se a certidão exibida pelo agravante não se presta para o fim determinado no art. 525, inciso I, do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2005.013121-4/0001.01, em que é agravante Total Fleet S.A., sendo embargado Jackson Schimmelpfenning:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer e desprover os embargos declaratórios.

Custas de lei.

I – Relatório

Total Fleet S.A. interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra a decisão que, nos autos de indenização por danos morais n. 019.04.006976-0, em trâmite na comarca de Concórdia. deferiu a antecipação de tutela para "determinar que os réus Adair Fernando Ortolan, Batávia S.A. e Total Fleet S.A., solidariamente: a) cedam, entreguem na casa ou paguem toda a medicação necessária ao autor Jackson, inclusive bolsas coletoras, micropone, água oxigenada, fraldas, fraldões, bolsas urinárias, remédios para urinar, alimentos especiais, soro fisiológico, soro na veia para nutrir-se, uma cama especial, uma cadeira de rodas, uropen, toxina botulínica; b) paguem à parte autora uma pensão mensal, com vencimento no dia 15 de cada mês, no valor de R$ 600,00 (seiscentos reais), este o qual mostra-se suficiente para fins dos pedidos 1º e 3º, de fls. 48 e 49, diante da falta de outros comprovantes, diagnósticos e prognósticos médicos juntados aos autos no momento" (fl. 339).

Às fls. 345 e 346, negou-se seguimento ao agravo por irregularidade formal: ausência de exibição de certidão de intimação válida (art. 525, inciso I, do CPC).

Irresignada, a agravante dela recorreu, na forma prevista no art. 557, § 1º, do CPC (fls. 349 a 358). Na sessão do dia 16-6-2005 o relator originário, Juiz Ronaldo Moritz Martins da Silva, votou no sentido de dar provimento ao recurso; dele divergi, votando pela manutenção da decisão agravada. O Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente pediu vista dos autos (fl. 366) e, na sessão de 23-6-2005, votou pelo desprovimento do recurso, ficando vencido, com declaração de voto, o Excelentíssimo Senhor Juiz Ronaldo Moritz Martins da Silva.

O acórdão, resultado dos debates realizados na sessão de 23-6-2005, encontra-se às fls. 368 a 373. A declaração de voto divergente é encontrada às fls. 374 e 375.

A agravante interpôs embargos de declaração ao fundamento de que há contradição no julgado, em vista da certidão de fl. 367 e dos votos proferidos pelo Des. Orli Rodrigues e pelo Juiz Ronaldo Moritz Martins da Silva. Enfatizou que a certidão de fl. 367 não condiz com a realidade do julgamento, assim como o acórdão não se coaduna com os votos declarados, além de ser omisso em relação à tempestividade do recurso.

II – Voto

Cuida-se de embargos de declaração que buscam efeito infringente ao julgado, diante do que se entendeu ser contradição e omissão.

Primeiramente, cumpre esclarecer que este Relator foi designado para lavrar o acórdão em face de o relator originário ter ficado vencido, pelas razões que registrou em sua declaração de voto. Ou seja, votaram pela ausên-

cia de certidão válida – descumprimento da regra inserida no inciso I do art. 525 do CPC – este Relator e o Excelentíssimo Senhor Desembargador Orli Rodrigues, que presidia a sessão de julgamento. O acórdão de fls. 368 a 373 reproduz, com extrema fidelidade, aquilo que foi discutido e julgado. Nem mais, nem menos.

Há, é certo, uma declaração de voto subscrita pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente que indicaria estar ele acompanhando o relator originário. É equívoco manifesto. Válido é o resultado final, demonstrado na certidão, fruto dos debates travados no transcorrer da votação, momento em que, por maioria, decidiu-se pela ausência de exibição de certidão de intimação válida. O rascunho de um pensamento inicial de integrante da Câmara deixa de prevalecer no instante em que é finalizado o processo de votação. No transcorrer das discussões pode acontecer que um membro mude seu posicionamento inicial, nada havendo de desdouro a quem assim procede. É, aliás, procedimento disciplinado no Regimento Interno desta Casa:

"Art. 126 – [...]

"§ 1º – Depois do pronunciamento do último desembargador que interveio na discussão, o relator e o revisor, mesmo que já tenham falado, poderão usar da palavra para *sustentar ou modificar* suas conclusões.

"§ 2º – em seguida, observada a mesma ordem, poderão os demais desembargadores votar e usar da palavra para, igualmente, *manter ou alterar* seus pontos de vista".

Somente não mais será possível a alteração de posicionamento depois que o Presidente da sessão declarar encerrado o processo de votação:

"Art. 144 – Depois de proclamado o resultado da votação, não será permitido ao desembargador modificar o seu voto.

"Art. 145 – Apurada a votação, o presidente anunciará a decisão, redigindo a minuta do julgamento.

"Art. 146 – Antes da remessa dos autos ao desembargador para lavratura do acórdão, o secretário fará constar deles a certidão de julgamento, mencionando os nomes dos que nele tomaram parte".

Não há contradição no julgado, devendo prevalecer, então, o contido na certidão lavrada à fl. 367, que reproduz com fidelidade o resultado do debate travado naquela sessão. Deve ser desconsiderada, isso sim, a declaração de voto reproduzida às fls. 392 a 394, porque ficou superada diante da nova manifestação apresentada, ainda que oralmente. O equívoco na juntada de documento impertinente (superado pelos fatos supervenientes) não contamina de nulidade a certidão de julgamento.

Alegou-se, ainda, que o acórdão é omisso em relação à tempestividade do recurso. Assim, no entanto, não ocorre. A certidão apócrifa – que foi considerada imprestável para o fim previsto no art. 525, inciso I, do CPC – tornou prejudicada a análise do requisito relacionado à tempestividade.

Os esclarecimentos acima são prestados, em minúcia, como homena-

gem às partes e procuradores, deixando-se claro os procedimentos adotados no caso corrente.

O disposto no art. 526, *caput,* do CPC não foi objeto de discussão na sessão de fl. 367, oportunidade em que se discutiu unicamente a validade da certidão de intimação. Por conseqüência, deixa-se de apreciar tal matéria.

Consta, na contracapa do processo, a "declaração de voto", anteriormente juntada às fls. 376 e 377. Devem elas retornar aos autos, sendo tudo certificado para a necessária transparência.

III – Decisão

Ante o exposto, por votação unânime, os embargos declaratórios são conhecidos e desprovidos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Substituto Victor Ferreira.

Florianópolis, 11 de agosto de 2005.

Orli Rodrigues,
Presidente, com voto;
Jânio Machado,
Relator.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2004.013615-3, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

Embargos infringentes. Responsabilidade civil. Construção de usina hidrelétrica. Mortandade de peixes no rio, a impedir a atividade pesqueira dos moradores das circunvizinhanças. Nexo causal não comprovado. Inexistência do dever de indenizar. Embargos infringentes desprovidos.

A responsabilidade civil a que se refere o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, conquanto objetiva, não prescinde de prova do nexo de causalidade entre a ação ou omissão dos agentes estatais e o dano causado a terceiros. Assim, não demonstrado tal requisito, improcede a pretensão indenizatória.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2004.013615-3, da comarca de Chapecó (2ª Vara Cível), em que é embargante Noel de Melo e embargada Tractebel Energia S.A.:

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

Custas de lei.

I – Relatório

Noel de Melo aforou ação cível de caráter indenizatório contra Centrais Geradoras do Sul do Brasil S.A. – Gerasul, antiga denominação da atual Tractebel Energia S.A., visando ao recebimento de valores correspondentes aos prejuízos materiais e morais por ele suportados em decorrência da impossibilidade do exercício de sua atividade pesqueira, acarretada pela instalação da usina hidrelétrica de Itá.

Disse viver da pesca no Rio Uruguai, no trecho Caxambu do Sul/Chapecó, desde 1986, tratando-se de sua única fonte de rendimentos para a garantia da subsistência de sua família, composta de esposa e seis filhos menores, realçando ganhar, em média, R$ 900,00 mensais.

Entretanto, reclama que, a partir de dezembro de 1999, a ré erigiu no Rio Uruguai, no município de Itá, barragem, para a instalação de uma usina hidrelétrica, e, ao fechar as suas comportas, reduziu-se consideravelmente a vazão das águas, à jusante do rio, de 132.000m³/s para 70m³/s, causando grande mortandade de peixes, com reflexos imediatos na atividade pesqueira dos ribeirinhos. De outra parte, como conseqüência da proibição da pesca no trecho, perdeu, como já asseverado, sua única fonte de rendimentos e, pois, de subsistência. Daí por que, dando ênfase à atividade danosa da ré, ante sua culpa exclusiva pelo enorme impacto ambiental negativo, requereu a citação e a condenação da requerida em danos morais, estimados em cem salários mínimos, e em danos materiais no importe de sua renda média mensal na atividade pesqueira.

Pediu, ainda, o benefício da assistência judiciária gratuita, deferido pelo Dr. Juiz.

Tractebel Energia S.A. contestou (fls. 18 a 51), suscitando, preliminarmente, a conexão de ações e a inépcia da petição inicial por ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação.

No mérito, aduziu que a região de Caxambu do Sul localiza-se após a confluência do Rio Uruguai com o Rio Passo Fundo, a 94 km da barragem de Itá, local que não sofreu nenhum impacto decorrente da obra.

Alegou que o autor iniciou na atividade pesqueira profissional apenas seis meses antes do fechamento das comportas da barragem de Itá e esclareceu ser ínfimo o grau de mortandade dos peixes em razão da construção da usina.

Dizendo-se isenta de culpa pelo impacto ambiental, atribuído à prática

da pesca predatória na região, e alegando não estar demonstrado o prejuízo do autor bem como o nexo causal entre o dano e a conduta da ré, requereu o acolhimento das preliminares ou a improcedência dos pedidos do autor.

Instruído o feito, o Dr. Juiz de Direito julgou procedente, em parte, os pedidos do autor para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais, correspondente a um salário mínimo mensal durante três anos, a contar de fevereiro de 2000, excetuados os meses da piracema, acrescidos de correção monetária e juros de mora de 6% ao ano, a contar da data do efetivo prejuízo até o pagamento, devendo ser pagas as prestações vencidas de uma só vez e as vincendas até o 5º dia útil do mês subseqüente ao vencido, além de metade das custas processuais e honorários advocatícios de 15% do valor atualizado da condenação.

Devido à sucumbência recíproca, condenou o autor ao pagamento de metade das despesas processuais e honorários advocatícios ao patrono da ré, fixados em R$ 800,00, determinando a suspensão da cobrança pelo prazo de 5 anos, a teor do artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

Irresignada, Tractebel Energia S.A. apelou (fls. 311 a 327), argüindo, preliminarmente, a nulidade da sentença por julgamento *extra petita* e cerceamento de defesa.

No mérito, reiterou a alegação de inexistência de prova do nexo de causalidade entre a construção da hidrelétrica e a mortandade dos peixes no Rio Uruguai, que é causada pela pesca predatória no local e pelo lançamento de dejetos de suínos e resíduos industriais.

Disse inexistir prova cabal de que o autor exercia a pesca profissional e enfatizou a licitude da construção da usina hidrelétrica, que seguiu todas as recomendações determinadas pelos órgãos públicos para amenizar o impacto ambiental, inclusive com a construção de um descarregador de fundo para manter a vazão mínima do rio.

Reafirmou não existirem provas acerca dos lucros cessantes sofridos pelo apelado, ante a ausência de prova de seus rendimentos. Alegou estar demonstrado nos autos que, após a construção da usina, o Rio Uruguai voltou a ser um local de bom aproveitamento pesqueiro, o que foi admitido pelo recorrido em seu depoimento pessoal quando afirmou que em poucos meses o rio voltou à sua vazão normal.

Por fim, postulou o provimento do recurso.

Noel de Melo contra-arrazoou (fls. 335 a 339), reafirmando o prejuízo material suportado, e recorreu adesivamente (fls. 340 a 343), pedindo a reforma da decisão para a condenação por danos morais.

Por maioria de votos, a Terceira Câmara de Direito Civil decidiu pela rejeição das preliminares, pelo provimento do apelo da ré e pelo desprovimento do recurso adesivo do autor (fls. 382 a 396), julgando totalmente improcedente o pedido inicial, ao argumento de inexistência de nexo causal entre o dano e a construção da usina hidrelétrica.

Dissentiu da maioria o eminente Desembargador José Volpato, que votou no sentido de negar provimento a ambos os recursos, mantendo incólume a sentença (fls. 397 a 406).

Pretendendo ver prevalecer o voto minoritário, Noel de Melo interpôs embargos infringentes (fls. 430 a 441), reiterando seus anteriores argumentos, com destaque para a existência do nexo de causalidade entre a conduta da embargada e o dano.

Tractebel Energia S.A. contrarrazoou (fls. 445 a 454), enfatizando a existência de farta prova testemunhal, pericial e documental corroborando a ausência de liame causal entre a construção da usina e a diminuição dos peixes no Rio Uruguai.

É o relatório.

II – Voto

O embargante, Noel de Melo, pretende a prevalência do voto vencido do Des. José Volpato, ao argumento de que a retenção das águas do Rio Uruguai gerada pela implantação da hidrelétrica, com a redução no volume de água e na respectiva vazão, foi realizada na época da piracema, período de baixo índice pluviométrico em que ocorre a reprodução dos peixes nos leitos dos rios e acarretou o empobrecimento da fauna local, impossibilitando a pesca.

Os votos vencedores dos eminentes Desembargadores Wilson Augusto do Nascimento e Marcus Tulio Sartorato, ao contrário, não obstante admitirem a ocorrência do dano, entendem não haver provas bastantes acerca do nexo de causalidade entre a realização da obra e a redução do número de peixes, pois a construção foi realizada em época de poucas chuvas, em que o nível das águas do rio estava reduzido, o que, por si só, refletiu na diminuição do número de peixes, além de estar comprovada nos autos a existência de pesca predatória na região, o retorno do nível do rio ao normal após quinze dias do fechamento das comportas e a continuidade regular da atividade pesqueira.

Portanto, o objeto da divergência dos presentes embargos cinge-se à existência do nexo causal entre a conduta da empresa ré, responsável pela construção da barragem, e o dano acarretado à ictiofauna local.

É certo que a implantação de uma usina hidrelétrica, com redução no volume de água do rio e na vazão no trecho da bacia hidrográfica à jusante da barragem, acarreta, invariavelmente, danos ambientais. Na hipótese, não obstante, profissionais habilitados realizaram estudo de impacto ambiental, aprovado pelo órgão ambiental competente, levando-se a efeito, pela concessionária, uma série de medidas para minimizar os prejuízos para a ictiofauna da região, como a utilização de um descarregador de fundo para assegurar uma vazão mínima ao rio e efetivação de remoção e salvamento de peixes presos, além de um trabalho de aeração das águas. A tal respeito o laudo técnico é conclusivo: “Para constituição do presente laudo foi realizada uma visto-

ria de três dias, de 11 a 13-1-2000, na área da Hidroelétrica, onde foi feito um reconhecimento da região e encontros com os órgãos de fiscalização ambiental, organizações não governamentais, técnicos da empresa e pesquisadores da UFSC.

[...]

"O fechamento reduziu consideravelmente a vazão à jusante, contudo um sistema denominado descarregador de fundo (foto 3), manteve uma vazão mínima constante. Esta obra consiste em um túnel abaixo do nível da barragem que fica aberto após o fechamento das comportas, sendo que sua vazão aumenta com o aumento do nível do reservatório. O descarregador de fundo entrou em funcionamento imediatamente após o fechamento das comportas com uma vazão mínima de 32m^3/s.

"Dentro do projeto de monitoramento e manejo da ictiofauna do alto do Rio Uruguai foi realizado o salvamento de peixes que ficaram presos nos lagos formados pela diminuição da calha do Rio (foto 4). Estes lagos eram aerados enquanto os peixes eram retirados por funcionários e devolvidos ao Rio.

[...]

"As medidas mitigatórias efetuadas pela Gerasul, propostas no estudo de impacto ambiental, são satisfatórias e estão sendo aplicadas regularmente. A construção do descarregador de fundo foi um grande avanço se comparada com o impacto ambiental gerado pelo enchimento de reservatório de usinas no passado. Essa obra, que garante uma vazão mínima à jusante durante o enchimento, passa a fazer parte das exigências dos órgãos ambientais para empreendimentos semelhantes, no futuro" (fls. 66, 67 e 75).

Essas medidas reduziram consideravelmente os danos à ictiofauna da região do Rio Uruguai. Houve morte de peixes, mas não em número suficiente para impossibilitar a atividade pesqueira no local.

O relatório de monitoramento e manejo da ictiofauna do alto do Rio Uruguai realizado por técnicos da Universidade Federal de Santa Catarina apresentou, dentre outros estudos, listagem das morfo-espécies de peixes capturados na ensecadeira da barragem da hidrelétrica de Itá durante a operação de desvio do Rio Uruguai, dando conta da capturação de 19.692 peixes vivos e apenas 926 mortos. Da amostragem, o estudo inferiu que, dos 22.257 exemplares de diferentes espécies coletados, "cerca de 95% foram retirados e transportados com vida para um local adequado do Rio Uruguai" (fl. 99).

O relatório técnico ainda atestou que a qualidade da água do rio à jusante da hidrelétrica não foi comprometida com a obra (fls. 97 a 119).

A corroborar a prova pericial, Evoy Filho, professor da UFSC e coordenador de um programa de monitoramento da quantidade de peixes no Rio Uruguai conveniado ao Ministério do Meio Ambiente, inclusive na zona de influência da barragem de Itá, em seu depoimento (fls. 197 e 198), foi incisivo em afirmar que "não houve diminuição

da disponibilidade de peixes em decorrência da barragem". Ao contrário, disse que "esteve no Rio esse ano (2000) em janeiro, março, junho e setembro, sendo que só ouviu reclamações de pescadores em virtude do aumento da fiscalização e, por isso, diminuição de pesca", concluindo que "houve mortandade de peixes, mas não foi considerável a ponto de diminuir o número de peixes pescados e comercializáveis na região" (fls. 197).

Tal testemunho não destoa do prestado em Juízo por Ademar Casanova, Tenente da Polícia Militar Ambiental, que alegou ter havido a morte de peixes, "mas não mortandade em grande quantidade" (fl. 195).

Ademais, a abertura das comportas da usina hidrelétrica de Itá, em dezembro de 1999, foi efetivada em um período de parcas chuvas, em que o nível das águas do Rio Uruguai estava baixo, carreando a redução do número de peixes. É o que se extrai do depoimento do geólogo José V. M. Regina, ao assegurar que "naquele verão o tempo foi seco" e, por isso, "o rio ficou abaixo em sua média, mas em decorrência do baixíssimo índice pluviométrico e não em decorrência da Usina", sendo que "o aumento da chuva faz com que aumente o número de peixes" (fl. 193).

No tocante ao fato de o fechamento das comportas da usina ter ocorrido na época da piracema, cumpre anotar que tal circunstância foi sopesada pelos técnicos responsáveis pela adequação ambiental do projeto. A data foi escolhida com o objetivo de encurtar o período até o transbordamento do reservatório de 141 quilômetros quadrados. Segundo o oceonógrafo Evoy Filho, quanto mais reduzido fosse esse período, menor seria o prejuízo à fauna da região (fl. 198).

Desse modo, evidenciadas as diversas medidas de contenção e prevenção dos danos ambientais levadas a cabo pela concessionária de serviço público, não se pode estabelecer uma relação de causalidade entre a sua atuação e as variações ambientais locais, acarretadas por outros fatores que há muito assolam o ecossistema das bacias hidrográficas do Oeste catarinense, tais como a pesca predatória na época da piracema – praticada pelo próprio embargante, segundo consta de seu depoimento pessoal (fl. 203) –, a criação de suínos às margens dos rios, o aumento de efluentes nocivos lançados aos rios por indústrias de celulose, a turbidez causada pela erosão laminar em terras cultivadas, estes últimos devidamente descritos pela prova técnica, *verbis*:

"A crescente poluição das águas nos últimos anos vem depauperando ainda mais a ictiofauna, através do aumento desmesurado da turbidez causada pela erosão laminar em terras cultivadas, e aumento de efluentes nocivos provenientes principalmente das indústrias de processamento de celulose" (fl. 66).

"Embora em época de proibição a pesca predatória foi observada ao longo do rio, com a utilização de redes de pesca e caniço. A fiscalização da polícia ambiental foi constatada, contudo o efetivo e os equipamentos mostraram-

se insuficientes para coibir esta prática ilegal" (fl. 67).

Ora, todos esses fatores influem na ocorrência do empobrecimento gradativo da ictiofauna da região do Rio Uruguai, não sendo possível atrelá-lo à conduta da embargada, que tomou todas as cautelas para minimizar os danos inerentes à construção da usina.

Sendo assim, conclui-se que não há nos autos prova do nexo causal entre a atuação da concessionária e a redução no número de peixes, imprescindível para imputação da responsabilidade objetiva, aplicável ao caso em apreço. A propósito, transcreve-se precedente do Supremo Tribunal Federal colacionado por Rui Stoco em seu Tratado de Responsabilidade Civil:

"'A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da EC 1/69 (e, atualmente, no § 6º do art. 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros' (STF – 1ª T. – RE – rel. Moreira Alves – j. 12-5-1992 – RT 688/230)" (6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 968).

Daí por que deve prevalecer o voto vencedor, cujo posicionamento foi consolidado recentemente por este Grupo de Câmaras de Direito Civil, conforme se vê nos seguintes julgados:

"Embargos infringentes – Ação de indenização – Decisão não unânime em apelação cível – Construção de hidrelétrica e sua relação com a mortandade de peixes no Rio Uruguai – Responsabilidade objetiva – Nexo causal entre a escassez de peixes e a construção da barragem não evidenciado – Concorrência de fatores como pesca predatória e ausência de chuvas – Dever de indenizar não existente – Decisão colegiada mantida – Recurso – Rejeição.

"Em se tratando de ato lícito, praticado pela administração em benefício da coletividade e em atendimento ao interesse geral, a atividade administrativa delegada à embargada de fechamento das comportas, necessárias à implantação da hidrelétrica de Itá sobre o leito do Rio Uruguai, sem causar dano anormal ou especial, não gera direito à indenização pela diminuição da atividade pesqueira, ainda que tenha havido morte ou escassez temporária de peixes" (EI n. 2005.007683-9, de Chapecó, rel. designado Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 11-5-2005).

"Embargos infringentes. Exegese do art. 530 do CPC. Suposta necessidade de eqüivalência entre argüições recursais e fundamentos do voto vencido. Despropósito. Preliminar rejeitada. Responsabilidade civil. Implantação da hidrelétrica de Itá. Aventada mortandade de peixes na época da piracema, com os danos à ictiofauna perpetuados no tempo. Investida confrontante com o plexo probatório. Estudos de impacto ambiental apreciados e chancelados pelos órgãos ambientais competentes. Realização de medidas técnicas eufemizando a danosidade imposta à ictiofauna local. Eficácia atestada por prova pericial. Ausência de prova de causalidade, ainda que concorrente, entre o fechamento das comportas e a atual escassez de peixes. Força deter-

minante assacável a fatores externos. Embargos conhecidos e improvidos.

[...]

"A sociedade concessionária de uso de bem público, cujos projetos e obras de implantação de barragens para fins de exploração de potenciais hidráulicos, uma vez analisados pelos órgãos ambientais competentes para o gerenciamento da outorga sustentável do uso dos recursos hídricos, restem aprovados e licenciados, não responde perante particulares pelos danos normais invariavelmente previstos em tais estudos e chancelados pela administração no exercício do juízo de proporcionalidade entre a tutela ambiental e o interesse público na instauração da hidrelétrica. Poder-se-ia excogitar de responsabilização em casos de execução desconforme a licença ou de danos anormais, nenhures previstos, exsurgindo, nesses casos, a ilicitude no proceder. Não sendo, porém, a hipótese, e adotando a concessionária, em atenção às instâncias ambientais, providências no sentido de eufemizar os danos impostos à ictiofauna local, com eficácia atestada por prova técnica, esmaece a responsabilidade que pescadores ribeirinhos lhe tencionam imputar por conta do fechamento autorizado das comportas, com reduções no volume e vazão de água no trecho da bacia hidrográfica à jusante da barragem e as implicações que daí naturalmente decorreriam à ictiofauna. Tal inferência se fortifica na constatação de que a escassez de peixes é gradativa e assacável, antes, a fatores outros, como a turbidez causada pela erosão laminar em terras cultivadas, o aumento de efluentes nocivos provenientes das indústrias de processamento de celulose, a criação de suínos às margens dos rios, com lançamentos de dejetos, e a pesca obscura na época da piracema. Ausente ilicitude no proceder conforme a autorização, contidos os danos, e falecendo nexo causal, sequer concorrente, entre a implantação da hidrelétrica e as vicissitudes da ictiofauna local, não prevalece o voto vencido" (EI n. 2004.033241-1, de Chapecó, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 13-7-2005).

À vista do exposto, ausente um dos requisitos indispensáveis à caracterização da responsabilidade civil, impõe-se o reconhecimento da inexistência do dever de indenizar, razão por que conheço do recurso e nego-lhe provimento.

É como voto.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, conheceram do recurso e negaram-lhe provimento, com a ressalva pessoal do Des. Carlos Prudêncio, que provia os embargos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Mazoni Ferreira, Wilson Augusto do Nascimento, Sérgio Baasch Luz e o Exmo. Sr. Des. Substituto Sérgio Izidoro Heil.

Florianópolis, 14 de setembro de 2005.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
Luiz Carlos Freyesleben,
Relator.

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2004.016043-7, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Substituto Sérgio Izidoro Heil

Embargos infringentes – Ação de indenização por dano moral – Pleito formulado por médico integrante de corpo clínico – Instauração de processo administrativo, além de outras investigações, em virtude da suspeita de conduta irregular do profissional – Queixa de familiares dos pacientes – Pretensão deduzida em desfavor de diretor técnico do hospital – Dever de apuração de irregularidades – Exercício regular de direito – Exegese do artigo 160, I, do Código Civil de 1916 – Inexistência de ato ilícito – Inacolhimento do pleito indenizatório – Insurgência recursal provida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2004.016043-7, da comarca de Chapecó (3ª Vara Cível), em que é embargante Sérgio Luiz Moura Casagrande e embargado Antônio José de Marco:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Civil, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento a fim de julgar improcedente a pretensão formulada na inicial, mantida a verba honorária da sentença.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Trata-se de embargos infringentes opostos por Sérgio Luiz Moura Casagrande contra Antônio José de Marco, tendo por objetivo fazer prevalecer o voto vencido do eminente Des. Wilson Augusto do Nascimento, que negava provimento à apelação interposta pelo autor e julgava improcedente a pretensão por ele formulada nos autos da ação de indenização por danos morais.

Os presentes autos versam, em síntese, acerca do pedido de reparação por danos morais supostamente sofridos em virtude da conduta do réu que, segundo alega o autor, imputou-lhe conduta criminosa, relativamente à exigência de pagamento de honorários profissionais pelos pacientes atendidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

No Juízo monocrático a pretensão não foi acolhida, tendo sido reformada por maioria de votos no julgamento colegiado ocorrido na egrégia Primeira Câmara de Direito Civil, que reconheceu o direito do autor/embargado à indenização pelo abalo moral sofrido. Neste julgamento houve voto dissidente do Exmo. Sr. Des. Wilson Augusto do Nascimento, que se manifestou pelo desprovimento do recurso do autor, por

entender que não houve prova de dano moral em decorrência do ato praticado pelo diretor do Hospital, ora embargante.

Diante disso, opôs o réu os presentes embargos infringentes, aduzindo, em epítome, que: quem instaurou inquérito contra o embargado foi o representante do Ministério Público, de modo que não pode ser responsabilizado por esse fato; ainda que tivesse requerido a abertura do inquérito, não haveria ato ilícito; não há nenhuma prova de que tenha instigado a Sra. Vera Brandt de Paula a representar o embargado; o processo perante o Conselho Regional de Medicina foi instaurado pela Sociedade Beneficente Lar da Fraternidade, gestora do Hospital Regional de Chapecó; trata-se de estrito cumprimento de dever legal, uma vez que, na condição de médico e diretor clínico de um Hospital, não poderia ignorar uma denúncia feita por um paciente de que um colega estaria querendo receber indevidamente valores, atendendo pelo SUS; deve haver expressa manifestação acerca do art. 160, I, do CC/1916; os votos vencedores consideraram os depoimentos colhidos na fase policial, na qual não foi observado o contraditório, em clara afronta à legislação processual. Por fim, pugnou pelo provimento dos embargos a fim de julgar improcedente a pretensão reparatória deduzida na inicial. Requereu, ainda, a expressa manifestação acerca dos arts. 160, I, do CC/1916, e 336 do CPC (fls. 468 a 477).

Houve contra-razões (fls. 482 e 483).

II – Voto

Na decisão objeto do presente recurso, a egrégia Primeira Câmara de Direito Civil, em acórdão da relatoria do eminente Des. Carlos Prudêncio, deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo ora embargado Antônio José de Marco, julgando procedente pedido encartado na ação de indenização por danos morais por este aforada, condenando o ora embargante Sérgio Luiz Moura Casagrande (fls. 455 a 460) ao pagamento de R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Por ocasião de tal julgamento colegiado, ficou vencido o Des. Wilson Augusto do Nascimento, que votou pela manutenção da sentença singular, a fim de rejeitar a pretensão indenizatória (fls. 462 a 464).

O embargante, em suas razões, assevera, em resumo, que: não praticou nenhum ato ilícito, uma vez que agiu em exercício regular de um direito; inexistem provas nos autos de que tenha instigado as denúncias contra o embargado; as investigações em desfavor do recorrido foram instauradas pelo Ministério Público e também por iniciativa do Hospital de Chapecó. Pugnou, ao final, pelo acolhimento dos embargos, com a reversão do julgado (fls. 468 a 477).

De outro vértice, alterca o embargado, em síntese, que as atitudes do embargante resvalaram para a irregularidade, de modo que a responsabilidade civil seria manifesta (fls. 482 a 483).

Assentada a controvérsia, impende salientar que os embargos infrin-

gentes possuem cognição limitada, restringindo-se o seu exame à matéria objeto da divergência, a teor do que dispõe o artigo 530 do Código de Processo Civil.

Na hipótese em apreço, pretende o embargante se ver exonerado do dever, estatuído pelo acórdão vencedor, de indenizar os supostos danos morais sofridos pelo embargado, em virtude de suposta conduta ilícita, da qual resultou, em desfavor deste último, a instauração de inquérito policial, além de outras investigações, que teriam sido motivadas pela sua instigação.

Nesse particular, narrou o embargado, durante o feito, que o embargante teria-se utilizado dos mais diversos ardis para lhe prejudicar, entre eles incitar a Sra. Vera Brandt de Paula, esposa de um paciente que iria ser submetido a uma cirurgia, a procurar o Ministério Público para denunciar a ocorrência de fatos que não seriam verdadeiros, imputando-lhe a prática de crime de extorsão, entre outros.

O exame do extenso conjunto probatório carreado aos autos revela que o embargado, Dr. De Marco, estava atendendo o Sr. Rogério Gonçalves de Paula, marido da Sra. Vera Brandt de Paula, e que esta teria procurado a direção do Hospital queixando-se da conduta do médico que supostamente estaria postergando a realização da cirurgia no paciente por desejar receber, indevidamente, numerário pelos seus serviços, ainda que estivesse atendendo pelo Sistema Único de Saúde.

O Dr. Sérgio Casagrande, aqui recorrente, naquela ocasião como Diretor Técnico do Hospital, encaminhou a Sra. Vera para o Centro de Promotorias da Coletividade, tendo por escopo apurar a ocorrência das irregularidades narradas na conduta médica do colega.

Com efeito, o embargado fundou sua pretensão no suposto comportamento do embargante de que teria este incentivado a instauração dos processos em prejuízo de sua moral, causando-lhe dissabores de toda sorte, entre eles o afugentamento da clientela. Entrementes, não há nenhuma prova concreta nos autos de que o recorrente tenha agido de má-fé, ou que tenha instigado maliciosamente a Sra. Vera a procurar o representante do Ministério Público.

A par dessa realidade, impende considerar ainda que o embargado, consoante se infere dos autos, possui um vasto histórico de reclamações, advertências e afastamento do Corpo Clínico do Hospital de Chapecó em virtude de, supostamente, haver efetuado cobranças irregulares de valores de pacientes internados pelo SUS (fls. 43 a 44). Ainda que esta não seja a via apropriada à formação de qualquer juízo de valor a respeito da conduta do embargado, como bem ressaltou o Magistrado singular, "já que as instâncias competentes foram comunicadas, competindo-lhes tomar as devidas providências", há que se ajustar que ao embargante, como Diretor Técnico do Hospital, impunha-se o dever de zelar pelo atendimento dos pacientes, além da obrigação, não menos inafastável, de exigir a escorreita atuação dos médi-

cos do Corpo Clínico, uma vez denunciadas supostas irregularidades de procedimento (fl. 358).

O Magistrado monocrático Dr. Cláudio Eduardo Régis de F. e Silva, ao examinar a lide, adequadamente consignou:

"Restou incontroverso o atendimento prestado pelo autor ao paciente Rogério de Paula, fato que é confirmado pela prova documental (prontuários médicos) e testemunhal, em especial pelo depoimento da esposa do paciente, Sra. Vera Brandt de Paula (fls. 323). A testemunha confirma ainda a sua preocupação com o esposo internado e o contato com o autor para ajustar os honorários médicos, tendo após isto procurado pela direção do Hospital.

"As testemunhas, à unanimidade, confirmam que o requerido agiu na qualidade de Diretor Técnico do Hospital, situação que também é reconhecida pelo autor, restando incontroversa.

"Na qualidade de autoridade administrativa do nosocômio, cabia-lhe informar as autoridades competentes sobre qualquer suspeita de irregularidade, ou seja, o Ministério Público, como no caso foi informado o então Promotor de Justiça Dr. Anildo Souza de Araujo (fls. 290) e o Conselho Regional de Medicina, que foi comunicado após deliberação do Conselho de Ética do Hospital, como salienta o então Secretário Adjunto da Saúde do Estado de Santa Catarina, Dr. José Antônio Sieczkowski Marins Vianna (fls. 307).

[...]

"Como decorreu de simples comunicação dos fatos como realmente incumbia ao Diretor Técnico do Hospital (Código de Ética Médica e Estatutos do Hospital Regional), não foi demonstrada a má-fé por parte do réu.

"Fulminando a pretensão do autor, o art. 160 do Código Civil em seu inciso I, afirma não constituírem atos ilícitos, portanto, não sendo passíveis de reparação os atos praticados *'no exercício regular de um direito reconhecido'"*(fl. 358) (grifo também no original).

O próprio embargado, em seu depoimento, "confirma que responde a processo disciplinar perante o Conselho de Ética do Hospital Regional anterior aos fatos e que posteriormente há também procedimentos perante o CRM" (fl. 284).

Já Carlos Humberto Mayer Carlotto relata:

"que o paciente desde o início esteve bastante agitado e de difícil controle o que dificultou bastante seu tratamento, mas que após cerca de três semanas teve alta; *que tem conhecimento que o paciente veio a óbito dois ou três meses após o caso, não sabendo indicar ao certo o motivo da morte"* (fl. 285) (sem grifo no original).

Carlos Augusto Wentz, testemunha do embargado, afirma que:

"[...] antes dos fatos ocorridos não tem conhecimento de nenhum atrito entre o autor e a direção do hospital ou mesmo com a pessoa do doutor Sérgio Casagrande. [...] que o cargo de

diretor técnico demanda bastante responsabilidade e que o mesmo responde, por exemplo, as informações em caso de óbito de paciente; com relação à cobrança de honorários de paciente do SUS afirma que a direção administrativa é responsabilizada e deve tomar providências; que o hospital tem regimento e um regulamento elaborado pelos médicos com condutas dentro dos padrões estabelecidos pelos Conselhos e que o depoente atua dentro destes padrões" (fl. 287).

Carlos Afonso Rossi Tirapelle, a seu turno, revelou que "o diretor técnico responde pelo descumprimento de convênios ou de normas assumidas com o SUS; recentemente recebeu diversas denúncias por casos semelhantes envolvendo o doutor Antonio de Marco, onde teria havido cobrança de seguro de paciente atendidos pelo SUS, apresentando inclusive documentos" (fl. 294).

É oportuno, ainda, transcrever o depoimento de José Antônio Sieczowiski Martins Vianna, secretário adjunto de Estado da Saúde à epoca dos fatos:

"quando o depoente era Secretário Adjunto da Saúde do Estado de Santa Catarina, participou de uma reunião junto ao Hospital Regional de Chapecó, que é de propriedade do Estado, mas com serviço terceirizado, com o objetivo de introduzir melhorias no serviço de atendimento médico às pessoas que necessitassem do mesmo; que na ocasião houve a formação de um conselho de administração, o qual de fato já existia desde outubro de 96 e já vinha realizando alguns estudos para a melhoria; que o requerido era diretor técnico do Hospital; que neste conselho o requerido apresentou um dossiê contendo vários documentos de declarações de pacientes que apresentavam reclamações quanto ao atendimento profissional do autor; que por decisão unânime do conselho foi decidido que o dossiê seria encaminhado ao Conselho de Ética do próprio Hospital e também para a Secretaria de Estado da Saúde, porque este havia feito um contrato de prestação de serviços com o autor; que o requerido apresentou o dossiê na condição de diretor técnico do Hospital Regional de Chapecó e não em seu nome pessoal; que o Conselho de Administração era composto por representantes de funcionários do Hospital, médicos, representantes das prefeituras municipais da região e de representantes dos usuários oriundos dos conselhos municipais de saúde dos municípios integrantes da região abrangida pelo Hospital, assim como por representantes da Secretaria de Estado da Saúde; que todos os representantes fizeram críticas ao atendimento médico prestado pelo autor aos seus pacientes, bem como críticas ao relacionamento do autor com os funcionários do Hospital; que não houve preocupação por parte do conselho de administração em fazer uma sindicância em torno dos fatos, limitando-se tãosomente a encaminhar o dossiê ao Conselho de ética e à Secretaria de Estado da Saúde; que não tem conhecimento sobre o encaminhamento da esposa da vítima, Sra. Vera, ao CPC; que o depoente sabe informar que o

Conselho de Ética do Hospital resolveu encaminhar o dossiê ao Conselho Regional de Medicina, não sabendo se já houve alguma tomada de decisão a respeito; que a nível de Secretaria de Estado da Saúde houve o rompimento do contrato de trabalho com o autor, em razão dos documentos e demais informações constantes no dossiê" (fl. 307).

Diante do farto conjunto probatório, tem-se que o embargante, na qualidade de diretor técnico do Hospital, tinha o dever de apurar irregularidades havidas na conduta dos médicos que nele atendem, de modo que não há falar na prática de ato ilícito, máxime se tal mister deva ser debitado ao exercício regular de um direito. Assim, não havendo ilicitude na conduta do embargante, a despeito do suposto abalo moral suportado pelo recorrido, não se afigura possível acolher o pedido de indenização.

Já decidiu esta Corte de Justiça:

"Apelação cível – Ação de indenização por danos morais – Calúnia – Não demonstração – Exercício regular de direito – Indenização indevida – Vereador – Inviolabilidade – Exegese no art. 29, VIII, da CF/88 – Sentença mantida – Recurso não provido.

"Se o fato causador do suposto dano não se encontra localizado no campo da ilicitude, pois o apelado agiu no exercício regular do seu direito, ou seja, de zelar pela moralidade administrativa, buscando apenas a perquirição da verdade, não há dano moral passível de indenização" (Ap. Cív. n. 2002.006742-9, de Chapecó, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 24-9-04) (grifou-se).

Ou ainda:

"Apelação cível – Ação de indenização por danos morais – Responsabilidade civil – Falta de prova do ilícito – *Animus defendendi* configurado – Ausência de má-fé – Dano moral descaracterizado – Recurso desprovido.

'O simples pedido de abertura de inquérito, para apuração de fato havido como delituoso, não dá lugar à ação de indenização por perdas e danos, por parte do envolvido na investigação, desde que fique provada má-fé ou malícia do requerente' (RT 290/199), mormente porque, 'requerer a abertura de inquérito policial para apuração de crime de ação pública constitui direito da vítima' (RT 475/87, *in* Ap. Cív. n. 39.180, da comarca de Joinville, rel. Des. Cid Pedroso, TJSC)" (Ap. Cív. n. 2000.024495-3, rel. Des. José Volpato de Souza).

Ao arremate:

"A providência de pedir a instauração de inquérito policial, bem como a de requerer a denunciação da lide em sede de ação de prestação de contas movida por terceiro contra o suspeito do cometimento do suposto ilícito, nem de longe basta à caracterização de ofensa moral, amoldando-se, isto sim, na hipótese de exercício regular de um direito (CC/1916, art. 160, I), em face do qual desaparece a ilicitude. Daí por que não há falar em dolo, culpa, má-fé ou erro grosseiro para justificar a perseguição da indenização por danos morais,

sendo irrelevante o arquivamento do procedimento administrativo-criminal e o indeferimento da denunciação da lide" (Ap. Cív. n. 2000.017984-1, de Turvo, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 25-3-04).

Em face de tais ponderações, tem-se que os embargos merecem ser conhecidos e acolhidos, a fim de fazer prevalecer o voto vencido, julgando-se improcedente o pedido indenizatório, com verbas de sucumbência fixadas pela sentença singular.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, o Grupo de Câmaras de Direito Civil, por unanimidade, conhece dos embargos para dar-lhes provimento, mantida a verba honorária da sentença.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira, Luiz Carlos Freyesleben, Sérgio Roberto Baasch Luz, Marcus Tulio Sartorato, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, e os Exmos. Srs. Des. Substitutos Jorge Schaefer Martins e Dionizio Jenczak.

Florianópolis, 10 de agosto de 2005.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
Sérgio Izidoro Heil,
Relator.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2005.012036-9, DE JOINVILLE

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Agravo de instrumento – Correta a decisão que em ações de modificação de cláusula de guarda de adolescente conexa com ação de busca e apreensão determinou a oitiva da menor – É cediço que no caso de guarda o interesse do adolescente deve ser levado em consideração, haja vista que em muitos casos o que é melhor para os pais não será para o menor – Julgando necessário, a autoridade judiciária poderá determinar a ouvida do menor (art. 28, § 1º, c/c art. 160, § 2º, da Lei n. 8.069/90) – Não age com imparcialidade o juiz que determi-

na a ouvida da adolescente, que possui 12 anos de idade, a fim de se certificar da vontade em permanecer com a mãe ou com o pai – Decisão mantida – Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2005.012036-9, da comarca de Joinville, em que é agravante R. M. K. e agravado J. I. Y.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, negar provimento ao agravo, mantendo-se incólume a decisão vergastada.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto por R. M. K., contra decisão de primeiro grau que, nos autos de ação de modificação de cláusula em separação consensual (038.02.049089-2) e de ação de busca e apreensão (038.02.049083-3) (fl. 7), ambos em relação à filha menor da agravante e do agravado J. I. Y., o MM. Togado *a quo* determinou a oitiva da filha menor das partes retrodescritas; atualização do estudo social a ser concluída 30 dias antes da audiência; designação de audiência para o dia 9-8-2005.

Aduz a agravante que o Juiz de Direito está agindo de forma imparcial, por isso foi argüida a sua suspeição; que a menor não tem condições psicológicas de se apresentar perante a autoridade judiciária, pois não tem boas lembranças dos dois Oficiais de Justiça e da Assistente Social Sra. Sandra S. Nunes da Silva, designados para cumprirem o mandado de busca e apreensão de fls. 46 e 47, tendo sido igualmente argüida a suspeição daqueles profissionais.

Ao final, requer a nulidade da audiência de fl. 7, a cessação da discriminação contra o Sr. Sandro (companheiro da agravante), a dispensa de levar a menor para audiência e ao contato com as assistentes sociais do foro, por ter sido argüida a suspeição destas últimas e do Juiz da causa, por terem sido prejudicais à menor por sua falta de profissionalismo e de lealdade.

O efeito suspensivo foi negado (fl. 153).

Feito pedido de reconsideração da decisão de fl. 153, esta foi mantida (fl. 159).

O agravado deixou fluir *in albis* o prazo para contra-razões.

O Ministério Público, às fls. 166 a 169, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

II – Voto

Trata-se de agravo de instrumento no qual a agravante insurge-se quanto à decisão judicial de fl. 7 que determinou a oitiva da filha menor de idade

da agravante, sob a alegação de que a menina estaria traumatizada pelos acontecimentos dos últimos três anos, diante da batalha judicial travada entre a agravante e o agravado (pai da menor) pela guarda da adolescente. Entre outros fatos, aduz que tanto o Juiz da causa quanto os Oficiais de Justiça e a Assistente Social estariam agindo de forma imparcial contra os interesses da agravante e da menor.

Sem razão a agravante. Justifica-se!

Segundo depreende-se dos autos, o MM. Juiz *a quo* agiu corretamente ao determinar a oitiva da menor, e também a atualização do estudo social a ser concluída no prazo de 30 dias antes da data da audiência designada para 9-8-2005.

No tocante às suspeições do Juiz da causa e da Assistente Social, referida exceção foi indeferida liminarmente, sendo o incidente julgado extinto. Em análise perfunctória, ao que parece, a agravante sem qualquer motivo decidiu abrir "guerra" contra a autoridade judiciária (Juiz da causa) e a auxiliar da justiça (Assistente Social). O primeiro pelo fato de ter determinado que se retirasse da audiência o companheiro da agravante Sr. Sandro, o qual não é parte nos feitos *sub judice*. Por mais que tenha interesse no deslinde da *quaestio*, por viver maritalmente com a mãe da menor, não lhe é permitido interferir na resolução do feito. Por isso, julga-se que o Juiz, ao determinar a retirada do Sr. Sandro da sala de audiências, teve motivos suficientes para tal ato, haja vista não se ter conhecimento de nenhuma arbitrariedade praticada pelo douto Magistrado em seus anos de serviços prestados à coletividade catarinense.

Quanto à suspeição da Sra. Assistente Social, verifica-se às fls. 46 e 47 que esta agiu com todo profissionalismo, sensibilidade e bom senso que o caso requer, ao aconselhar os Srs. Oficiais de Justiça a suspenderem a ordem de busca e apreensão da menor, e imediatamente ter relatado ao Juízo todo o ocorrido no cumprimento daquele ato judicial. Ou seja, o fato de a Assistente Social ter relatado o ocorrido, insista-se, em análise perfunctória, não significa dizer que tenha agido imparcialmente contra os interesses da agravante ou da menor.

A contestação de fls. 53 a 59 dá conta de uma versão completamente diferente da apresentada nas razões do agravo. A menor, em 14-9-2005 próximo, completará 13 anos. Esses dois fatos são motivos suficientes para se ter como correta a decisão de fl. 7, ora atacada.

O Magistrado *a quo*, ao determinar a ouvida da menor, o fez com base no art. 130 do CPC c/c art. 28, § 1º, da Lei n. 8.069/90.

Nesse sentido, eis a posição da jurisprudência:

"Nem sempre o que é interesse dos pais é a melhor alternativa para seus filhos [...]

"As crianças têm de ter assegurada a melhor condição de continuidade de seu desenvolvimento. Cabe aos

profissionais do Direito esclarecimentos, ações e decisões que possam restabelecer a prioridade desejável" (RT 716/346).

"Civil. Alteração de guarda. Prevalência dos interesses do menor.

"A resolução das questões envolvendo menor reclama a prevalência de seus interesses, pelo que sua guarda deve ser deferida ao genitor que aparentemente ofereça melhores condições de o criar. Recurso improvido" (Agravo de Instrumento n. 2000.015293-5, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Vanderlei Romer).

A decisão vergastada também encontra respaldo no art. 161, § 2º, da Lei n. 8.069/90, que assim dispõe: "Sendo necessário, a autoridade judiciária requisitará de qualquer repartição ou órgão público a apresentação de documentos que interesse à causa, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público. § 2º Se o pedido importar em modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente".

Dessarte, diante da controvérsia fática e levando-se em consideração a idade da menor, que no próximo mês completará 13 anos de idade, tem-se como correta a decisão *a quo*, a qual determinou sua oitiva.

III – Decisão

Isso posto, por maioria de votos, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume a decisão de primeiro grau que determinou a realização da audiência para ouvida das partes e da filha menor dos litigantes, por tratar-se o caso de interesse daquela adolescente. Vencido o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 9 de agosto de 2005.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.029618-4, DA CAPITAL

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Agravo de instrumento. Violação ao art. 93, IX, da CF. Não ocorrência. Responsabilidade civil. Honra. Imputação à agravante, em páginas eletrônicas e e-mails *destinados a grupos, da prática de invasão e danificação (art. 163, CP) a* websites *controlados pela agravada, concorrente no mercado*

de poesias virtuais. Ato supostamente calunioso (art. 138, CP). Presunção de falsidade das imputações, nenhures derruída. Pedido excludente, quanto aos assaques existentes, e inibitório, quanto aos por vir. Esvaziamento. Prévia exclusão voluntária. Procedência, contudo, da inibição. Direcionamento de ordem a sites *de busca. Impertinência. Recurso parcialmente provido.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2004.029618-4, da comarca da Capital (4ª Vara Cível), em que é agravante Maria Inês Simões Silva, sendo agravada Maria Tereza de Oliveira Albani:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para o fim de a) inibir a agravada a que veicule em suas páginas eletrônicas novas notas imputando à agravante a invasão e a danificação dos *sites* que titulariza, b) instá-la a que se abstenha de enviar *e-mails* coletivos, endereçados a grupos de discussão, versando sobre similar imputação e c) fixar *astreinte* diária, para o caso de descumprimento, em R$ 500,00 (quinhentos reais).

Custas de lei.

I – Relatório

Tratam os autos, em epílogo, de agravo de instrumento interposto por Maria Inês Simões Silva contra a decisão do Dr. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da comarca da Capital que, em ação condenatória por danos morais, indeferiu o pedido de tutela antecipada no sentido de inibir a demandada Maria Tereza de Oliveira Albani de divulgar, em *sites* eletrônicos titularizados e controlados por esta, informações imputando à autora a prática de invasões, desfigurações e inutilizações temporárias das aludidas páginas virtuais, condutas supostamente capituladas como crime e que denigrem a imagem da autora no amplo e competitivo universo em que se consubstancia o mercado da *internet*.

Como razões para a reforma da decisão, repristina a recorrente a narrativa exordial negando a autoria dos atos e enfatizando que as acusações propaladas pela demandada, concorrente no ramo de páginas virtuais relacionadas à publicação de poesias, não guardam procedência. Sustenta que a ré Maria Tereza de Oliveira Albani, misteriosa e irregularmente, obteve com o provedor *hostnet* a informação de que o IP (*internet protocol*) n. 200-171-107-70.dsl.telesp.net.br fora o invasor das páginas virtuais. Posteriormente, por determinação judicial em sede criminal, a empresa de telefonia sucessora da Telesp, averiguando tal número de IP, constatou-lhe a correspondência à linha telefônica de titularidade da autora, par-

ticularidade com base na qual a demandada, perfidamente, vem divulgando a todos, em seus *sites* e em grupos de *e-mail*, que a agravante invadiu-lhe a página e a inutilizou temporariamente. Atacando a idoneidade e a procedência dessas informações alcançadas pela demandada, requer a anulação do *decisum*, carente de fundamentação, ou o provimento do recurso, para o fim de "determinar que a agravada se abstenha de qualquer forma fazer veicular em seu *site*, ou em qualquer outro, notícias que denigrem a imagem e a moral da agravante, e assim retire inclusive do ar os endereços que constam as acusações mencionadas em seu *site* [...], bem como não disponibilize as acusações em outros endereços e nem mesmo através de repasse de *e-mails*, sob pena de pagamento de multa diária" (fl. 24, TJSC).

Indeferido, à fl. 348, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, e transcorrido *in albis* o prazo para o oferecimento da contraminuta, vieram os autos conclusos para julgamento.

II – Voto

1. Como sabido, "o que a Constituição exige, no inciso IX do art. 93, é que o juiz dê as razões de seu convencimento. A Constituição não exige que a decisão seja amplamente fundamentada, extensamente fundamentada, dado que a decisão com fundamentação sucinta é decisão motivada (RTJ 73/200)" (AGRAG n. 177.283, rel. Min. Carlos Velloso). Nestes termos, é fácil perceber a inexistência do aventado *error in procedendo*. A decisão, em negando os pedidos liminares, fê-lo com base a) na retirada do ar das informações pejorativas relacionadas à agravante, b) no veto do ordenamento jurídico a que novas divulgações se levem a efeito e c) na natureza dos *sites* de busca da *internet*. Há fundamentação escorada em fatores de ordem trígona, denegando os pedidos um a um e explicitando o porquê de tais negativas, ausente nulidade.

À guisa de ilustração:

"A fundamentação sucinta não corresponde, para os fins jurídicos, à ausência de fundamentação. Assim, ainda que sucinta a fundamentação de determinado provimento jurisdicional, não é ele gravado de nulidade por descumprimento das imposições do art. 93, IX, da Magna Carta, se dela entrevêem-se com clareza as razões geradoras da decisão impugnada" (AI n. 1998.005327-7, rel. Des. Trindade dos Santos, DJ 9-4-99).

"Válida é a sentença que, embora de forma concisa, expõe com clareza as circunstâncias fáticas relevantes do caso concreto e os motivos que levaram à formação do convencimento do julgador" (Ap. Cív. n. 2001.014516-2, de Blumenau, Rela. Juíza Sônia Maria Schmitz).

2. No mérito, a tônica do recurso reside em averiguar se, em face das peculiaridades da lide, afigura-se viável ou não exarar tutela inibitória, impedindo à agravada/ré que propale na *internet*, em *e-mails* endereçados a grupos de conversações, em notas constantes

dos *sites* de poesia virtual, ou em qualquer outro meio eletrônico de comunicação, acusações dirigidas à agravante assacando-lhe a autoria de atos de invasão e de inutilização de páginas eletrônicas. A dissensão, em última análise, remonta à busca por espaço entre duas concorrentes no mercado eletrônico das poesias virtuais, já projetada em ações civis (reparação de danos) e penais (crimes de calúnia e, por outro lado, de dano e injúria) propostas por ambas as partes em face uma da outra.

É bem de ver que o plexo probatório é composto, de um lado, por diversos *e-mails* particulares trocados entre as partes, hostilizando-se mutuamente (fls. 207 a 209). E de outro, no que melhor interessa à hipótese, é constituído por variadas notas veiculadas pela agravada Maria Tereza Albani em páginas acessíveis ao público em geral (fls. 45 a 47), com títulos enérgicos como "Crime na Internet", todas imputando à agravada Maria Inês Simões, com veemência e até com um certo desequilíbrio, a autoria dos atos de invasão e danificação das páginas virtuais. De par com essas notas, os autos exprimem *e-mails* coletivos, enviados pela agravada, contando com informações de que a agravante "era detentora do IP que invadiu nossos *sites*". Há prova do alegado.

Nota-se que tais constatações, bem analisadas, denotam a imputação à agravante de fato capitulado, dentre outros vislumbráveis, como crime de dano (art. 163 do CP), consubstanciado na inutilização de página eletrônica alheia (sobre o conceito do crime, o bem jurídico tutelado e o tipo objetivo, cf. Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal*, vol. 2, 19. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 269 a 271). Divulgando-as em alto e bom som e, com isso, assacando conduta criminosa a outrem, a agravada empreende atitude, em princípio, incursa no fato típico relacionado ao crime de calúnia (art. 138 do CP).

Em face do ordenamento brasileiro, a tutela ao bem jurídico representado pela integridade moral, em que sobrelevam as honras objetiva e a subjetiva, é suscetível de projeção nas esferas penal e civil. No primeiro desses planos, a legislação especifica exaustivamente quais atitudes podem ser tidas como ofensivas à honra. Por outro lado, não tendo o Código, "No plano da responsabilidade civil, [...] enunciado os elementos da infração que causa o dever de indenizar, [...] aproveita-se, em linha de princípio, o exame dos requisitos dos crimes contra a honra feito pela doutrina e jurisprudência penal; com a ressalva de um maior rigor na perquirição de seus elementos constitutivos na esfera penal, eis que ali está em jogo a liberdade pessoal do ofensor, enquanto na reparação civil a ameaça dirige-se contra seu patrimônio" (Yussef Said Cahali. *Dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 288). Em se tratando, assim, de ofensa civil à honra relacionada a um suposto crime de calúnia, importa, nestes termos, encarar as peculiaridades da espécie, usando-se subsidiariamente dos elementos que o ordenamento fornece em relação a essa modalidade de crime contra a honra.

Com relação ao crime de calúnia, na lição de Julio Fabbrini Mirabete, resta caracterizado quando – dentre outras hipóteses e afora as exigências de dolo específico, não transponíveis para o direito civil – a autoria imputada não guardar correspondência à realidade. Note-se que essa falsidade da imputação é presumida, admitindo-se, não obstante, prova da exceção de verdade:

"A conduta típica é imputar, ou seja, atribuir a alguém a prática do ilícito. É afirmar falsamente que o sujeito passivo praticou determinado delito.

"O tipo é composto por três elementos: a imputação da prática de determinado fato; a característica de ser esse fato um crime (fato típico); e a falsidade da imputação. Assim, há calúnia tanto quando o fato não ocorreu como quando ele existiu, mas a vítima não é seu autor. A falsidade da imputação é presumida, mas se admite que o agente prove a veracidade de sua afirmação por meio da exceção da verdade" (*Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2003, vol. 2, p. 155 e 156).

Em igual sentido, a falsidade da imputação já foi presumida por esta Corte de Justiça em caso análogo envolvendo responsabilidade civil por ato supostamente calunioso (Ap. Cív. n. 1998.004033-7, de São Bento do Sul, rel. Des. Jorge Schaefer Martins). É certo que a exceção de verdade, em comprovando a exatidão da imputação, pode retirar a ilicitude do ato, e que essa ilicitude é pressuposto tanto para a inibição da conduta quanto para o surgimento do dever de indenizar. No caso, porém, não há notícias sobre eventual reconhecimento da autoria em sede criminal (quer com condenação referente ao crime de dano, quer em incidente no crime de calúnia) e, nos presentes autos, a agravada não logra informar, com maior precisão, de que forma obteve com o provedor, em contatos extrajudiciais com um funcionário, o número do IP posteriormente apurado como sendo da agravante. O fato é que, enquanto não atestada suficientemente a veracidade do assaque, não é sensato que a agravada remanesça atribuindo à autora, aos olhos e ouvidos de todos, um ato tido como criminoso, principalmente em se considerando que, mesmo verídica a imputação, a divulgação da circunstância é de ser comedida, não podendo servir como instrumento de vingança para macular aquilo que restar da honra alheia.

Em tal conjuntura, havendo provas das imputações e não derruída, inequivocamente, a presunção da respectiva falsidade, procede o pedido de tutela inibitória, coibindo novas divulgações e excluindo as acaso existentes. É evidente, ao revés do consignado à fl. 308, que o só fato de o ordenamento jurídico proibir similares condutas não implica a inocuidade do veto judicial. Não é preciso esperar a violação à norma para posterior restauração da ordem jurídica, mormente quando a reparação pecuniária relacionada aos danos morais serve apenas como lenitivo, não restabelecendo a honra em si mesma.

Sem prejuízo dessas considerações, impõem-se, porém, algumas restrições ao acolhimento do pedido. Se-

ria perfeitamente possível, e mesmo aconselhável, acaso ainda houvesse necessidade (fl. 14, TJSC), instar a agravada a que retirasse do ar as informações que imputam à agravante a autoria das invasões e danificações. Possível, outrossim, é a emissão de ordem impondo a ela que se abstenha de publicar novas notas eletrônicas nesse sentido, e de enviar novos *e-mails* coletivos que versem sobre o assunto. Não se desvela, contudo, razoável, e nem guarda correlação com o pedido principal, qualquer providência no sentido de retirar do ar as páginas eletrônicas por ela titularizadas e controladas. Nem merece acolhida, também e alfim de tudo, o pedido mandamental direcionado aos inúmeros *sites* de busca, não individualizados e que não integram a relação processual, no sentido de que excluam de suas bases de pesquisa as informações relacionadas às imputações pretéritas retiradas do ar pela agravada. No particular, a rejeição à medida foi bem fundamentada pelo Magistrado *a quo*, para quem "os *sites* de busca, também chamados de portais, apenas têm a função de coletar informações despejadas na rede mundial de computadores, sem qualquer ferramenta de seleção, não possuindo quaisquer vínculos com o conteúdo apresentado por outros *sites*. Trata-se de uma pura ferramenta de pesquisa e varredura de informações na *Internet*, que apenas tenta demonstrar, na medida do possível, a integralidade do conteúdo da rede". Tais fundamentos não ficaram abalados com o recurso.

Em igual sentido, *mutatis mutandis*, o colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já decidiu:

"Apelação – Responsabilidade civil – Dano à imagem – Inocorrência – A divulgação da imagem da Autora na *Internet* foi realizada por terceiro que não integrou a relação processual. Além deste fato, a divulgação de sua imagem não causou prejuízo – Recurso não provido" (Ap. Cív. n. 2004.001.34841, rel. Des. José de Samuel Marques).

Isso posto, e sem, por óbvio, que a providência implique qualquer prejulgamento sobre a existência ou não do dever de indenizar em decorrência das divulgações, o voto é pelo provimento parcial do recurso para os fins, tão apenas, de a) inibir a agravada a que veicule em suas páginas eletrônicas novas notas imputando à agravante a invasão e a danificação dos *sites*, b) instá-la a que se abstenha de enviar *e-mails* coletivos versando sobre similares imputações e c) fixar multa diária, para o caso de descumprimento, em R$ 500,00 (quinhentos reais). Em termos práticos, tal providência previne projeções negativas por vir e reduz significativamente, se é que não neutraliza, o universo de pessoas com acesso às imputações supostamente caluniosas.

III – Decisão

Ante o exposto, à unanimidade, a Câmara dá provimento parcial ao recurso para o fim de a) inibir a agravada a que veicule em suas páginas eletrô-

nicas novas notas imputando à agravante a invasão e a danificação dos *sites* que titulariza, b) instá-la a que se abstenha de enviar *e-mails* coletivos, endereçados a grupos de discussão, versando sobre similar imputação, e c) fixar a *astreinte* diária, para o caso de descumprimento, em R$ 500,00 (quinhentos reais).

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 9 de agosto de 2005.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Relatora.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.033942-2, DA CAPITAL

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Agravo de instrumento. Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. Obrigação de fazer. Inteligência do art. 461, §§ 3º e 4º, do CPC. Direito de personalidade. Desvinculação do nome relativamente a artigo virtual com projeções pejorativas. Incidência dos arts. 12 e 17 do Código Civil de 2002. Recurso improvido.

A liberdade de manifestação do pensamento e de expressão da atividade científica (art. 5º, IV e IX, da CF), forma de tutela a direitos constitucionais de primeira geração, não se afigura absoluta e encontra contenções, dentre outros, nos direitos à honra e à dignidade da pessoa humana (arts. 5º, V, e 220, § 1º, da CF) e nos demais direitos de personalidade, dentre os quais o nome (art. 16, CC/02), insuscetível de emprego em publicações e representações que o exponham ao desprezo do público em geral (art. 17, CC/02). Sob essa perspectiva, o direito de manifestar-se, externando livremente o pensamento, afigura-se condicionado à observância de outros direitos coexistentes, tais quais a honra, o nome e a dignidade alheios, que se lhe podem, assim, superpor. Nessa conjuntura é que "o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda que não haja intenção difamatória" (art. 17, CC/02), sendo possível, em caso contrário, "exigir que cesse a

ameaça, ou lesão, a direito de personalidade [...]" (art. 12, CC/02). Transparecendo nos autos, em juízo sumário, que o nome do autor foi empregado em crônica virtual com projeções pejorativas no meio médico (probabilidade no direito), ressai o acerto da decisão que, forte no art. 461, §§ 3º e 4º, do CPC, determina-lhe in limine *a exclusão do corpo do texto, pena de multa, contendo a perpetuação no tempo da lesão ao direito de personalidade (perigo da demora).*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2004.033942-2, da comarca da Capital (6ª Vara Cível), em que é agravante Paulo César Trevisol Bittencourt, sendo agravado Ylmar Corrêa Neto:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

I – Relatório

Tratam os autos, em resumo, de agravo de instrumento interposto por Paulo César Trevisol Bittencourt contra a decisão do Dr. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da comarca da Capital que, em "ação condenatória c/c cumprimento de obrigação de fazer com requerimento de antecipação parcial dos efeitos da tutela" proposta por Ylmar Corrêa Neto, instou o agravante a que, em 48 horas, fizesse retirar do ar o excerto de publicação constante de *site* eletrônico, com expressões teoricamente contumeliosas, que mencionava o nome do autor, fixando *astreinte* diária em R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Em razões recursais, empreende o agravante retrospecção do contexto fático em que redigido o artigo. Historia que, inicialmente, publicou no periódico Arquivos Catarinenses de Medicina, da Associação Catarinense de Medicina, um trabalho científico intitulado "Aspectos clínicos de demência e suas principais etiologias em nossa sociedade". No aludido artigo, de par com considerações de ordem técnica, denunciava, sob um prisma da ciência da medicina, a "situação calamitosa em que viviam pacientes internados em um hospital psiquiátrico da Grande Florianópolis". Consternados, contudo, com o teor do artigo, o autor e outro médico mobilizaram-se no sentido de publicar, em edições seguintes, notas de desagravo, tachando de inverídicos e chulos os apontamentos científicos levados a efeito pelo agravante. Tal fato o estimulou a deflagrar ação de indenização por danos morais, em trâmite na 6ª Vara Cível da comarca da Capital. Noticia, ainda, que, após discussões internas no Conselho Regional de Medicina – CRM/SC, restou absolvido das imputações realizadas pelo autor, o que o impeliu a publicar uma "crônica" em torno da dissensão. A propósito dela, dentre outras constatações, enfatizou que o

autor, Dr. Ylmar Corrêa, "*paranoicamente vestiu a carapuça*" quanto às denúncias do primeiro artigo, tomando a "atitude bestial" de publicar um desagravo, em ato "*provinciano*", no afã de alcançar seu "objetivo torpe". Com base, contudo, nessas novas declarações, o autor ingressou com a presente ação condenatória, visando ao ressarcimento de danos morais e, antecipadamente, à retirada do ar da aludida crônica, o que foi deferido. Justifica, porém, o pequeno excesso das palavras no clima tenso que se instaurou entre as partes no séqüito do julgamento perante o CRM/SC. Ponderando que o texto não excede a garantia constitucional de livre manifestação do pensamento, insatisfeitos os requisitos para a concessão da tutela antecipada, requereu o provimento do recurso.

Apresentada a contraminuta, vieram os autos conclusos.

II – Voto

A liberdade de manifestação do pensamento e de expressão da atividade científica (art. 5º, IV e IX, da CF), forma de tutela a direitos constitucionais de primeira geração, não se afigura absoluta e encontra contenções, dentre outros, nos direitos à honra e à dignidade da pessoa humana (arts. 5º, V, e 220, § 1º, da CF) e nos demais direitos de personalidade, dentre os quais o nome (art. 16, CC/02), insuscetível de emprego em publicações e representações que o exponham ao desprezo do público em geral (art. 17, CC/02). Sob essa perspectiva, o direito de manifestar-se, externando livremente o pensamento, afigura-se condicionado à observância de outros direitos coexistentes, tais quais a honra, o nome e a dignidade alheios, que se lhe podem, assim, superpor.

No caso, mesmo sem imiscuir-se antecipadamente na questão em torno da existência ou não do dever de indenizar, é fácil perceber que o nome do autor se achava divulgado, sem autorização, em publicação virtual que o decrescia perante o público. Afinal, o agravante fez publicar uma crônica, aludindo ao prenome, sobrenome e agnome do autor, na qual o estimava uma "figura inominável" "histericamente transtornada", que "paranoicamente vestiu a carapuça" quanto às denúncias científicas de impropriedade no exercício da medicina em hospital local de psiquiatria. Ainda no artigo, registrou-se a existência de "insultos provincianos" por parte do autor, na "bestial atitude" e com o "objetivo torpe" de, "em conluio patológico com seus semelhantes", realizar o "energúmeno trabalho de fiscal da moral e dos bons costumes". É natural que tais expressões, perscrutadas isoladamente ou em contexto, franqueiem o direito de exigir a cessação imediata da lesão ao direito de personalidade (art. 12, CC/02). A ninguém apeteceria, em ensaio público, ver-se similarmente adjetivado. Ocorre que "o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda que não haja intenção difamatória" (art. 17, CC/02), sendo possível, em caso contrário, "exi-

gir que cesse a ameaça, ou lesão, a direito de personalidade [...]" (art. 12, CC/02).

Foi o que determinou, com acerto, o Magistrado a *quo*. Note-se que os demais argumentos do recurso, em análise individualizada, não derruem a retidão da conclusão. A tutela antecipatória consiste em técnica de restrição no nível cognitivo sob uma perspectiva vertical, permitindo ao juiz que, em presentes cumulativamente, num juízo sumário/não-exauriente, perigo da demora (perpetuação à lesão ao direito de personalidade) e probabilidade no direito (expressões que denigrem a honra alheia), antecipe os efeitos ou parte dos efeitos práticos do pronunciamento jurisdicional. Implica, por sua própria essência, um pronunciamento precário, suscetível de revogação, sobre aquilo que os autos exprimem num primeiro momento, não procedendo a alegação de que houve prejulgamento. Por outro lado, é evidente que uma eventual absolvição no processo administrativo instaurado perante o Conselho Regional de Medicina – CRM/SC não é estorvo a que o prejudicado socorra-se no Poder Judiciário, mormente em decorrência de atos supostamente lesivos levados a efeito posteriormente a tal julgamento. E a ação a ser proposta pelo lesado pode sê-lo a qualquer tempo, enquanto não precluso o direito de ação, desinteressando se somente a aforou em decorrência de ação prévia proposta pela parte adversa. Por fim, é curial que o "clima de tensão" decorrente dos eventos antecedentes não legitima o ato de expor o nome alheio em público de forma pejorativa. Nada existe, assim, que autorize remanesça o nome do autor vinculado à crônica.

Convém notar, não fora isso, que a decisão objurgada, embora pudesse, conforme o caso, fazê-lo, contendo excessos, não impede a livre manifestação do pensamento por parte do agravante. Não implica censura. Apenas lhe circunscreve a manifestação à esfera de licitude, determinando a exclusão, relativamente à publicação, de referências textuais ao nome do autor. De modo que ao agravante remanesce possível expor seus dissabores em termos genéricos, ou aludindo ao nome de quem expressamente o permita.

É bem de ver que esta Corte de Justiça, perquirindo hipótese análoga, à luz do art. 461 e §§ do CPC, assim se manifestou:

"Antecipação de tutela específica – Obrigação de fazer e de não-fazer – 'Grupo de discussão' ('fórum') em *site* de associação contendo textos anônimos de cunho ofensivo à honra de pessoas – Decisão que determina sua desativação – Aplicação de pena pecuniária em caso de descumprimento – CPC, art. 461, § 4º – Requisitos para concessão da medida presentes.

"1. Demonstradas a verossimilhança das alegações – prova da manutenção, por associação de classe, de página na internet com conteúdo lesivo à moral de pessoas determinadas – e o justificado receio de ineficácia do provimento final – consistente na perpetuação do agente denegridor da moral e na propagação de seu teor até a prolação da sentença –, ao juiz é lícito con-

ceder antecipação de tutela específica com o objetivo de cessar a divulgação do material ofensivo e de colher elementos a fim de identificar os seus autores.

"2. Ao conceder a antecipação da tutela específica, compete ao juiz cominar pena pecuniária para a hipótese de descumprimento da medida (CPC, art. 461, § 4º)" (Agravo de Instrumento n. 2002.014628-0, da Capital, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato).

Comentando o aludido dispositivo, Teori Albino Zavascki anota:

"Trata o § 3º do art. 461 do Código de Processo Civil da concessão da tutela por liminar ou mediante justificação prévia, citado o réu. Para que tal ocorra, supõe a lei dois requisitos: (a) relevância dos fundamentos e (b) risco de ineficácia do provimento final. São os mesmos previstos no art. 7º, II, da Lei n. 1.533, de 1951, que dão ensejo à concessão de medida liminar em mandado de segurança. [...] Com efeito, 'fundamento relevante' é enunciado de conteúdo equivalente a 'verossimilhança da alegação', e 'justificado receio de ineficácia do provimento final' é expressão que traduz fenômeno semelhante a 'fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação'" (*Antecipação de tutela*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 152).

Presentes os pressupostos para a adoção das providências insertas no art. 461, §§ 3º e 4º, do CPC, o voto é pelo improvimento do recurso.

III – Decisão

Ante o exposto, por votação unânime, a Câmara nega provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 23 de agosto de 2005.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.008590-0, DE PAPANDUVA

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Apelação cível – Medida cautelar de seqüestro cumulada com arrolamento de árvores de pínus e outros – Pleito julgado extinto com julgamento do mérito em face da preliminar de prescrição acolhida pelo Magistrado a quo *– Invocada nu-*

lidade de ato judicial – Alegação de que os fundamentos para deferimento do suprimento judicial de autorização para a venda do imóvel era forjado – Marido que pretende provar na ação principal que não estava em local incerto e não sabido – Ausência de consentimento, o que leva à nulidade do negócio jurídico por ausência de requisito de existência do ato – Querella nullitatis – *Imprescritibilidade – Sentença cassada – Recurso provido.*

A ação em que discutida a nulidade de ato judicial, como o é o processo de suprimento judicial de autorização para venda de imóvel, prescinde de prazo prescricional, isto porque o ato nulo não convalesce com o decurso do tempo, nem reconvalida o que nasceu inválido, sendo imprescritível, então, o ato assim produzido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.008590-0, da comarca de Papanduva (Vara Única), em que é apelante Herculano de Barros, sendo apelada Klabin S.A.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Trata-se de apelação cível interposta por Herculano de Barros, em virtude de decisão que, nos autos da ação cautelar de seqüestro cumulada com arrolamento de árvores de pínus e outros movida contra Klabin S.A., perfilhou o advento da prescrição e, em conseqüência, julgou extinta, com apreciação do mérito, a medida cautelar, condenando o ora apelante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios ao procurador do requerido.

Irresignado, o requerente interpôs apelação, requerendo a reforma da sentença proferida pelo MM. Juiz *a quo*, de modo que seja declarada a sua nulidade, em virtude da suposta imprescritibilidade da ação e da assertiva de que os atos jurídicos praticados pela sua finada esposa são nulos de pleno direito, pois o apelante aduz que jamais esteve ausente e que o procedimento de autorização judicial restou forjado e fora realizado por procurador empregado da empresa. Requer que, conseqüentemente, seja determinado o retorno dos autos à Vara de origem para prosseguir a demanda com a instrução processual.

Em contra-razões, a apelada pugna pela manutenção do *decisum*.

Preparados e processados, ascenderam os autos a esta superior instância.

É o relatório.

II –Voto

Trata-se de apelação cível decorrente da irresignação do ora apelante quanto à sentença proferida nos autos da ação cautelar de seqüestro cumulada com arrolamento de árvores de pínus e outros que julgou extinta a medida cautelar, perfilhando o advento da prescrição.

Ab initio cabe deslindar a questão no que tange ao tipo de ato a ser rechaçado, se nulo ou anulável. Somente a partir dessa constatação é que se poderá verificar se houve ou não a incidência de prescrição, justamente porque quando nulo imprescritível e quando anulável suscetível de prescrição.

Maria Helena Diniz, a esse respeito, ensina:

"*A nulidade, em regra, não prescreve* (RT 505:66); as exceções se dão quando expressamente estabelecido pela lei (CC, art. 208) ou quando o negócio jurídico for de fundo patrimonial (RT 459:196; 429:96; 417:161 e 433:93), caso em que o prazo prescritivo será de 20 anos, se a lei não estipular prazo especial, por força do art. 179 do Código Civil (RT 432:81; 433:93), sendo a anulabilidade prescritível em prazos mais ou menos exíguos" (Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2000, vol. 1, p. 350) (grifou-se).

Cuidou o legislador de apontar no art. 166 do Código Civil as hipóteses em que o ato será considerado nulo:

"I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção".

Conforme narra o apelante, este foi casado em regime de comunhão universal de bens com Pureza Alvez, a qual, antes do casamento, havia adquirido em seu nome e de seus três filhos menores uma área de terras com 4.220.000,00m^2. Explicou que, em decorrência do falecimento de dois de seus filhos, recebeu por meio de formais de partilha a quota ideal destes, perfazendo uma área total de 3.165,00m^2. Acrescentou que, posteriormente, sua esposa ingressou em Juízo com uma medida de suprimento judicial, pedindo autorização para a venda do imóvel, alegando que estava sem condições econômicas e que seu marido estaria ausente há mais de 30 anos por abandono do lar, tendo-a deixado, juntamente com os enteados, sem a mínima assistência. Tal medida foi deferida, autorizando o Togado a venda do imóvel à empresa ora apelada.

O apelante afirmou que jamais esteve ausente e, mesmo que estivesse, teria de ser declarado como tal. Ar-

gumentou que o procedimento de autorização judicial da venda restou forjado e fora realizado por procurador empregado da empresa que adquiriu o imóvel.

Ao arrazoar o recurso, o apelante alegou que os atos jurídicos praticados por sua finada esposa são nulos de pleno direito, não produzindo efeito jurídico, e que tampouco são albergados pela prescrição, uma vez que não se trataria de simples anulação de ato jurídico e sim sua nulidade absoluta.

Com efeito, na verdade o que se busca é a declaração de nulidade da autorização judicial que possibilitou a alienação do imóvel independente da assinatura do autor, porquanto não se alega vício do consentimento, mas sim a ausência de um dos requisitos legais para o acatamento do processo de suprimento judicial de autorização para venda do imóvel, qual seja, de que não se ausentou do lar conjugal, requisito este de existência do negócio jurídico, e que, caso ausente, acarretará a declaração de nulidade do ato judicial.

Por isso, razão socorre ao apelante quando pretende a reforma da sentença ao argumento de que o negócio, por ter-se realizado mediante o suprimento de autorização judicial plenamente nulo, é insuscetível de convalidação com o decurso do tempo, e, enfim, imprescritível.

Não obstante o Código Civil de 1916 (diploma que deve disciplinar a hipótese), assim como o de 2002, não se tenha referido ao plano de existência do negócio jurídico, a doutrina se encarregou de dar seus requisitos. Assim, para que o negócio jurídico exista, deve haver, antes de tudo, manifestação de vontade e objeto. Somente a partir daí é que se pode falar em requisitos de validade, que seriam, na concepção do art. 82 do CC/16, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

E, no caso em análise, o ora apelante alegou que o procedimento de autorização judicial da venda restou forjado (não se ausentou do lar conjugal), o que leva, inevitavelmente, e se comprovada a alegação nas vias ordinárias cabíveis, à ausência de consentimento do marido na realização do negócio, já que a sentença supriu seu consentimento, e, conseqüentemente, poderá ser declarada a invalidade do ato de venda do imóvel.

Acerca da questão, Silvio Rodrigues ensina:

"Enquanto ato nulo é imprescritível, a ação anulatória está sujeita à prescrição.

"Esta matéria é controvertida, havendo muitos escritores a sustentar que a ação de nulidade absoluta prescreve no prazo determinado pelo art. 177 do Código Civil. Os irmãos Mazeaud, escrevendo sobre a matéria na França, apontam a orientação da jurisprudência no sentido de admitir a prescritibilidade, em trinta anos, das ações de nulidade absoluta, a fim de incitar as pessoas que têm direitos a fazê-los valer num prazo definido.

"Tal idéia talvez seja verdadeira no sistema francês, onde o art. 2.262

do Código Napoleônico preceitua que 'todas as ações prescrevem em 30 anos', mas não entre nós, onde tal regra inexiste. *A prescrição dos atos anuláveis equivale a uma ratificação presumida. Ora, os atos nulos são irratificáveis, portanto, a meu ver, imprescritíveis*" (Direito Civil – Parte Geral, vol. 1, 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 289 e 290).

Sobre o assunto, Arnaldo Rizzardo também leciona:

"Não se confirma o negócio nulo, e *nem é prescritível a nulidade,* sempre sendo possível a sua alegação, independentemente do passar do tempo. Nada o pode ratificar. Uma compra e venda feita por documento particular, ou não obedecendo a forma prescrita, não adquire a validade plena com o decurso dos anos" (Parte Geral do Código Civil, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 539).

Ademais, é de observarmos que o STJ reiteradamente, em situações análogas às aqui tratadas, tem apontado que a ação que busca declarar a nulidade de um ato é imprescritível, senão vejamos:

"Civil – Compra e venda de imóvel – Nulidade da escritura – Prescrição – Matéria de fato.

"I – Resultando provado que a escritura de compra e venda foi forjada, *o ato é tido como nulo e não convalesce pela prescrição. A nulidade é perpétua, no sentido de que, em princípio, não se extingue por efeito da prescrição, eis que o decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido*.

"II – Matéria de prova em que se forrou a causa, não se a examina no especial.

"III – Recurso não conhecido" (REsp n. 12511/SP; Recurso Especial n. 1991/0014037-6, rel. Min. Waldemar Zveiter) (grifou-se).

"Processual civil. Ação de anulação de declaração de compra e venda de imóvel. Prescrição. Ato nulo. Ausência. Outorga uxória.

"I – *A ausência de consentimento ou outorga uxória em declaração de transferência de imóvel pertencente ao patrimônio do casal é ato jurídico absolutamente nulo e, por isso, imprescritível, podendo sua nulidade ser declarada a qualquer tempo, além de não produzir qualquer efeito jurídico*.

"II – Inaplicabilidade à espécie dos artigos 177 e 178 do Código Civil.

"III – Precedentes desta Corte.

"IV – Recurso especial não conhecido" (REsp n. 38459/SP; REsp n. 1993/0025029-9, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro) (grifou-se).

"Agravo regimental. Ações de usucapião e reivindicatória. Títulos nulos. Imprescritibilidade.

"1. *Atos jurídicos nulos não prescrevem, podendo ser declarados nulos a qualquer tempo*, não violando lei federal o acórdão que, acolhendo esse entendimento, julga procedente ação de usucapião e improcedente ação reivindicatória.

"2. Agravo regimental improvido" (AgRg no AG n. 84867/PR; Agravo Re-

gimental no Agravo de Instrumento n. 1995/0047102-7, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito) (grifou-se).

E, deste Sodalício:

"Apelação cível – Ação de anulação de ato jurídico – Cessão de direitos hereditários – Alegada falsificação de assinaturas – Prova pericial unilateral – Propositura da *actio* após 26 (vinte e seis) anos da perfectibilização do ato – Preliminar de prescrição acolhida pelo magistrado *a quo* – Extinção do processo com julgamento do mérito, *ex vi* art. 269, IV, do CPC – Ausência, no entanto, de consentimento, o que leva à nulidade do negócio jurídico por ausência de requisito de existência do ato – Imprescritibilidade – Recurso provido.

'Resultando provado que a escritura de compra e venda foi forjada, o ato é tido como nulo e não convalesce pela prescrição. *A nulidade é perpétua, no sentido de que, em princípio, não se extingue por efeito da prescrição, eis que o decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido' (STJ)*" (Ap. Cív. n. 2004.030628-9, da Capital, rel. Juiz Sérgio Izidoro Heil) (grifou-se).

Por fim, observa-se que inadmissível o ingresso na análise dos pedidos realizados em primeiro grau, termos do artigo 515, § 3º, do CPC, pois ali previsto que o tribunal apenas poderá julgar desde logo a lide se houver a extinção do processo sem julgamento do mérito e, como *in casu* reconhecida a prescrição, há julgamento com análise meritória (art. 269, IV, do CPC).

Destarte, pelas razões declinadas, o recurso merece ser provido, afastando-se a tese prescricional adotada pelo douto Togado, isto porque, repita-se, a ação que busca declarar a nulidade de um ato é imprescritível.

III – Decisão

Ante o exposto, por votação unânime, dá-se provimento ao recurso para cassar a sentença que reconheceu o advento da prescrição, retornando o feito ao Togado *a quo,* pois não preenchidos os requisitos do 515, § 3º, do CPC.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 23 de agosto de 2005.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.005426-6, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Trindade dos Santos

Cartão de crédito. Revisão contratual. Acolhimento. Reclamo recursal. Guia de recolhimento. Rasuras constatadas. Preparo anterior à própria sentença atacada. Deserção integrada. Não conhecimento. Prática delitiva. Remessa de peças à Corregedoria-Geral da Justiça e ao Ministério Público. Determinação.

I – Opera-se a deserção recursal, autorizando o não-conhecimento do apelo, quando a guia de recolhimento do correspondente preparo contém rasuras injustificadas em dados de suma relevância, como o número do processo e a identificação do recorrido. Ainda mais quando a parte insurgente antecipa, talvez com o uso de bola de cristal ou por poderes premonitórios, o teor do veredito judicial, efetuando o preparo recursal antes mesmo de proferida e publicada a sentença recorrida.

II – Estabelecidos, na guia de recolhimento de preparo recursal, indícios veementes de fraude, de mister é a remessa de cópias, para apuração dos fatos, à Corregedoria-Geral da Justiça, visando à tomada de providências da OAB e do Ministério Público.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.005426-6, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que é apelante Credicard S.A. Administradora de Cartões de Crédito, sendo apelado Valmor do Nascimento:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Custas de lei.

I – Relatório

Credicard S.A. Administradora de Cartões de Crédito ingressou com recurso de apelação, visando obter a reforma da sentença prolatada na ação de revisão de contrato de cartão de crédito c/c repetição de indébito, compensação de dívida e tutela antecipada, ajuizada por Valmor do Nascimento.

Enfatizou a não-incidência, nos ajustes bancários, das normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor, a não-aplicação do art. 192, § 3º, da CF, a inexistência da cobrança de multa em valor superior a 2%, bem como da TR e da comissão de permanência no contrato *sub judice*.

Ao apelo foi emprestada resposta.

II – Voto

Acentua-se, de início, que o recurso em foco não reúne condições de admissibilidade, por encontrar-se deserto.

Essa deserção, é de se ressaltar, vincula-se estritamente à guia de preparo recursal juntada às razões respectivas.

Embora tenha sido o recurso protocolado no prazo legal, vê-se que a Guia de Recolhimento Judicial Resumida – GRJR não se encontra preenchida de forma regular, ensejando, assim, o reconhecimento, por esta Câmara, como impertinente ao fim a que se destina: a viabilização do conhecimento do pleito irresignatório.

Constata-se, no caso, ter a parte insurgente, por seu procurador, agindo de maneira totalmente reprovável e suspeita, trazido aos autos, para a comprovação do necessário preparo, uma Guia de Recolhimento Judicial Resumida (GRJR) totalmente rasurada (fl. 305), tanto em relação ao número do processo como no referente ao nome da parte autora, sem apresentar, para tanto, nenhuma justificativa plausível.

Verifica-se de outro lado, da guia de recolhimento mencionada, ter o pagamento do respectivo preparo sido feito em 12-8-2004, quando, entretanto, a sentença hostilizada foi proferida um mês e dezenove dias após, ou seja, em 30-9-2004, com publicação apenas em 15-10-2004, o que comprova, sem dúvida alguma, que é totalmente fraudulenta a GRJR, pois incompreensível que a parte vencida efetue o recolhimento do preparo recursal quando nem mesmo o próprio julgador havia exteriorizado concretamente o seu convencimento; a não ser que tenha a apelante uma potente bola de cristal ou tenha poderes de leitura do futuro!

E não há admitir que uma instituição financeira do porte da insurgente, de renome nacional e que obtém lucros extraordinários, utilize artifícios como esses para burlar o pagamento do preparo de um recurso que propõe, preparo esse que, na época, atingia a inexpressiva cifra de R$ 130,00.

Portanto, outra solução não é indicada senão o reconhecimento, por esta Câmara, da nulidade da guia apresentada ao fim a que se destina, o que inibe o conhecimento do recurso de apelação interposto.

E é claro por demais o nosso Código de Ritos ao condicionar, em seu art. 511, o conhecimento do recurso à comprovação, no ato da interposição, do pagamento do respectivo preparo, sancionando esse não-recolhimento com a pena de deserção.

E esse pagamento dá-se no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pelas normas elaboradas pelo Conselho da Magistratura, conforme a Resolução n. 4/96-CM, que rege a forma de preenchimento da guia para a efetivação do preparo, expressando, *in verbis*:

"Art. 2º – As importâncias relativas ao preparo serão recolhidas pelo recorrente, exclusivamente, nos bancos credenciados, através da Guia de Recolhimento Judicial Resumida – GRJR.

"Parágrafo único – Na guia, além dos dados necessários à identificação do recurso, deverão ser preenchidos os seguintes códigos.

"Código Unidade – 08301-19

"Código recolhimento – 154-53

"Art. 3º – No ato da interposição do recurso, o recorrente deverá comprovar o recolhimento do respectivo preparo".

Conclui-se, da simples leitura dos artigos acima transcritos que obrigatoriamente deverão constar na referida GRJR, a fim de comprovar o efetivo pagamento do preparo do recurso, "os dados necessários à identificação do recurso" e os "códigos Código Unidade – 08301-19, Código recolhimento – 154-53".

Nessa situação, imperioso é acentuar-se que ineficaz se mostra, a título de comprovação do pagamento de preparo recursal, a juntada de GRJR totalmente rasurada, sem nenhuma justificativa.

Em tal quadro, a declaração de deserção recursal é medida que se impõe, uma vez que, para implementação do requisito legal em questão, é de se desconsiderar o preparo irregularmente efetivado!

E, como acentuam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

"O procedimento recursal exige, tanto como qualquer outro ato processual, certos gastos do Estado que devem, em princípio, ser suportados pelo interessado. Assim, a interposição de recurso exige que o interessado deposite os valores necessários à sua tramitação, aí incluída a importância destinada a promover a remessa e posterior retorno do recurso (ou mesmo dos autos) ao tribunal. Conforme estabelece o art. 511 do CPC, 'no ato de interposição do recurso, o recorrente comprova-

rá, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de retorno, sob pena de deserção'.

"Note-se que a lei exige a prova do preparo do recurso no ato de sua interposição. Vale dizer que, se não apresentada esta comprovação, o recurso não terá seguimento, ficando inviabilizado ao interessado o exercício de seu direito ao recurso. Tal é o que se chama de deserção, estabelecida como a sanção aplicada para o não-adimplemento das despesas relativas à tramitação dos recursos. Excepcionalmente, autoriza a lei ao magistrado relevar a sanção de deserção, outorgando outra oportunidade para o preparo do recurso. Tal é o que prevê o art. 519, relativamente à apelação, permitindo ao juiz relevar essa pena, desde que o apelante prove justo motivo na ausência de preparo. Nesse caso – em decisão irrecorrível, mas sujeita à reapreciação pelo tribunal, por ocasião do julgamento do recurso – fixará o magistrado novo prazo para o preparo do recurso, o qual poderá, desta forma, retomar sua regular tramitação" (*Manual do processo de conhecimento* – A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 2003, p. 544).

A respeito, igualmente, expõe Clito Fornaciari Júnior:

"O preparo consiste no pagamento das custas devidas à justiça, bem como das despesas para a remessa e retorno dos autos, visando a possibilitar o conhecimento do recurso. Deve ser comprovado esse recolhimento no ato de interposição do remédio recursal e não no seu prazo, de maneira que com a protocolização do recurso dá-se a preclusão consumativa para o preparo: não tendo sido ele demonstrado, o recurso não deverá ser remetido ao órgão *ad quem*; da mesma forma, é caso de não-admissibilidade do recurso o preparo feito a menor ou por meio de documento impróprio e que impeça a verba de chegar ao seu destino" (*A reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 93).

Ou, como tem assentado o Superior Tribunal de Justiça, em hipóteses identificadas com a destes autos:

"Agravo regimental. Processual civil. Porte de remessa e retorno recolhido em desacordo com a Lei n. 9.289/96. Pena de deserção. Súmulas 7 e 187/STJ. Desprovimento.

"I. O pagamento das custas processuais deve ser efetuado nos moldes determinados pelo art. 2º da Lei 9.289/96, *não sendo dado à parte efetuar o recolhimento sem a identificação do processo a que se refere os autos* e, em outro documento que não o Documento de Arrecadação das Receitas Federais (DARF).

"II. 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' (Súmula 7-STJ).

"III. Agravo improvido" (grifamos, AgRg no AI n. 638.450-MA, Quarta Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 5-4-2005).

"Agravo regimental. Agravo de instrumento. Prequestionamento. Por-

te de remessa e retorno recolhido em desconformidade com a Resolução n. 169 do TRF da 3ª Região. Deserção.

"1. O recolhimento do porte de remessa e retorno dos autos deve ser efetuado em conformidade com Resolução ou exigências do Tribunal *a quo*, sob pena de deserção.

"2. Agravo regimental improvido" (AgRg no AI n. 644.349-SP, Quarta Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em caso assemelhado, assim se pronunciou:

"Processo civil. Apelação. Preparo. Deserção. É de ser decretada a deserção se a apelação é interposta sem a prova do recolhimento do preparo. Hipótese em que foram juntadas aos autos guias de preparo relativas a outro processo em que não é parte o apelante.

"Recurso não conhecido" (Ap. Cív. n. 197080039, rela. Desa. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 24-6-1996).

Da mesma forma, enunciou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

"Juizado Especial Cível. Recurso. Interposição perante juízo diverso daquele no qual flui a ação. Apresentação tempestiva. Consideração. Preparo. Recolhimento destinado a processo diverso. Ineficácia. Impossibilidade de aproveitamento. Deserção caracterizada. Não conhecimento.

"1. A protocolização tempestiva do recurso junto a juízo diverso daquele perante o qual flui a ação manejada não enseja sua desconsideração e nem a afirmação da intempestividade, pois se trata de erro escusável e impassível de se sobrepor ao direito ao duplo grau de jurisdição assegurado ao recorrente por força de determinação constitucional.

"2. O preparo efetivado mediante guia destinada a juízo diverso e a processo inteiramente distinto daquele no bojo do qual fora prolatado o provimento hostilizado afigura-se ineficaz, não podendo ser aproveitado como se destinado a lastrear a apelação aviada, pois a parte, em não tendo corrigido o equívoco em que incorrera dentro do interstício que lhe era assegurado para lastrear sua irresignação, não pode ser beneficiada por sua própria desídia e nem ser reputado como legítimo um depósito endereçado a fim diverso.

"3. Em não tendo se verificado o recolhimento eficaz do preparo dentro do interregno legalmente assinalado, tanto mais porque os emolumentos restam enliçados exclusivamente ao processo ao qual foram destinados, consoante individualizado na guia através da qual foram depositados, o apelo veiculado não pode ser conhecido por não suplantar o pressuposto objetivo de admissibilidade pertinente ao seu regular preparo.

"4. Recurso não conhecido. Unânime" (1ª Turma dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do TJDF e Territórios, Ap Cív. n. 20040110131672, rel. Juiz Teofilo Rodrigues Caetano Neto, j. em 21-9-2004).

Desta Corte, anote-se o seguinte precedente:

"Agravo de instrumento. Guia de Recolhimento Judicial Resumida (GRJR) sem dados necessários à identificação do recurso. Deserção. Seguimento negado. Agravo (art. 557, § 1º, do CPC). Ausência de esclarecimentos e provas para afastar a dúvida acerca da validade do preparo. Decisão mantida.

"Se a Guia de Recolhimento Judicial Resumida (GRJR) juntada nos autos não contém, apesar do previsto na Resolução do Conselho da Magistratura (4/96 – art. 2º, parágrafo único), qualquer informação sobre o processo a que se destina, compete ao agravante, diante da possibilidade, em tese, da utilização desse documento em outro recurso, prestar todos os esclarecimentos necessários e fazer a respectiva prova, a fim de afastar incertezas acerca da validade do preparo" (Ag.(art. 557, § 1º, CPC) em AI n. 2004.035965.-1/0001.00, de São José, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva).

Em outras hipóteses relativas ao tema, enfatizou este Pretório:

"Processual civil. Apelação. Guias de recolhimento de preparo rasuradas. Alegação de aproveitamento de guias pagas e inutilizadas devido à desnecessidade de preparo de um outro recurso. Não comprovação das alegações. Preparo imprestável. Deserção reconhecida. Apelo não conhecido.

"I – Os atos procedimentais afetos à admissibilidade do recurso – entre eles o preparo – não podem ensejar dúvida ao julgador.

"II – Sendo assim, se as guias de recolhimento do preparo vêm aos autos rasuradas, sem uma justificativa plausível, não se há de tê-lo por adequado, ensejando, pois, em face da deserção, o não-conhecimento do recurso" (Ap. Cív. n. 2002.017506-0, da Capital, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

"Recurso cível – Agravo de instrumento – Preparo rasurado – Deserção – Negativa de seguimento e aplicação de multa com base no art. 18, *caput*, do CPC – Agravo inominado – Decisão mantida – Recurso não provido.

"Não pode ser aceita Guia de Recolhimento Judicial Resumida – GRJR gritantemente rasurada, a qual faz transparecer ter sido utilizada em outro recurso, *in casu*, apelação cível. É que tanto o Código de Processo Civil (art. 511) quanto a Resolução do Conselho da Magistratura (4/96 – art. 2º, parágrafo único) exigem que o 'respectivo preparo' traga a legível identificação do recurso para o qual se destina" (Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) no AI n. 2003.025230-4/0001.00, da Capital – Fórum Distrital do Estreito, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil).

Em recente decisão tomada por este órgão julgador, temos:

"Ação de busca e apreensão. Bem alienado fiduciariamente. Mora dada como não caracterizada. Extinção. Recurso de apelação. Preparo. Guia de recolhimento. Não identificação do processo alvo da insurgência. Hipótese de deserção. Não conhecimento.

"Ausentando-se da Guia de Recolhimento Judicial Resumida, em flagrante ofensa ao disposto no art. 2º, parágrafo único, da Resolução n. 4-96,

do Conselho da Magistratura, qualquer identificação acerca do processo alvo da insurgência recursal deflagrada, frontalmente irregular se faz o preparo trazido aos autos. É que, à falta desses informes, há a possibilidade, pelo menos no plano abstrato, da utilização da mesma guia em mais de um recurso, o que torna incerta a validade do preparo assim deficientemente realizado. E, nesse contexto, instala-se a deserção recursal, impeditiva do conhecimento da irresignação deduzida pela parte vencida" (Ap. Cív. n. 2005.014040-2, de Palhoça).

Em conclusão, pois: é de se reconhecer, ante a imprestabilidade da GRJR comprobatória do preparo recursal efetivado, a deserção deste reclamo.

E os fatos aqui constatados, reveladores de bastante gravidade, por configurarem evasão de receita do Judiciário e do próprio Estado, estão a exigir providências drásticas, com a finalidade de reprimir a atitude desleal e delinqüencial entrevista.

Por isso, determina a Câmara a remessa, à colenda Corregedoria-Geral da Justiça, de cópia deste processo para que sejam tomadas as providências cabíveis no Conselho de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, a fim de evitar a reiteração de atos ilegais como o aqui vislumbrado, remetendo-se, também, cópias ao Ministério Público para as providências necessárias no âmbito criminal.

III – Decisão

Não se conhece, pois, deste recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Edson Ubaldo.

Florianópolis, 8 de setembro de 2005.

Trindade dos Santos,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.026145-2, DE NAVEGANTES

Relator: Des. Monteiro Rocha

Direito civil – Negatória de paternidade – Procedência de ação anterior – Coisa julgada – Extinção do feito – Irresignação – Filiação reconhecida sem exame DNA – Impossibilidade – Princípio da dignidade humana – Coisa julgada – Caráter absoluto – Inexistência – Negatória de paternidade renovada – Sentença anulada – Recurso provido.

Inexistindo coisa julgada absoluta em ações que versam sobre negatória de paternidade e investigação de paternida-

de, possível é a realização de exame DNA, mormente quando os estados de filiação e de paternidade decorrem do princípio da dignidade humana.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.026145-2, da comarca de Navegantes, em que é apelante J. P., sendo apelada E. S. P., representada por sua mãe M. S. de O.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, à unânimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para anular a sentença, com a produção de todas as provas requeridas, inclusive o exame DNA, alegações finais e sentença.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

J. P. ajuizou ação negatória de paternidade contra E. S. P., alegando que teve relacionamento sexual esporádico com a genitora desta, que era casada e mantinha relação sexual com outros parceiros.

Argumenta que anteriormente foi ajuizada contra si investigação de paternidade formulada pela menor E. S. P., que reconheceu sua paternidade sobre a menor requerida, embora sem o exame DNA.

Por ocasião da negatória de paternidade, o autor J. P. postula a relização do exame DNA, excluindo-se sua paternidade, com o julgamento procedente do pleito exordial.

Julgando de plano a negatória de paternidade, a Magistrada *a quo*, após ter observado a existência de idêntica ação ajuizada em 9-1-2004, que se encontra julgada, julgou extinta a inicial por impossibilidade jurídica do pedido.

Irresignado com a prestação jurisdicional, J. P. interpôs apelação, objetivando a anulação da sentença para que o feito seja regularmente processado.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso para manter a sentença guerreada.

É o relatório.

II – Voto

Tratando os presentes autos de renovação de ação negatória de paternidade, reconheceu a Juíza sentenciante a existência do instituto da coisa julgada e extinguiu o feito. Fundamentou o *decisum* extintivo indicando as ações de Investigação de Paternidade n. 033.98.007288-6, movida por E. S. P. contra J. P., e Negatória de Paternidade n. 135.03.001388-0, movida por J. P. contra E. S. P., com sentenças transitadas em julgado.

O autor desta negatória de paternidade argumenta que referida ação de investigação de paternidade, com sentença transitada em julgado, reco-

nheceu como sua a paternidade sem que tivesse sido elaborada a prova do exame DNA.

Inexiste direito absoluto, e o instituto processual da coisa julgada deve ser relativizado. É que a prova técnica pretendida possibilita indicar sem margem de dúvidas a suposta paternidade, principalmente em casos que envolvem a dignidade da pessoa humana, quando os tribunais pátrios entendem que em causas versando sobre estado e capacidade não alcança a coisa julgada.

José Afonso da Silva, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 22. edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 105, ao comentar acerca do princípio constitucional relativo à dignidade da pessoa humana, ensina:

"Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. 'Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira), o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana'. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos a existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana".

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao julgar demanda assemelhada a dos autos, decidiu:

"Apelação cível – Ação de investigação de paternidade – Demanda anterior julgada improcedente por falta de provas – Nova ação pretendendo a realização de prova técnica pelo método do DNA – Coisa julgada – Inexistência – Possível o ajuizamento de nova demanda em obediência ao princípio fundamental de respeito à dignidade da pessoa humana inserto no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal – Sentença de extinção com fulcro no art. 267, V, do CPC alterada – Recurso provido.

"Se a decisão proferida na ação primitiva não excluiu expressamente a paternidade do investigado diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, somando-se ainda o fato de que, no ajuizamento da primeira demanda, o exame pericial pelo método de DNA ainda não era disponível nem havia notoriedade a seu respeito, permite-se o ajuizamento de nova ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido" (TJSC, Ap. Cív. n.

2003.017562-8, de Rio do Sul, rel. Des. Mazoni Ferreira).

Comungando o mesmo entendimento jurisprudencial, encontram-se as Apelações Cíveis n. 2003.011818-7, de Campo Erê e 2004.014468-7, de São Miguel do Oeste.

Ante o exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento para anular a sentença, a fim de que o feito prossiga com a produção de todas as provas, incluindo-se o exame DNA, alegações finais e sentença.

É o voto.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Segunda Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, conhece do recurso e dá-lhe provimento para anular a sentença, com a produção de todas as provas requeridas, inclusive o exame DNA, alegações finais e sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2005.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.018897-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Monteiro Rocha

Direito civil – Responsabilidade civil – Indenização por danos patrimonial e moral – Direitos autorais – Reprodução de charge em apostila de ensino – Inexistência de autorização do chargista – Pedido improcedente – Insurgência – Violação da Lei dos Direitos Autorais – LDA, art. 33 – Configuração – Dano à personalidade – Fixação de quantum *indenizatório – Recurso provido – Sentença reformada.*

Aquele que, sem autorização do autor, reproduz trabalho artístico de outrem em apostila de ensino, deve responder civilmente pelo dano ocasionado, conforme art. 33 da Lei dos Direitos Autorais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.018897-0, da comarca da Capital, em que é apelante José da Silva Júnior, sendo apelada Blaise Pascal – Centro de Ensino e Editora:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para deferir exclusivamente indenização por danos morais.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

José da Silva Júnior (Zé Dassilva) ajuizou Ação de Indenização por Dano Patrimonial, Moral, Financeiro e à Imagem contra Blaise Pascal – Centro de Ensino e Editora, objetivando reparação pelo uso indevido de charge de sua autoria, criada especialmente para o Jornal Diário Catarinense, em apostila de geografia do curso pré-vestibular de propriedade da requerida (fls. 2 a 9).

Instruído, foi julgado improcedente o pedido, cujo teor da parte dispositiva é o seguinte:

"Diante do exposto, julgo improcedente o pedido e extinto o processo, com julgamento de mérito, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil.

"O autor arcará com as custas e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 800,00, *ex vi* do art. 20, § 4º, do CPC" (fls. 60 a 66).

Irresignado com a prestação jurisdicional apresentada, José da Silva Júnior (Zé Dassilva) interpôs recurso de apelação, pretendendo reformar *in totum* a decisão objurgada, ou, então, minorar os honorários arbitrados pelo juiz de primeiro grau (fls. 69 a 77).

Contra-arrazoando, Blaise Pascal – Centro de Ensino e Editora postulou o improvimento do recurso interposto (fls. 81 a 87).

II – Voto

Tratam os autos de Ação de Indenização por Danos Patrimonial, Moral, Financeiro e à Imagem, proveniente da publicação desautorizada de charge de autoria de José da Silva Júnior – Zé Dassilva – em apostila de ensino da empresa Blaise Pascal – Centro de Ensino e Editora.

A celeuma dos autos gira em torno da concessão – ou não – de reparação aos danos materiais e morais sofridos pelo autor apelante, jornalista-chargista e empregado de empresa jornalística.

Pelo Dicionário Eletrônico Aurélio, verifica-se que a charge inserida à fl. 47 da apostila de Geografia de Santa Catarina, ministrada pelo Curso Pascal, é uma representação pictórica, de caráter burlesco e caricatural, em que se satiriza um fato específico, em geral de caráter político e que é do conhecimento público, sendo aplicável o art. 7º, VIII, da Lei dos Direitos Autorais.

Segundo o art. 5º, VI, da LDA, reprodução é a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido. Assim, verifica-se pelos autos que a charge de autoria do requerente foi reproduzida do Jornal

Diário Catarinense para a apostila de ensino de Geografia de Santa Catarina do Curso Pascal, conforme fl. 10 dos autos.

A charge de fl. 47 da apostila indica que Zé Dassilva é o seu autor, assim entendido como a pessoa física criadora de obra artística, conforme art. 11, *caput*, da LDA.

A charge utilizada pela empresa ré em sua apostila de ensino de Geografia é uma cópia reprográfica de trabalho de autoria do requerente, publicada no jornal Diário Catarinense.

Independentemente de autorização, a aludida apostila que mostra o trabalho artístico mencionado anunciou o nome do seu autor, cumprindo determinação legal do art. 24, II, da LDA.

Inicialmente, há necessidade de verificar se esse trabalho artístico, após sua divulgação para o público leitor do jornal, torna-se – ou não – de domínio público e se pode – ou não – ser utilizado livremente por qualquer pessoa ou entidade, segundo seus interesses.

Lecionando sobre domínio público em direito autoral, Carlos Fernando Mathias de Souza, em sua obra "Direito Autoral: Legislação Básica", Livraria e Editora Brasília Jurídica, Brasília, 1998, p. 36, ensina:

"Em direito autoral, a expressão *domínio público* refere-se em geral às obras que se constituem em uma espécie de *res communis omnium* (coisa comum de todos), de modo que podem ser utilizadas livremente por quem quer que seja, com ou sem intuito de lucro.

"Pela Lei Brasileira dos Direitos Autorais – LDA (Lei n. 9.610/98), são três as hipóteses para que uma obra intelectual caia no domínio público, a saber: a) quando a obra perdeu a proteção por decurso do tempo; b) quando se tratar de obra de autor falecido, que não deixou sucessores; e c) quando se tratar de obra de autor desconhecido, ressalvada a proteção dos conhecimentos étnicos e tradicionais".

Complementando a lição transcrita, colhe-se da obra citada – p. 34 – explanação acerca do prazo de proteção autoral:

"Os direitos do autor continuam vitalícios, todavia, esses direitos para os sucessores só perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subseqüente ao do seu falecimento e, obedecida a ordem sucessória da lei civil (aqui outra grande inovação da Lei n. 9.610).

"Em outras palavras, a obra só cairá no domínio público (salvo se o autor não tiver deixado sucessores) setenta anos após 1º de janeiro do ano seguinte ao de sua morte.

"Além de passar de 60 para 70 anos, o novo ordenamento, no particular, inovou muito. Por exemplo, os filhos, os pais ou o cônjuge já não gozarão vitaliciamente dos direitos do autor, que este lhe transmitir por sucessão *mortis causa*, como era no regime da Lei n. 5.988.

[...]

"Por outro lado, independente de estarem vivos ou não os autores, as

obras fotográficas e as audiovisuais (assim consideradas as que resultam da fixação de imagem com ou sem som, que tenham a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, de suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação) têm proteção até setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subseqüente ao da sua divulgação. De igual modo, o prazo de proteção dos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas ou pseudônimas, só que com prazo que se começa a contar, a partir de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação".

Em decorrência do raciocínio *supra*, conclui-se que a charge utilizada pela instituição de ensino não se enquadra dentre as hipóteses das obras que passaram para o domínio público, não podendo ser utilizada livremente por qualquer pessoa ou entidade, segundo seus interesses.

Prescreve a Lei dos Direitos Autorais em seu art. 33, *caput*:

"Ninguém pode reproduzir obra que não pertença ao domínio público, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, sem permissão do autor".

Não sendo a charge criada pelo autor de domínio público, não pode ser utilizada livremente por quem quer que seja, sendo necessário que a empresa apelada tivesse obtido autorização por escrito do apelante para lançar mão de seu trabalho, conforme regra estabelecida no art. 78 da Lei n. 9.610/98:

"A autorização para reproduzir obra de arte plástica, por qualquer processo, deve se fazer por escrito e se presume onerosa".

Nesse sentido:

"À editora que, sem autorização e correta indicação de autoria, publica fotografias captadas por pessoa com a qual não mantém vínculo empregatício impõe-se carrear obrigação indenizatória, que se justifica pelo só interesse econômico despertado e pela efetiva vantagem financeira auferida com a divulgação, mostrando-se despidas de qualquer relevo para esse efeito a natureza das fotos, se documentais ou artísticas, e a qualidade de quem as produziu, se fotógrafo profissional ou não" (STJ, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, REsp n. 10.566-0/SP).

Segundo o disposto no art. 28 da Lei dos Direitos Autorais, "cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica", donde se conclui que a empresa Blaise Pascal – Centro de Ensino e Editora, ao utilizar o trabalho do autor apelante sem sua autorização, agiu ilicitamente, devendo responder pela violação cometida.

A reparação dos danos morais em apreço reclama a configuração dos requisitos legais do art. 33, *caput*, da LDA.

A Constituição Federal de 1988 consagrou explicitamente em seu art. 5º, V, a mais completa e integral reparação dos danos morais, resultando ser o dano moral indenizável.

Sobre a temática preconiza Wilson Melo da Silva:

"Na ocorrência da lesão manda o direito ou a eqüidade que se não deixe o lesado ao desamparo de sua própria sorte. E tanto faz que tal lesão tenha ocorrido no campo se seus bens materiais ou na esfera daqueles outros bens seus, de natureza ideal. O que importa, o que é mister, é a reparação, pelo critério da equivalência econômica, num caso, ou pelo critério da simples compensação, da mera satisfação, como o queiram, no outro" *(Do Dano Moral e sua Reparação,* 2. ed., Forense, p. 424 e 427).

Objetivando resolver a celeuma *sub judice*, transcrevo entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

"O dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo — o seu interior. Foi visando, então, a uma ampla reparação que o sistema jurídico chegou à conclusão de não se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a violação do moral humano" (STJ, 3ª Turma, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, REsp n. 617130/DF).

Diverso não tem sido o posicionamento desta Corte:

"Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral" (2ª Câm. Dir. Civ., Ap. Cív. n. 2001.009036-8, de Itajaí/SC, rel. Des. Jorge Schaefer Martins).

Caracterizado o dano moral sofrido pelo autor apelante, basta, unicamente, a sua quantificação.

A quantificação dos danos morais deve ser arbitrada pelo juiz, tendo como parâmetros as posições econômica e social do ofensor e do ofendido, a intensidade do dolo ou culpa do agente, a gravidade e a repercussão da ofensa, bem como o fato de que a pena pecuniária imposta dissuada o ofensor a reincidir no mesmo ilícito.

Nesse vértice firmou o Superior Tribunal de Justiça:

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

Levando-se em consideração o tempo transcorrido da publicação da apostila de fl. 10 – impressa em setembro de 1998 – e desta decisão, enten-

do como razoável o valor indenizatório de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), para compensar o direito autoral violado, valor este a ser corrigido a partir da data do presente acórdão.

Em face do princípio da sucumbência processual, condena-se a apelada ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor condenatório.

No tocante ao dano patrimonial reclamado, o apelante não conseguiu demonstrá-lo.

O art. 333, I, do CPC, estatui que cabe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito.

Lecionando sobre o assunto, Humberto Theodoro Júnior, *in* Curso de Direito Processual Civil, volume I, 41. edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 387, assim explica:

"Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.

"No dizer de Kisch, o ônus da prova vem a ser, portanto, a necessidade de provar para vencer a causa, de sorte que nela se pode ver uma imposição e uma sanção de ordem processual".

No tocante à regra contida no art. 333, I, do CPC, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem o seguinte entendimento para casos análogos ao dos autos:

"O ônus de provar o alegado não incumbe exclusivamente ao autor, nem ao réu. Reparte-se entre ambos, cabendo ao proponente da *actio* cumprir o art. 333, inciso I, do CPC. Inatendida essa regra, o pleito deduzido é inacolhível" (1ª Câm. Civ., Ap. Cív. n. 43.160, de Porto União, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso interposto para reformar a sentença e deferir, exclusivamente, o pleito indenizatório relativo aos danos morais.

É o voto.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, esta Segunda Câmara de Direito Civil, à unanimidade, resolve conhecer do recurso e dar-lhe provimento, deferindo exclusivamente indenização por danos morais.

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

Florianópolis, 1º de dezembro de 2005.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 2004.018887-0, DE SÃO CARLOS

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

Família. Ação de destituição do poder familiar. Mãe biológica sem condições psicológicas e materiais para a manutenção da guarda do filho menor. Presença de elementos indicativos de situação de risco a recomendar o arrebatamento do poder familiar, típico da maternidade biológica. Inteligência do artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do artigo 1.638 do Código Civil brasileiro. Colocação da criança à disposição de famílias substitutas para adoção.

O poder familiar é, antes de tudo, um múnus público irrenunciável, indelegável e imprescritível e que, em princípio, deverá ser exercitado com o maior denodo possível pelos pais. Porém, se estes se mostram inaptos para o exercício de tão grave e importante dever, dele deverão decair, por determinação judicial. Para isto há o remédio da extinção do poder familiar, que poderá ser administrado, passando ou não pelo instituto da suspensão, na dependência sempre da menor ou maior gravidade da situação a que os pais exponham os filhos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.018887-0, da comarca de São Carlos, em que é apelante M. G. e apelado o Ministério Público:

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

Custas de lei.

I – Relatório

O Ministério Público, por sua digna representante Promotora de Justiça Dra. Silvana do Prado Brouwers, deflagrou ação de destituição de poder familiar contra M. G. e A. B. após a constatação de agressão física e negligência na criação e educação de E. G. B., criança de 6 anos de idade.

Realçou a ilustrada Promotora que M. G. tem seis filhos e que reside com cinco deles numa casa geminada com a de G. B., proprietário do terreno. Disse que o vizinho abusa sexualmente das crianças e que a demandada, apesar de ter conhecimento desse fato, nada faz para protegê-las.

Relatou que a professora de E. G. B. percebeu que o menor passou a

apresentar comportamento anormal, condizente com os das vítimas de abuso sexual. Questionado, o infante relatou à professora que o irmão C. o procurava todas as noites para manter relacionamento sexual e ela levou os fatos ao conhecimento do Conselho Tutelar.

Contou ainda que, em dezembro de 2002, o Conselho Tutelar esteve na casa de M. G. e encontrou a filha A. em estado de choque, com marcas por todo o corpo. O irmão mais velho, C., informou às conselheiras que a mãe ameaçou matar A. após amarrá-la numa árvore com tiras de borracha. Na ocasião, os três infantes foram encaminhados à Casa-Lar.

Com relação ao genitor, afirmou que A. B. nunca prestou assistência ao filho, mesmo antes de estar cumprindo pena na Penitenciária Agrícola de Chapecó, deixando-o unicamente aos cuidados da mãe. Assim, fica bem caracterizado o abandono material e intelectual do infante.

Por todo o ocorrido, o Ministério Público invocou a prestação jurisdicional, pleiteando a destituição do poder familiar de M. G. e A. B. sobre o filho E. G. B.

M. G. apresentou contestação. Negou as alegações de negligência feitas pela representante do Ministério Público e ressaltou que a desídia no trato com os filhos foi conseqüência direta da falta momentânea de recursos.

Disse que agora tem condições de satisfazer de maneira satisfatória as necessidades básicas da prole porque recebe benefício previdenciário pelo falecimento de sua mãe, no valor de um salário mínimo, enquanto seu atual companheiro aufere aposentadoria no mesmo valor. Afora isso, conta com R$ 40,00 mensais da pensão alimentícia de C., R$ 40,00 da pensão alimentícia de A. e mais R$ 30,00 do programa bolsa-escola, além do que recebe esporadicamente pelo trabalho de diarista.

Admitiu que houve falhas na educação dos filhos, mas ressaltou que está disposta a envidar todos os esforços para inverter a situação e evitar a ruptura dos laços parentais.

Com relação ao filho E. G. B., disse que não há provas dos fatos alegados pela representante do Ministério Público, nem do descumprimento das obrigações inerentes ao poder familiar. Por fim, asseverou que a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar, nos termos do artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Requereu o benefício da assistência judiciária gratuita e a improcedência do pedido. Sucessivamente, pleiteou a substituição da pena de extinção do poder familiar pela de suspensão temporária.

A. B. também contestou. Negou a alegação de abandono material e intelectual do filho e explicou que é pessoa de parcos recursos e, por isso, não tem condições de visitar E. G. B. com freqüência, já que eles moram em municípios diferentes.

Ressaltou que a falta de recursos materiais não pode ensejar a perda do poder familiar. Terminou por requerer a improcedência do pedido e o deferimento da guarda do filho em seu favor.

Em audiência, foi realizada a ouvida das testemunhas. Colheram-se as alegações finais e sobreveio a sentença (fls. 64 a 67), na qual o Dr. Juiz de Direito decretou a perda do poder familiar de M. G. e A. B. em relação a E. G. B., nos termos do artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do artigo 1.638 do Código Civil de 2002.

Inconformada com a prestação jurisdicional, M. G. apelou. Sustentou inexistir prova de que E. G. B. tenha sido vítima de agressão física ou de abuso sexual pelo irmão. Disse que sempre cumpriu os deveres de guarda, sustento e educação do infante e ressaltou que a carência de recursos não pode ensejar, por si só, a destituição do poder familiar.

Requereu a revogação da sentença hostilizada com a conseqüente restituição de seu filho ao convívio familiar.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 94 a 103).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Sérgio Antônio Rizelo, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

II – Voto

Trata-se de recurso de apelação interposto por M. G., inconformada com a sentença que julgou procedente a ação de ação de destituição do poder familiar assestada pela ilustre representante do Ministério Público Dra. Silvana do Prado Brouwers.

O poder familiar é um conjunto de direitos e obrigações inerentes aos pais, naquilo que diz com a pessoa de seus filhos menores. Ao contrário do que ocorria no direito romano, em que o pátrio poder revestia características de direito paterno absoluto, em nossa codificação civil, seja na revogada, seja na novel, essa característica desapareceu para dar lugar a uma nova, com mais seiva de dever do que de poder, tanto maiores são os deveres paternos e maternos do que são os direitos sobre seus rebentos. Por isso mesmo, autores de nomeada defendem, hoje, de forma correntia, o uso da expressão "poder familiar", que é a adotada pelo Código Civil de 2002, com os olhos voltados para o fato de que não se está, efetivamente, diante de uma força potestativa; mas de uma atividade pátrio-maternal que, se não exercida convenientemente, permitirá o arrebatamento dos filhos maltratados dos braços de genitores irresponsáveis. Contudo, ainda que se possa subtrair, em face de certas circunstâncias, o exercício do poder familiar entregue pelo Estado aos pais dos menores, não se pode deixar de reconhecer que esse poder é, antes de tudo, um múnus público irrenunciável, indelegável e imprescritível e que, em princípio, deverá ser exercitado com o maior denodo possível pelos pais, significando dizer que estes não estão à vontade para dele desistirem ou renunciarem, assim como não lhes é dado o

direito de transferi-lo a outra pessoa, a não ser na forma excepcional do artigo 166 do ECA.

Claro que se os pais se mostram inaptos para o exercício de tão grave e importante dever dele deverão decair por determinação judicial. Para isso há o remédio da extinção do poder familiar, que poderá ser administrado passando ou não pelo instituto da suspensão, na dependência sempre da menor ou maior gravidade da situação a que os pais exponham os filhos.

Os autos revelam situação de dificuldade econômico-financeira da apelante, que não exerce atividade remunerada, mas aufere do Instituto Previdenciário pensão pela morte da mãe, no valor de um salário mínimo. Conta ela com a pensão alimentícia dos filhos C. G. e A. M. G., no valor de R$ 40,00 cada, mais a bolsa-escola de R$ 30,00, para garantir o sustento da prole. Compartilha a precária residência com cinco dos seus seis filhos e com o companheiro, que recebe aposentadoria no valor de um salário mínimo.

Essa circunstância, ainda que possa influenciar no conjunto da prova a ser examinado pelo Juiz para definição da situação dos infantes e para livrá-los de riscos a que não se devam sujeitar, por si só não é razão bastante para a decretação da suspensão ou da extinção do poder familiar, nos termos do artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabendo ao Estado incluir crianças e adolescentes e suas famílias carentes em seus programas oficiais de assistência ou auxílio. De sorte que essas medidas (suspensão e extinção do poder familiar) são remédios amargos, subministrados pela Justiça em situações extremas.

A despeito do até aqui asseverado, não se pode olvidar que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a perda do poder familiar por infração do dever de sustento, de guarda e de educação dos filhos menores, nos termos do engastado nos artigos 22 e 24, situação, aliás, contemplada no artigo 1.638, II, do Código Civil.

Diga-se, ademais, que a solução, salvo raras exceções, açambarca toda a prole, mormente porque só será aplicada quando estiver provada a incompetência dos pais, titulares do poder familiar, para o exercício de tão importante múnus.

Feitas estas digressões a respeito do instituto de que se trata, impende dizer que a prova, em seu conjunto, é das que autorizam a medida aplicada pelo ínclito Juízo *a quo*.

A apelante alega dispensar os cuidados necessários com os filhos, na medida de suas possibilidades. Aduz não terem sido comprovados, na instrução processual, a agressão física e o abuso sexual alegados, razão pela qual requer o restabelecimento do poder familiar sobre E. G. B.

Ao contrário do que sustenta a recorrente, verifica-se que E. G. B. estava exposto a uma realidade familiar hostil e inadequada ao suprimento de seus direitos fundamentais. Dos documentos acostados nos autos (comunicação do Conselho Tutelar, Inquérito Policial n. 059.99.001285-7 e Ação de

Verificação de Situação de Risco n. 059.02.001114-6) aflorou, de corpo inteiro, a completa negligência da mãe quanto ao trato dos filhos, mormente no que diz respeito à integridade física e ao desenvolvimento moral dos infantes.

No ofício remetido à Promotora de Justiça da comarca de São Carlos, a Conselheira Tutelar Ana Paula da Silva relata que "na noite de 7 de dezembro de 2002, por volta das 20 horas e 45 minutos, recebi um telefone informando que a Sra. M. G. estaria tentando matar sua filha A. G., de apenas 10 anos de idade, esta informação chegou ao meu conhecimento pelo telefonema da Sra. I. M. M., que informou que C. G., irmão de A. teria adentrado sua residência gritando por socorro e pedindo que ligasse para a Polícia ou Conselho Tutelar. Em contato com a Polícia Militar solicitei ajuda e os mesmos atenderam prontamente. Fomos até o local e constatamos que a Sra. M. encontrava-se totalmente desequilibrada. A mesma negou os fatos, mas verificou-se que A. encontrava-se em estado de choque, uma vez que não respondia a nossas indagações, A. também possuía algumas marcas em seu corpo.

"Segundo informações de C., a mãe amarrou A. com borrachas em uma árvore próxima a sua casa e dizia para a mesma que iria matá-la.

"Também tivemos informações de um vizinho Sr. I. T., de que M. agride os filhos constantemente. O mesmo se dispôs a testemunhar o fato" (fl. 9).

O vizinho I. A. T., no depoimento prestado em Juízo, confirmou a versão dada pela Conselheira Tutelar. Disse que "um certo dia à noite enquanto o depoente jantava, o depoente escutou gritos vindos da casa de M. a qual fica aproximadamente 60 ou 70 metros da casa do depoente; que os gritos perduraram por muito tempo o que motivou o depoente a acionar a polícia militar a qual lhe informou que outras pessoas já haviam ligado informando acerca do ocorrido; que o depoente veio a saber que a gritaria decorria do fato de M. na oportunidade estar surrando sua filha mais velha" (fl. 72).

Além de agredir fisicamente os filhos, a recorrente era negligente e não cuidava, como deveria, da saúde da prole. A Conselheira Tutelar, Ana Paula da Silva, relatou no documento de fl. 10 que "no momento da consulta médica o Dr. Cristiano Estivalet percebeu que o pé que E. havia cortado há alguns dias e que recebeu pontos foi aberto pela sua mãe, estando todo sujo e com possibilidade de infecção. O procedimento médico foi novamente de efetuar a limpeza do pé de E. e orientar a mãe Sra. M. G. que trocasse o curativo todos os dias e que jamais em outra oportunidade deverá cortar/tirar os pontos sem consentimento médico e em casa, pois a probabilidade de causar uma infecção é muito grande além de não ocorrer cicatrização do ferimento" (fl. 10).

O ponto mais grave, que causa repulsa e indignação, é o fato de a mãe guardiã ter permitido que a filha A. M. G. mantivesse relações sexuais com o vizinho, quando ainda contava 7 anos, provavelmente porque desejava permanecer residindo com sua prole no terreno de propriedade do agressor.

Do depoimento prestado por A. M. G. à autoridade policial, nos autos do Inquérito n. 059.99.001285-7, extraise: "que G. por vezes convidava a declarante para almoçar em sua casa; que a mãe da declarante permitia as visitas desta a G.; que após o almoço G. convidava a declarante para que fossem deitar em sua cama; que na cama G. tirava a roupa da declarante e também despia-se passando a mão pelo seu corpo; que a declarante responde que G. passava a mão da sua cintura para baixo, indicando tal posição por gesto [...] que o irmão da declarante de apenas três anos de idade acabou por contar a sua mãe que esta deitava-se com G. e sendo assim a mãe deu uma grande surra na declarante, que mesmo assim a mãe da declarante deixa que esta fosse a casa de G. para se 'esquentar' junto ao fogão à lenha e para almoçar, só não deixava que esta fosse para cama com G., que a declarante continua indo a casa de G. sozinha e em outras oportunidades acompanhada da mãe que lá vai para tomar 'mate'" (fl. 25).

Afora isso, verifica-se que, no depoimento prestado durante o inquérito, M. G. tentou proteger o agressor da filha, dizendo: "aos olhos da declarante é pessoa boa e muito tem lhe ajudado, sendo bom vizinho; que G. tem ajudado a declarante, uma vez que permitiu que esta viesse morar com os filhos em seu terreno ou lote e está sempre lhe fornecendo gêneros alimentícios de sua lavoura sem nada lhe cobrar" (fls. 27 e 28), o que torna evidente a negligência da genitora perante sua prole.

Infelizmente, o descaso de M. G. não se dirigia apenas à filha A. M. G.; atingia também o menor E. G. B. Da comunicação de fl. 10 extrai-se:

"O Conselho Tutelar na manhã de ontem foi comunicado pela professora do Pré-Escolar Cinderela que E. G. apresentava comportamento estranho há vários dias, que o mesmo está muito distraído parecendo estar no mundo da lua, também mostra-se muito sonolento. A professora relatou-nos que no dia de ontem observou que E. se recusava a sentar, então perguntou ao mesmo o motivo. Este lhe disse que seu irmão C. o procurava todas as noites, dizendo que queria 'foder'. Diante dos fatos, este conselho encaminhou E. para atendimento médico junto a Unidade de Saúde para verificar se E. estava machucado, pois queixava-se de dor ao sentar.

"Com relação a E. dizer que sente dores ao sentar porque seu irmão o procura, nada foi constatado pelo médico. Mas, o médico nos informou que o suposto agressor ainda é muito pequeno e por esta razão pode praticar o ato sem causar lesões" (fl. 10).

No depoimento prestado em Juízo, a professora de E. G. B. corroborou os fatos constantes do comunicado de fl. 10, relatando que "desde que a depoente passou a trabalhar como professora na escola que E. freqüentava, notou que o menor mostrava-se sempre sonolento e sem interesse em fazer as atividades escolares; que E. ficava apenas debruçado sobre a carteira; que a depoente passou a observar mais de perto o comportamento de E., por aproximadamente uma semana, após várias tentativas da depoente de

conversar com o menor a fim de que relatasse algo, E. disse à depoente que não conseguia dormir pois C., seu irmão, queria 'foder com ele'; que a depoente comunicou o fato ao Conselho Tutelar para adoção das medidas necessárias; [...] que em seguida soube que E. passou a ser abrigado novamente na Casa-Lar sendo que após a medida o comportamento do menor mudou para melhor, demonstrando interesse em fazer as coisas e apresentando-se esperto" (fl. 70 e 71).

Salienta-se que, segundo consta do estudo social (fls. 17 a 22), existem na residência de M. G. dois quartos. Contudo, todos os moradores dormem no mesmo cômodo, ficando M. G. e o companheiro na cama de casal, F. G. e A. M. G. no beliche e C. G. e E. G. B. na cama de solteiro, o que facilita a aproximação maliciosa entre os irmãos. "Indagada sobre as razões que motivam todos a dormirem no mesmo quarto, [...] já que a construção possui outro, que vem sendo utilizado como despensa, a genitora justificou na precariedade da residência, que possui inúmeros problemas de infra-estrutura (além de pequena, não possui divisórias)" (fl. 19).

Portanto, M. G., mesmo desconfiando que o filho E. G. B. era abusado sexualmente por um dos irmãos, quando tinha apenas 5 anos de idade, quedou-se inerte e manteve-os dormindo na mesma cama.

Há que se observar, ainda, o comportamento estranho do filho F. G., de 17 anos, perante a conselheira tutelar. Consta do relatório de fl. 10 que "na manhã de hoje, a Sra. M. procurou a professora dizendo que a mesma havia denunciado que seu filho F. de 15 anos estava abusando sexualmente dos irmãos menores. A mesma pôs-se em defesa do filho F., o qual nem havia suspeita de ter abusado do irmão, pois E. alega ser o seu irmão C. o agressor. O mesmo aconteceu ontem quando a Assistente Social Forense realizou visita domiciliar na residência da Sra. M. Segundo Janice, o adolescente F. pôs-se a chorar defendendo-se da suposta agressão que a assistente social nem tinha conhecimento, pois a visita tinha outro objetivo".

Sobre o mesmo fato, relatou a assistente social que na primeira visita "de forma pouco amistosa, F. G. indagou qual a razão de nossa presença, justificando, já em prantos, que não fizera nada com seu irmão, que nos processaria por calúnia.

"Sem entender as razões de tal desabafo e revolta, indagamos M. Esta respondeu que, naquele mesmo dia, conselheiras tutelares haviam estado em sua casa após receberem uma denúncia, proveniente da creche freqüentada por E., de que aparentemente sofrera violência sexual.

"Com a passividade que lhe é característica, a genitora teceu comentários a respeito do fato, dizendo não acreditar em tal denúncia, mas se houvesse algum indício de agressão, esta teria sido praticada por C. e não por F. (em contato mantido com a conselheira tutelar Ana Paula, esta afirmou que a suspeita recaíra em C. desde o primeiro momento, não en-

tendendo as razões do mal-entendido em relação a F.).

"Indagada sobre a possível reincidência de abusos sexuais cometidos contra seus filhos, já que F. e A., conforme processo que tramitou nesta comarca, já sofreram tal violência, M. relatou não 'confiar' muito em C. e que não gosta do hábito que os filhos mantêm de 'se passarem as mãos', mas que não acredita que ocorram fatos de maior gravidade dentro de sua casa.

"Vale ressaltar que, quando da retirada dos infantes A., C. e E. da guarda materna, ocorrida em dezembro de 2002, quando estes foram encaminhados à casa-lar, a entrevistada dividia sua casa com o suposto agressor de suas filhas, Sr. G. B., condição que só foi alterada por interferência judicial.

"Um outro fato que demonstra a total omissão da genitora em relação ao bem-estar de seus filhos, inclusive aqueles em tenra idade, foi E., à época com 5 anos, ter sido encontrado dormindo na casa do citado abusador, com a conivência materna" (fls. 19 e 20).

As testemunhas ouvidas em Juízo também ressaltaram que E. G. B. está sempre na companhia de G. B., agressor de sua irmã. Ana Paula da Silva, Conselheira Tutelar, afirmou que "de regra geral os filhos de M. ficavam bastante tempo na rua; que E. também permanecia bastante tempo na rua; [...] que na maioria das vezes E. era encontrado em companhia de G. nos mais variados pontos da cidade, longe e perto da residência familiar" (fl. 70).

A professora de E. G. B. também ressaltou "que E. ao falar sobre seu pai mencionava que ele morava junto com o infante e que se chamava ao que parece G.; que a depoente costumava vê-los juntos" (fl. 69). E o testigo I. M. M. afirmou que "quanto a E., esse costumava ficar bastante com um senhor que morava junto com M. e seus filhos" (fl. 74).

Evidente a negligência de M. G., pois, mesmo tendo conhecimento de que sua filha A. M. G. teria sido estuprada pelo vizinho G. B. com apenas 7 anos de idade, continuou permitindo que E. G. B. permanecesse na companhia exclusiva do agressor. Indefeso, E. G. B. poderia facilmente tornar-se a próxima vítima da pedofilia.

Não se pode fechar os olhos, ainda, à descrição feita pela MMa. Juíza de Direito Dra. Adriana Lisboa, sobre o comportamento da apelante, nos autos da Ação de Verificação de Situação de Risco n. 059.02.001114-6:

"M. G. sempre apresentou comportamento dissimulado neste Juízo. Às vezes que foi chamada imputava aos filhos a responsabilidade pela vida desregrada. Negava as agressões, mesmo as narradas pelas crianças que haviam sido examinadas por médicos. Costumava inverter as situações, faltar à verdade, tentando justificar-se.

"É omissa, negligente, indiferente. Busca acobertar-se sob a imagem de pessoa boa, doente, e fecha os olhos para a educação dos filhos ou a segurança dos mesmos, encobrindo a violação aos direitos e integridade daqueles, em troca de favores ou tendendo 'não se incomodar'" (fl. 13).

Portanto, não há cogitar que a negligência em relação à saúde, à integridade física e ao desenvolvimento moral do infante E. G. B. não tenha sido devidamente comprovada ao longo da instrução processual. Também não se pode admitir que essa postura materna seja conseqüência exclusiva da situação financeira precária que desfruta a recorrente. Na verdade, tais atitudes revelam o desprezo que a genitora tem por seus filhos, sentimento este que não pode ser revertido com a orientação ou o amparo financeiro oferecidos pelo Estado. Por isso, a decretação da extinção do poder familiar, no intuito de proporcionar ao menor E. G. B. condições de viver com respeito, dignidade e liberdade, é medida que se impõe.

Há sobejas razões a ensejar o ato judicial de supressão do poder familiar da apelante, porque, além do dever cometido à família, à sociedade e ao Estado de 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, previsto no artigo 227 da Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 22, de forma complementar, regra: "Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais".

De outra parte, não há esquecer a dicção do artigo 1.638 do Código Civil: "Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

"I – [...];

"II – Deixar o filho em abandono;

"III – Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

"IV – Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente".

Ora, o ato de deixar em abandono pode ser conceituado, aqui, como aquele em que, por qualquer razão, os pais não guardam convenientemente seus filhos, privando-os da convivência familiar, não lhes proporcionando alimentação, saúde, educação, segurança e lazer, entre outros.

O eminente Silvio Rodrigues ensina: "Abandono não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material, fora do lar. Mas o descaso intencional por sua criação, educação e moralidade" (Direito Civil: Família. vol. IV, p. 328).

Acresce dizer que "o conceito jurídico de abandono se contém nas leis de proteção ao menor e, em última análise, é definido quando o menor, por negligência, incapacidade ou perversidade dos pais, ficar permanentemente exposto a grave perigo quanto à saúde, à moral e à educação, de forma comprometedora de sua formação como ser humano" (TJSP, rel. Des. Batalha de Camargo – RT 507/104, *in* Wilson Bussada. Código Civil Brasileiro Interpretado pelos Tribunais, vol. 2, tomo VI, p. 359, n. 1987).

Nesta Câmara já se decidiu, sob a relatoria do eminente Desembargador Mazoni Ferreira, acompanhado pelo voto deste relator e do voto do eminente Des. Monteiro Rocha, da seguinte forma:

"Estatuto da Criança e do Adolescente – Ação de destituição de pátrio poder – Menores sob a guarda de terceira pessoa – Mãe biológica que não reúne condições psicológicas e materiais para assumir a guarda das filhas – Ausência de condições essenciais ao pleno desenvolvimento das infantes – Abandono caracterizado – Inteligência do art. 395 do CC – Desejo manifesto das infantes em permanecer com os guardiães – Supremacia dos interesses da criança – Recurso provido.

"A destituição do pátrio poder é justificável quando demonstrado que os pais biológicos não reúnem condições psicológicas suficientes e não proporcionam a seus filhos, de tenra idade, o mínimo de condições para seu desenvolvimento saudável e com dignidade, deixando de ministrar-lhes assistência material adequada e submetendo-os a maus-tratos, com prejuízos irreversíveis para a sua boa formação" (Ap. Cív. n. 2000.010453-1, de Blumenau, j. 5-12-2002).

Fica constatado, portanto, que a mãe biológica de E. G. B. não reúne condições de tê-lo sob sua companhia e poder familiar, caracterizadas que estão as ofensas aos dispositivos de lei já mencionados no corpo desta decisão.

Diante disso, conheço do recurso de apelação e nego-lhe provimento.

É como voto.

III – Decisão

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

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Substituto Jorge Schaefer Martins. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 25 de agosto de 2005.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.004957-1, DA CAPITAL

Relator: Des. Substituto Jorge Schaefer Martins

Ação de consignação em pagamento. Contrato de compromisso de compra e venda celebrado antes da vigência da Lei n. 9.069/95. Irretroatividade admitida apenas em relação aos atos ainda não praticados pelos contratantes.

Consoante precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, aplica-se a Lei n. 9.069/95 aos contratos anteriores à sua vigência, porém apenas em relação àqueles ainda não praticados pelos contratantes.

Cláusulas dispondo sobre índices de reajustamento diversos. Previsão de aplicação do CUB e da UPF. Majoração da última parcela devido à alteração do indexador. Incidência do custo unitário básico do mês de atualização. Variação mensal. Aplicação do reajuste pro rata tempore. *Impossibilidade na hipótese. Enriquecimento sem causa. Inaplicabilidade de cláusula que determina aplicação da UPF como índice de correção. Abusividade. Incidência do Código de Defesa Consumidor.*

Em contratos de construção civil, a jurisprudência dos tribunais pátrios já se firmou no sentido de ser o CUB o índice mais adequado a ser aplicado, pois retrata o custo real do imóvel, dando a certeza de que o consumidor somente irá pagar por aquilo que efetivamente recebeu.

Autor postulando a incidência do IPC-r após a vigência da Lei n. 9.069/95. Possibilidade devido às particularidades do caso concreto. Cálculos que demonstram a utilização do índice por ambas as partes.

Verificando-se nos autos que as partes utilizaram o mesmo índice para atualização da moeda, deixando de colidir a respeito, torna-se prudente a manutenção do índice utilizado.

Capitalização de juros. Inadmissibilidade. Aplicação da Súmula 121 do STF.

Salvo algumas espécies contratuais, esta Corte de Justiça vem aplicando a Súmula 121 do STF, vedando a capitalização de juros, ou seja, a incidência de juros sobre juros.

Correção mensal. Impossibilidade. Artigo 28 da Lei n. 9.069/95. Periodicidade anual. Precedentes.

Consoante o disposto no caput *do artigo 28 da Lei n. 9.069/95, a periodicidade da correção monetária com base em índices de preço ou que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados deve ser anual.*

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.004957-1, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é apelante Vilson Rosalino da Silveira e apelada Magno Martins Engenharia Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Vilson Rosalino da Silveira intentou ação de consignação em pagamento contra Magno Martins Engenharia Ltda., alegando que firmou com a ré contrato de compra e venda para aquisição de imóvel, por meio do qual restou estabelecido o pagamento de Cr$ 5.959.208.424,71 em três parcelas, das quais as duas primeiras foram quitadas, restando apenas a contraprestação final no valor de Cr$ 2.959.348.950,00, subdividida em 72 mensalidades com vencimentos a partir de 15-7-95 e reajuste a contar de 15-6-95, com base na variação mensal e acumulativa do mesmo percentual de reajustamento dos saldos das cadernetas de poupança com data de aniversário na mesma data do vencimento das prestações (fl. 5).

Afirmando que o dia de aniversário corresponde ao último dia de validade dos preços contratuais em cada período de reajuste, conforme disposto no inciso II do artigo 22 da Lei n. 9.069/95, sustentou que a ré indevidamente aplicou reajuste *pro rata tempore* no percentual de 22,98%, majorando abusivamente o valor contratado e, em conseqüência, refletindo nas prestações.

Além disso, enfatizou que não se aplica aos contratos celebrados para aquisição de imóvel em construção o reajuste *pro rata tempore*, bem como em relação às prestações de financiamentos habitacionais firmados com entidades do SFH.

Demais, mencionou que não se pode reajustar mensalmente as parcelas com incidência de índices que remuneram as cadernetas de poupança, acrescidos de juros acumulados de 1% ao mês.

Finalmente, gizando que a conversão deve ocorrer no último dia de validade dos preços contratuais em cada período de reajuste e a correção monetária basear-se em índices de preço, com aplicação anual, postulou a procedência do pedido para que seja aplicado anualmente o IPC-r como índice de atualização da moeda, atingindo o valor de R$ 729,02 para as prestações vencidas até 15-6-96, e o IGP-M no que se refere às parcelas com vencimento no período de 15-7-96 a 15-7-97, chegando ao montante de R$ 819,01, além do afastamento da acumulação de juros.

Citada, a ré apresentou contestação, afirmando a irretroatividade da Lei n. 9.069/95 sob pena de violação ao ato jurídico perfeito.

Ademais, defendeu o reajuste *pro rata tempore* realizado no período de 15-

6-94 até 30-6-94, alcançando percentual de 21,175%.

Também argumentou que a UPF deixou de ser aplicada a partir de 1º de julho de 1994, passando a incidir o IPC, conforme cláusula décima quarta do ajuste celebrado entre as partes.

Ainda salientou que as parcelas com vencimentos a contar de 15-7-95 foram reajustadas de conformidade com a variação das cadernetas de poupança, mais juros legais de 1%, critérios estes que devem permanecer inalterados em razão da conclusão da obra ocorrida no ano de 1995 e em respeito ao entabulado pelas partes, ou seja, índice de variação das cadernetas de poupança excluídos os juros de 0,5%.

Por derradeiro, asseverou a aplicabilidade dos juros de 1% ao mês, bem como a possibilidade de reajuste mensal.

Houve réplica (fls. 66 a 69).

Acostado o compromisso de compra e venda de imóvel celebrado entre as partes, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Inconformado, apelou o autor, reiterando a impossibilidade do reajuste *pro rata tempore*, além da utilização do índice de poupança e da cumulação mensal de juros no patamar de 1% (um por cento).

Por último, enfatizou a aplicabilidade da Lei n. 9.069/95, reafirmando que a conversão deve obedecer à data de aniversário, ou seja, ao último dia de validade dos preços contratuais, de acordo com referida lei, bem como a correção monetária deve ser anual.

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

II – Voto

Primeiramente, enfatiza-se que a autoridade judiciária de primeiro grau afastou a incidência da Lei n. 9.069/95 ao entendimento de que referida norma não pode alterar ato jurídico perfeito, na hipótese o contrato de promessa de compra e venda celebrado entre as partes no dia 15 de julho de 1993.

Pois bem, a par deste convencimento, impõem-se, para analisar percucientemente a questão, algumas digressões acerca do princípio da intangibilidade dos contratos e da aplicabilidade das normas consideradas de ordem pública.

A propósito, a respeito do preceito leciona Orlando Gomes, nestes termos:

"Esse princípio mantém-se no Direito atual dos contratos com atenuações que lhe não mutilam a substância. As exceções preconizadas, e já admitidas, com hesitação, em poucas legislações, revelam forte tendência para lhe emprestar significado menos rígido, mas não indicam que venha a ser abandonado, até porque sua função de segurança lhe garante a sobrevivência. O que mais se não admite é o sentido absoluto que possuía. Atribui-

se-lhe, hoje, relatividade que a doutrina do individualismo recusava. O intransigente respeito à liberdade individual que gerara intolerância para com a intervenção do Estado cedeu ante novos fatos da realidade social, cessando, em conseqüência, a repugnância a toda limitação dessa ordem. Passou-se a aceitar, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial do conteúdo de certos contratos, admitindo-se exceções ao princípio da intangibilidade. Em determinadas circunstâncias, a força obrigatória dos contratos pode ser contida pela autoridade do juiz. Conquanto essa atitude represente alteração radical nas bases do Direito dos contratos, como parece a alguns entusiastas do poder pretoriano dos juízes, a verdade é que, no particular, houve sensível modificação do pensamento jurídico" (Contratos. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 37).

E, ao dissertar sobre as limitações à liberdade de contratar, menciona que:

"Em larga generalização, pode-se dizer que as limitações à liberdade de contratar inspiram-se em razão de utilidade social. Certos interesses são considerados infensos às bases da ordem social ou se chocam com os princípios cuja observância por todos se tem como indispensável à normalidade de dessa ordem. Diz-se, então, que ferem as leis de ordem pública e os bons costumes.

"A lei de ordem pública seria 'aquela que entende com os interesses essenciais do Estado ou da coletividade, ou que fixa, no Direito Privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade'. Essa idéia geral não traça diretriz suficientemente clara para guiar o juiz obrigado a invocá-la, porquanto não é fácil determinar taxativamente os interesses essenciais do Estado e da coletividade, variáveis em função até do regime político dominante. Por outro lado, os pilares da ordem econômica e moral de determinada sociedade são em número reduzido. Considerados apenas os fundamentais, limitar-se-ia, demasiadamente, o conceito de ordem pública.

"Recorre-se ao expediente da enumeração exemplificativa. Tentando-se classificá-los, como segue: 1º) as leis que consagram ou salvaguardam o princípio da liberdade e da igualdade dos cidadãos, e, particularmente, as que estabelecem o princípio da liberdade de trabalho, de comércio e de indústria; 2º) as leis relativas a certos princípios de responsabilidade civil ou a certas responsabilidades determinadas; 3º) as leis que asseguram ao operário proteção especial; 4º) as leis sobre o estado e capacidade das pessoas; 5º) as leis sobre o estado civil; 6º) certos princípios básicos do direito hereditário como os relativos à legítima e o que proíbe os pactos sobre sucessão futura; 7º) as leis relativas à composição do domínio público; 8º) os princípios fundamentais do direito de propriedade; 9º) as leis monetárias; e 10º) a proibição do anatocismo" (ob. cit., p. 24 e 25).

Cláudia Lima Marques, por sua vez, ao comentar acerca dos contratos submetidos às regras do CDC, disser-

ta no pertinente ao ato jurídico perfeito da seguinte forma:

"Caracterizado como ato jurídico perfeito está protegido o ato na sua forma original, porque acompanhado pela lei antiga, a qual lhe empresta ou emprestou validade. A grande pergunta é o que significa ser ato 'consumado', se é ter surtido seus efeitos, ter se exaurido ou se é simplesmente ter nascido como causa de futuros efeitos, ato assinado pelas partes.

"No primeiro caso, os efeitos já produzidos estariam incluídos na garantia constitucional, não os efeitos atuais do ato, por não consumados, estes efeitos pendentes ou futuros dos atos já assinados regeriam-se pela lei nova. Na segunda visão, da consumação do ato com sua simples assinatura (perfeição do ato), tanto a sua formação quanto os seus efeitos consumados ou futuros serão regidos pela lei antiga, mesmo que revogada, mas vigente à época da assinatura" (Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 567 e 568).

Demais, analisando caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal em que não se admitiu a aplicação da TR como índice de correção monetária, ao argumento de que não reflete variação do poder aquisitivo da moeda, e, por isso, não examinou a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna, Cláudia Lima Marques, após análise crítica da decisão sob três elementos dogmáticos: interpretação estrita da perfeição do ato jurídico e hierárquica das garantias constitucionais, além da visão lógica da retroatividade, conclui:

"[...] se a tese apresentada é erudita e correta, resta uma grande dúvida quanto à sua possibilidade de aplicação a todos os casos. Encontrou-se verdadeiramente o elemento abstrato, objetivo e neutro capaz de solucionar com justiça todos os casos, através desta estrita interpretação de ato jurídico perfeito? Se a tese ora vitoriosa pode ser usada na maioria dos casos, parece-me que com relação a aplicação do CDC a contratos anteriores a março de 1991, esta visão abstrata ignora um elemento importante: a hierarquia constitucional da garantia à defesa dos interesses dos consumidores. Por vontade do legislador constitucional estamos aqui perante uma antinomia de princípios, a uma teórica contradição de valores. De um lado, o respeito à vontade individual consubstanciada no ato alegadamente 'perfeito', de outro, o valor social da obrigação do Estado (inclusive do judiciário) de proteger os mais fracos na relação, os consumidores. Trata-se justamente de uma antinomia necessária de valores, um conflito de princípios basilares constitucionais, que deve necessariamente ser decidido pelo julgador" (ob. cit., p. 576 e 577).

Na hipótese, não se discute a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e nem se poderia, pois o contrato celebrado entre as partes é posterior à sua vigência, porém de ou-

tra lei também reconhecidamente de ordem pública, tendo em vista seu caráter econômico, merecendo destaque os ensinamentos dos doutrinadores acima citados.

Esta Corte, apreciando a aplicabilidade da Lei n. 9.069/95 nos contratos anteriores, com base em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, assim decidiu, *verbis*:

"– Promessa de compra e venda. Correção monetária das prestações.

"– Contrato firmado na vigência da MP n. 434/94, reeditada sucessivamente até sua conversão na Lei n. 8.880, de 27 de maio de 1994, com prestações expressas em URV, não pode ser reajustado antes de um ano (fora da URV), sendo ineficaz cláusula de que se a correção da URV se evidenciar inferior à poupança serão as prestações corrigidas por esta. A correção, após um ano, far-se-á pelo IPC-r, como previsto no art. 27 da MP n. 542/94, convertida na Lei n. 9.069/95.

"– Contrato firmado anteriormente à MP n. 434/94, que instituiu a URV, tem preservados os efeitos produzidos anteriormente à edição do aludido diploma legal, sujeitando-se às suas disposições, contudo, em relação aos efeitos futuros. Nesse sentido precedente do STJ, deste teor: 'A MP 542/94, que instituiu o Plano Real e modificou o padrão monetário nacional, é norma jurídica de ordem pública, de eficácia imediata e geral, alcançando as relações jurídicas estabelecidas antes de sua edição' (STJ, REsp n. 89.348-0, Ementário do STJ, vol. 17, p. 57).

"– Apelo provido para julgar-se procedente o pedido consignatório, invertidos os ônus da sucumbência" (Ap. Cív. n. 1997.004629-4, de São José, rel. Des. João José Schaefer).

A par dessas considerações iniciais, conclui-se que a aplicabilidade da Lei n. 9.069/95 e, em conseqüência, das Medidas Provisórias, cujos atos praticados restaram convalidados, consoante o artigo 84 da referida norma, incidem imediatamente nos atos ainda não praticados pelos contratantes.

A esta altura, passando-se à análise do caso concreto, verifica-se que o contrato celebrado entre as partes, no que tange à parcela objeto do litígio, dispunha:

"9.3 Parcela final do preço: Cr$: 2.959.348.950,00 (dois bilhões, novecentos e cinqüenta e nove milhões, trezentos e quarenta e oito mil, novecentos e cinqüenta cruzeiros).

"Que deverá ser reajustada, a partir desta data e até 30 (trinta) dias antes do vencimento da primeira prestação informada na alínea *b* do campo '9.3.1.1' abaixo, pela variação mensal e acumulativa da UPF (Unidade Padrão de Financiamento) no caso de o comprador optar pelo pagamento desta parcela pela sistemática informada no subcampo '9.3.1.1' Caso esta parcela venha a ser paga com financiamento (subcampo '9.3.1.2'), o reajustamento incidirá até a data em que se consumar a sua liquidação por intermédio do financiamento.

"9.3.1 Forma de pagamento da parcela final do preço:

"9.3.1.1 Em prestações mensais diretamente à vendedora:

"O comprador pagará esta parcela final do preço, da seguinte forma, respeitadas, ainda, as disposições contratuais, adiante ajustadas, e pertinentes a esta matéria:

"a) número de prestações mensais: 72 (setenta e duas);

"b) vencimento da primeira prestação: 15-7-95;

"c) vencimento das demais prestações: mensalmente, a partir do vencimento da primeira prestação, no mesmo dia do vencimento desta;

"d) reajustamento das prestações: pela variação mensal e acumulativa do mesmo percentual de reajustamento dos saldos das cadernetas de poupança com data de aniversário na mesma data do vencimento das prestações;

"e) periodicidade do reajustamento das prestações: mensal;

"f) período de incidência do reajustamento das prestações: a partir de 15-6-95, até a data do vencimento da prestação;

"g) taxa de juros incidentes sobre o valor das prestações: 1% (um por cento) ao mês;

"h) forma de apuração do valor da primeira prestação: 30 (trinta) dias antes do vencimento da primeira prestação será conhecido o valor da parcela final do preço, com a atualização monetária mencionada no campo '9.3', valor este que será dividido pelo número de prestações a que alude a alínea *a*, do campo '9.3.1.1', incidindo sobre o valor encontrado, a taxa de juros referida na alínea *g*, acima".

Dessa cláusula extrai-se em relação à última parcela duas etapas, a primeira diz respeito à correção monetária incidente sobre o valor total 30 (trinta) dias antes do vencimento da primeira contraprestação indicado na alínea *b*, ou seja, 15-7-95, e a segunda, por sua vez, refere-se aos encargos incidentes nas demais prestações conforme as alíneas acima mencionadas.

Contudo, observa-se dos cálculos apresentados pelos litigantes (documentos de fls. 38 e 53 a 56) que nenhum deles seguiu a prescrição estabelecida no ajuste.

Efetivamente, o autor, aplicando o valor do CUB como índice de correção monetária, atualizou o saldo devedor para o dia 15-6-94 no montante de CR$ 105.165.390,00 (cento e cinco milhões, cento e sessenta e cinco mil e trezentos e noventa cruzeiros reais), sobre o qual não incidiu reajuste *pro rata* do período de 15 (quinze) dias, atingindo quantia devedora em 1º de julho de 1994 de CR$ 105.637.903,62 (valor este que causa estranheza tendo em vista que coincide com o saldo devedor atualizado pela UPF em 15 de junho de 94, demonstrando que não houve a incidência do reajuste de 20,6482%), porém este valor restou dividido por 2.750 e não 27550 como consta na planilha de fl. 38, convertendo-se na importância de R$ 38.413,78 (trinta e oito mil, quatrocentos e treze reais e setenta e oito centavos), como indicado pelo autor.

Desse numerário, o autor incidiu no período de 1º-7-94 a 30-6-95 a variação do IPC-r no percentual de 35,29, chegando ao saldo devedor em 30 de junho de 95 no importe de R$ 51.970,00 (cinqüenta e um mil, novecentos e setenta reais), o qual dividido por 72 (setenta e duas) prestações importa no valor da prestação sustentada pelo autor, ou seja, R$ 721,80 (setecentos e vinte e um reais e oitenta centavos).

Por outro lado, analisando-se os cálculos elaborados pela ré, denota-se que a diferença existente entre o valor atingido pelo autor no dia 1º de julho de 1994 e aquele indicado na planilha de fl. 53 (R$ 46.547,90) decorre da incidência do reajuste *pro rata tempore* no percentual de 21,175, o qual, embora mencionado na planilha de cálculo apresentada pelo autor (percentual diverso), não foi por ele aplicado.

A par disso, este é o primeiro item a ser discutido. Na realidade, o autor impugna o reajuste à alegação de que a ré não obedeceu ao dia de aniversário, o qual, segundo o inciso II do artigo 22 da Lei n. 9.069/95, corresponde ao último dia de validade dos preços contratuais em cada período de reajustamento.

Impõe-se observar que tanto o autor como a ré chegaram ao mesmo saldo devedor no dia 15 de junho de 1994; no entanto, no dia 1º de julho de 1994, data da conversão para a nova moeda, apenas a ré aplicou o reajuste *pro rata tempore*.

Incorreta a atitude da ré, pois, aplicando-se o CUB (Custo de Unidade Básica) como índice de correção monetária, incide o inciso II do artigo 22 da Lei n. 9.069/95, tendo em vista que reflete a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, diversamente dos índices de preços mencionados no *caput* do artigo 20 da referida norma, os quais se fossem utilizados importariam na necessidade do reajuste *pro rata tempore*. Apenas para exemplificar, menciona-se que o valor do CUB é calculado no início do mês, enquanto os índices de preço são diários e, caso fossem utilizados, no caso em tela, a ausência do reajuste *pro rata tempore* importaria em enriquecimento sem causa por parte do autor.

Ora, levando-se em consideração que o valor do CUB era o mesmo para todo o mês, aplicá-lo até o dia 15 e depois novamente até o dia 30, ainda que pela metade, é admitir atualização em duplicidade, onerando demasiadamente as prestações a serem pagas pelo autor.

A propósito, não é demais frisar o disposto na Lei n. 4.591/64, nestes termos:

"Art. 54. Os sindicatos estaduais da indústria da construção civil ficam obrigados a divulgar mensalmente, até o dia 5 de cada mês, os custos unitários de construção a serem adotados nas respectivas regiões jurisdicionais, calculados com observância dos critérios e normas a que se refere o inciso I do artigo anterior".

Em Santa Catarina o custo unitário básico é calculado e divulgado pelo Sindicato da Indústria da Construção

Civil da Grande Florianópolis – Sinduscon.

Dissertando sobre essa disposição legal, bem como ao artigo 53 também da Lei n. 4.591/64, Caio Mário da Silva Pereira assevera que:

"O aspecto técnico do contrato de construção escapa normalmente ao conhecimento dos adquirentes, que são leigos, e não têm, por isso mesmo, conhecimento para a sua discussão com a outra parte, dotada de experiência neste ramo de atividade. Com o propósito de evitar esta desigualdade contratual, à sua vez fonte de desequilíbrios econômicos graves, e também de discórdias, a Lei n. 4.591/64 instituiu uma série de preceitos especializados e quase regulamentares. Assim é que previu um contrato de prestação de serviços por intermédio do Banco Nacional da Habitação, com a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT –, no sentido de que esta, tendo em vista o disposto na Lei n. 4.150, de novembro de 1962, prepare, no prazo de 120 dias, normas adequadas a cada tipo de prédio, visando à padronização dos critérios para cálculo de custo unitário, para elaboração do orçamento do custo da construção, para a avaliação do custo global da obra, bem como modelo de memorial descritivo dos acabamentos, e critérios pelo qual se ajustem o cronograma das obras e o pagamento das prestações (art. 53). Além de proporcionar esses dados, a ABNT deverá, ainda, obrigar-se a atualizar periodicamente as normas previstas. A observância das prescrições técnicas que constituíam um dever ético-profissional converteu-se, assim, em dever legal" (Condomínio e Incorporações. 6. ed. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 308 e 309).

Voltando ao caso em comento, observa-se do contrato acostado nas fls. 77 a 85 que a parcela intermediária foi atualizada pelo CUBm (Custo Unitário Básico Médio) divulgado pelo Sindicato acima apontado, porém apenas sobre a última parcela é que passou a incidir a UPF (Unidade Padrão de Financiamento) que, diversamente do primeiro, varia diariamente, e, portanto, importaria na aplicação do *caput* do artigo 20 da Lei n. 9.069/95, tornando correta a aplicação do reajuste *pro rata tempore*.

Levando-se em conta que, conforme o campo 10 do ajuste celebrado entre as partes, a época estimada para conclusão da obra corresponde ao mês de atualização da última parcela do preço, ou seja, junho de 1995, bem como a afirmação feita pela ré de que após a conclusão da obra não persiste razão para que o reajuste das parcelas seja efetuado com base em índices de custos ou preços, torna-se evidente que a alteração do índice decorreu deste fato, podendo-se concluir que, com a conclusão da obra, a construtora entende cabível a aplicação de outro índice monetário, não se podendo mais utilizar o CUB para reajustar as parcelas.

Este raciocínio é equivocado, pelo menos em relação à atualização do valor total da terceira parcela, uma vez que seu vencimento ocorreu antes da conclusão da obra e, portanto, o índice deve ser o mesmo aplicado na segunda parcela.

Depreende-se, pois, que a construtora utilizou-se de índices diversos nas cláusulas, utilizando-se do CUB (Custo Unitário Básico) na parcela intermediária e da UPF (Unidade Padrão de Financiamento) na parcela final.

O critério utilizado pela ré – índices diferentes nas prestações – acarretou aumento excessivo na parcela final, visto que a UPF está baseada na caderneta de poupança, enquanto o CUB reflete os índices referentes à construção civil e este possui valor mensal, não se podendo falar em reajuste *pro rata tempore* tendo em vista que o valor do CUB correspondente ao mês de junho e aplicado pelo autor atualiza o valor até o último dia do mês, independente da data de vencimento, ou seja, a variação não é diária, e, por conseguinte, perfeitamente aplicável, na hipótese, o disposto na parte final do inciso II do artigo 22 da Lei n. 9.069/95.

Ademais, caso não houvesse a possibilidade de aplicação da Lei n. 9.069/95, de se dizer que a questão se relaciona também com as disposições do Código de Defesa do Consumidor, consoante já decidiu esta Corte:

"Apelação cível – Ação de rescisão de contrato de compromisso de compra e venda — Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Nulidade de cláusula abusiva — Devolução das parcelas pagas de forma integral e imediata – Recurso desprovido.

"A finalidade do CDC é proteger os consumidores, parte mais fraca na relação jurídica, devendo as cláusulas ser interpretadas de modo mais favorável a eles.

"Ademais, vale dizer que o art. 51 do CDC tem por escopo fulminar de nulidade toda e qualquer cláusula dotada de abusividade, pelo que busca o restabelecimento do equilíbrio entre as partes contratantes [...].

"Não restam dúvidas, portanto, que as parcelas devem ser restituídas de forma integral e imediata, para que se restabeleça o equilíbrio entre as partes contratantes" (Ap. Cív. n. 2001.022386-4, de São José, rel. Des. José Volpato).

E ainda:

"Compromisso de compra e venda. Impossibilidade no pagamento das prestações por parte do promitente comprador. Promitente vendedora que intenta devolver valor inferior ao efetivamente devido através das parcelas pagas. Nulidade. Pedido de rescisão do contrato e devolução das prestações em juízo, pelo promitente comprador. Possibilidade jurídica do pedido.

Omissis.

"A devolução das parcelas pagas é princípio básico das rescisões contratuais, ainda mais diante das disposições expressas no Código de Defesa do Consumidor, que reputam nulas as cláusulas abusivas ou que coloquem o consumidor em vantagem excessivamente exagerada" (Ap. Cív. n. 1999.005923-5, de São José, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Poder-se-ia argumentar no sentido da inaplicabilidade do CDC, pois,

em que pese a ausência de provocação na exordial, o autor sustentou sua aplicabilidade somente neste grau de jurisdição, pela petição de fls. 143 a 151. Sabe-se, contudo, que se trata de norma de ordem pública, podendo ser aplicada até mesmo, de ofício, pela autoridade judiciária.

Dito isso, verifica-se dos autos que, como demonstrado anteriormente, a incidência da UPF para reajustar a última parcela acabou gerando enriquecimento sem causa à ré, uma vez que o custo real da construção civil é reajustado pelo CUB (Custo Unitário Básico).

Na verdade, este índice reflete o custo das unidades em construção nos empreendimentos e obras da construção civil, sendo o mais adequado em promessas de compra e venda de imóveis, de maneira que o consumidor somente irá pagar o efetivamente gasto no decorrer do empreendimento.

Assim, em relação à última parcela do preço também deve incidir o CUB como índice de atualização monetária e, em conseqüência, afastada a possibilidade de reajuste *pro rata tempore*, sob pena de vantagem indevida em favor da ré.

Nesse sentido:

"Civil e processual – Construção por incorporação – Correção monetária (IGP-M e CUB) – *Omissis*.

"I – A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que os índices de preços (IGP-M e CUB) são os fatores mais adequados para atualização monetária" (REsp n. 116269/MG, julgado em 15-12-97, DJ de 11-5-98, p. 87, Min. Waldemar Zveiter).

Do corpo do julgado *supra*, extrai-se:

"Correto o posicionamento do aresto ao chancelar o índice de IGP-M, como atualizador monetário em contrato de construção que tal, dado que este era o anterior fator utilizado nessa atividade, sendo certo que veio a ser substituído pelo CUB do Sinduscon [...]".

Ou:

"No que diz com a aplicação do índice CUB-Sinduscon e a tese de que sua aplicação resulta de cláusula potestativa, ilegal, portanto, tem-se que a jurisprudência da Casa considera válido tal pacto, autorizando a utilização de referido índice, enquanto em construção o imóvel, como declarado no julgado recorrido" (REsp n. 120353/SP, publicado no DJ em 4-8-97, p. 34.758, julgado em 3-6-97, rel. Min. Eduardo Ribeiro).

Como se não bastasse, esta Casa vem adotando postura idêntica aos julgados *supra* quando acolhe o CUB como índice adequado aos contratos de incorporação, conforme se pode perceber pelos seguintes arestos:

Omissis.

"CUB. Índice de atualização dos valores orçados. Admissibilidade.

"Estabelecidos os valores condenatórios calculados na perícia tendo como correção o Custo Unitário Bruto, deve a atualização ser apurada de acor-

do com esse índice que é o próprio para o setor de construção civil, ainda que se tenha utilizado outro no decorrer do contrato [...]" (Ap. Cív. n. 2001.001429-2, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Do corpo do acórdão, no qual o eminente Desembargador Relator utilizou-se de fundamentação do então Juiz de Direito e atual membro desta 2ª Câmara de Direito Civil, Des. Monteiro Rocha, colhe-se:

"O CUB é a unidade utilizada para os negócios de construção. O negócio *sub judice* envolve negócio de construção objeto de seguro. Como tal, utilizou-se ao longo do contrato a Unidade Padrão de Financiamento divulgada pelo Banco Central, contra a qual não se insurgiu o requerente que, inclusive, adotou a UPF em seu petitório inicial.

"Todavia, os valores condenatórios estabelecidos no item *a supra* foram calculados, todos, com base no Custo Unitário Bruto (CUB), conforme a perícia do *expert*, razão pela qual a sua atualização deve, realmente, ser apurada de acordo com esse índice que é o próprio para o setor de construção civil".

Nessa linha de raciocínio, a cláusula que estabelece a UPF como indexador a ser aplicado ao contrato *sub judice* é considerada abusiva, à luz do art. 51, inc. IV, do Código de Defesa do Consumidor, que expressamente determina:

"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

"IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade".

Continua o supracitado artigo, exemplificando algumas cláusulas consideradas abusivas em seu § 1º e incs., dentre os quais importa ao caso concreto o de número II, que possui a seguinte redação:

"§ 1º — Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

"II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual".

Nelson Nery Júnior, ao comentar o que seria obrigação iníqua e vantagem exagerada, à luz do supracitado inc. IV do art. 51 do CDC, assim preleciona:

"Aqui também conceitos indeterminados de obrigações iníquas e vantagem exagerada deverão ser integrados pelo juiz, em razão das circunstâncias que envolvem o caso concreto. O Código estabelece, no § 1º deste art. 51, algumas hipóteses de presunção do exagero da vantagem [...]" (Código brasileiro de defesa do consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 513).

Mais adiante, ao discorrer sobre as "vantagens exageradas" previstas no inc. II do § 1º do art. 51 do CDC, continua o autor:

"Não é preciso que haja desequilíbrio contratual efetivo, pois a lei pre-

sume exagerada a vantagem, sempre que o objeto do contrato estiver ameaçado pelo conteúdo da cláusula.

"Essa consideração vai depender do tipo e da natureza do contrato. Tratando-se de compra e venda de consumo, por exemplo, se a vantagem de preço for de tal ordem que coloque em risco o equilíbrio contratual, incide presunção de que trata o dispositivo ora comentado" (ob. cit., p. 534).

Dessa forma, considerando-se que a aplicação do reajuste *pro rata tempore* gerou acréscimo substancial (21,175%) no valor final da última parcela do preço, impõe-se o afastamento do reajustamento aplicado pela ré no percentual de 21,175, já que o valor do CUB levado em consideração pelo autor para a atualização da parcela até o dia 30-6-94 diz respeito ao período integral do mês de junho, sendo aplicável o inciso II do artigo 22 da Lei n. 9.069/95, fato que consoante as regras consumeristas é o adequado, *in casu*, haja vista que a utilização do custo unitário básico, por ser índice mensal, atualizou o valor até o dia da conversão.

Em relação ao índice de reajuste aplicado após a conversão da moeda no dia 1º de julho de 1994, em que pese o disposto no artigo 27 da Lei n. 9.069/95, *verbis*:

"Art. 27. A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária contraída a partir de 1º de julho de 1994, inclusive, somente poderá dar-se pela variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor, Série r- IPC-r.

"§ 1º O disposto neste artigo não se aplica:

"II – aos contratos pelos quais a empresa se obrigue a vender bens para entrega futura, prestar ou fornecer serviços a serem produzidos, cujo preço poderá ser reajustado em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada de insumos utilizados".

Impondo, portanto, ao contrato a aplicação do CUB (Custo Unitário Básico) até o cumprimento final do pacto, uma vez que reflete adequadamente a variação dos valores utilizados na construção civil, tanto o autor como a ré utilizaram a partir do dia 1º de julho de 1994 até o mês de junho de 1995 o mesmo indexador (IPCr), conforme cálculos apresentados nas fls. 38 e 53 a 56, respectivamente.

Além disso, o autor postulou na inicial a incidência do IGP-M.

Sendo assim, nesse particular, deve-se admitir como correto o índice aplicado pelo autor até o mês de junho de 1995 e, posteriormente, a substituição pelo IGP-M, como postulado na inicial e perfeitamente cabível, conforme precedente citado.

Por fim, de se dizer que é vedada a capitalização de juros, consoante a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal, a qual vem sendo aplicada por esta Corte, senão vejamos:

A capitalização de juros é autorizada apenas em tema de contrato bancário, nas hipóteses previstas nos Decretos-Leis n. 167/1967 e 413/1969 e na Lei n. 6.840/1980.

Nesse sentido, tem decidido o colendo Superior Tribunal de Justiça:

"A capitalização de juros (juros de juros) é vedada pelo nosso direito, mesmo quando expressamente convencionada, não tendo sido revogada a regra do art. 4º do Decreto n. 22.626/33 pela Lei n. 4.595/64. O anatocismo, repudiado pelo verbete n. 121 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, não guarda relação com o enunciado n. 596 da mesma Súmula" (*in* RSTJ 22/197, rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

Na mesma direção, RSTJ 13/352, rel. Min. Cláudio Santos. (Excerto de acórdão da lavra do Des. Nelson Schaefer Martins em Apelação Cível n. 2003.003907-4, de Itajaí, julgada em 3-3-2005).

Quanto à periodicidade do reajustamento das prestações mensalmente, razão também lhe assiste. Efetivamente, sabe-se que a periodicidade do reajuste nos contratos de promessa de compra e venda de bem imóvel deve ser anual, consoante o disposto no artigo 28 da Lei n. 9.069/95.

Para tanto, colhe-se o seguinte julgado:

"Apelação cível – Consignação em pagamento – Contrato de promessa de compra e venda de imóvel – Inexistência de ofensa a ato jurídico perfeito – Impossibilidade de aplicação da correção monetária pelos índices da caderneta de poupança – Atualização monetária – Alteração da incidência de mensal para anual – Aplicação da Lei n. 9.069/95 – Recurso desprovido.

"Aplicando-se a Lei n. 9.069/95, não resta violado o preceito constitucional disposto no art. 5º, XXXVI, podendo, desta forma, alterar o índice de correção monetária instituído no compromisso contratual efetuado a partir de 1º de julho de 1994, vez que se trata, a instituição do novo padrão monetário, de ordem pública, tendo, assim, aplicação imediata.

"A periodicidade dos reajustes das prestações pactuadas, com o advento da Lei n. 9.069/95, passou a ser anual, abolindo-se o reajustamento mensal" (Ap. Cív. n. 1999.009818-4, de São José, rel. Des. Dionizio Jenczak, Terceira Câmara Civil, julgada em 23 de junho de 2003).

Nesse contexto, impõe-se o provimento do recurso para julgar procedente o pedido formulado pelo autor e, em conseqüência, admitir como índice de atualização até o mês de junho de 1994 o valor do CUB e a contar de 1º de julho de 1994 o IPC-r, depois o IGP-M, além de afastar a capitalização de juros e o reajuste mensal.

Finalmente, invertem-se os ônus de sucumbência, fixando-se em relação à verba honorária o percentual de 20% sobre o valor da causa atualizado.

III – Decisão

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso.

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

Florianópolis, 21 de julho de 2005.

Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Jorge Schaefer Martins,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.022690-1, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Substituto Jorge Schaefer Martins

Indenização. Depósito de cheque. Compensação efetuada. Liberação do valor disposto na cártula. Utilização do numerário. Contra-ordem emitida pelo sacador verificada posteriormente. Estorno procedido sem autorização do correntista. Impossibilidade. Necessidade de ação judicial da instituição financeira para tornar legítima sua atuação contra o responsável pelo ressarcimento.

Depositado o cheque pelo correntista e liberado o dinheiro pela instituição financeira, esta depende de autorização daquele ou judicial para efetivar o ressarcimento devido em decorrência de erro verificado após a compensação e a disponibilização do numerário.

Devolução de cheques por ausência de provisão de fundos acarretada pelo estorno efetuado ilicitamente pelo sacado. Dever de indenizar.

"A devolução indevida de cheque sem fundos acarreta a responsabilidade de indenizar o dano moral, que prescinde da prova de prejuízo" (ARREsp n. 416.364/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18-6-2002).

Fixação do quantum *pelo prudente arbítrio do julgador. Observância dos critérios subjetivos que indicam o arbitramento. Razoabilidade.*

"O valor de indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor e, ainda, ao porte

econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso" (REsp n. 240441/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 5-6-2000, p. 172).

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.022690-1, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara), em que é apelante Sebastião de Barcelos e apelado Banco do Brasil S.A.:

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

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Sebastião de Barcelos intentou ação de indenização contra Banco do Brasil S.A., alegando que depositou, em 29-9-2000, um cheque no valor de R$ 20.597,00, tendo o numerário sido liberado em sua conta corrente no dia 2 de outubro de 2000.

Aduziu que no dia 4 de outubro de 2000 recebeu uma ligação do funcionário do réu informando que o título foi compensado indevidamente devido a erro no sistema de compensação.

Além disso, enfatizou que comunicou o réu acerca da impossibilidade de pagamento imediato do valor disponibilizado, porém se comprometendo a efetuar o ressarcimento, assim que tivesse condições.

Finalmente, asseverou que no dia 17 de outubro de 2000 o réu sacou diretamente da conta corrente o valor correspondente ao cheque, acarretando a devolução de dois cheques, bem como o não-pagamento de vários débitos em conta, além de que, em razão do saque, restou um saldo devedor no montante de R$ 12.921,00, ocasionando a impossibilidade de recebimento de seus proventos, os quais serão debitados automaticamente na conta e retidos pela instituição financeira para saldar o excesso de limite do cheque especial.

Por derradeiro, postulou a concessão de liminar para que possa movimentar os valores advindos de seus proventos e, a final, a procedência do pedido e, em conseqüência, a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Concedida a liminar, o réu apresentou contestação, argüindo, em preliminar, impossibilidade jurídica do pedido e ausência de interesse processual.

No mérito, aduziu que o procedimento adotado pela instituição financei-

ra decorreu do previsto no item *c* da 5ª cláusula contratual geral do contrato de abertura de conta corrente e conta poupança pessoa física celebrado entre as partes.

No mais, impugnou os danos materiais e morais alegados pelo autor.

Houve réplica (fls. 76 a 87).

Nas fls. 88 a 90 o autor informou o não-cumprimento da liminar.

Intimado o preposto do réu para proceder ao cumprimento da liminar, o autor retornou aos autos, impondo nova decisão monocrática.

Expedido alvará judicial e indeferido o pedido de liberação do valor referente à restituição do imposto de renda, o Dr. Juiz *a quo*, em audiência, julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes no percentual de 15% sobre o valor da causa.

Inconformado, apelou o vencido, pretendendo a reforma da sentença ao argumento de que o réu agiu ilicitamente ao sacar o valor correspondente ao cheque depositado, compensado e liberado, sem a prévia autorização.

Ademais, mencionou que após a liberação do valor do cheque na conta corrente é lícita a movimentação realizada pelo correntista.

Com as contra-razões, ascenderam os autos.

Neste grau de jurisdição, o Excelentíssimo Desembargador Monteiro Rocha deferiu o pedido formulado pelo autor, concernente à liberação mensal dos proventos de aposentadoria auferidos por este, indeferindo o pleito relativo à remessa de peças ao Ministério Público, em face de pretenso cometimento do crime de desobediência; porém determinou a emissão de cartão magnético.

II – Voto

A questão está centrada na análise da licitude ou ilicitude do procedimento adotado pela instituição financeira ré, consistente no débito da conta corrente do autor do valor disponibilizado em decorrência de cheque não compensado devido a contra-ordem.

Para o deslinde da questão impõe-se transcrever o disposto na cláusula cinco das cláusulas gerais do contrato de abertura de conta corrente e conta poupança pessoa física acostado nas fls. 68 e 68v., nestes termos:

"Cláusula 5ª Fica o Banco autorizado a:

"a) endossar os cheques nominativos acolhidos em depósito para crédito em favor do(s) Correntista(s);

"b) salvo liberação antecipada expressa, somente colocar à disposição as importâncias depositadas em cheques, após sua cobrança;

"c) debitar os valores dos cheques que tenham sido antecipadamente liberados e que forem devolvidos pelos Bancos sacados, bem como os juros e demais acessórios sobre o valor

desses cheques, calculados desde a data da liberação;

"d) debitar juros e demais acessórios sobre a utilização de valores relativos a depósitos em cheques liberados antes dos prazos normais de compensação".

A par disso, verifica-se que o réu somente coloca à disposição do correntista as importâncias depositadas em cheques após a cobrança, cuidando a alínea *c* dos casos em que ocorra a antecipação dos valores constantes das cártulas, por meio de ajuste prévio entre o banco e o correntista.

Na verdade, observa-se dos autos que o caso concreto não se amolda à situação prevista na cláusula acima mencionada, pois não se trata de liberação antecipada e previamente ajustada. No caso vertente, o autor depositou o título em sua conta corrente; o valor foi disponibilizado por erro do réu, apesar de não dever ter sido compensado, em face de existência de contra-ordem.

O equívoco, à evidência, foi da instituição bancária e não do apelante.

Assim, resta saber se, disponibilizado o valor do título na conta corrente e utilizado pelo correntista, concede-se ao banco a possibilidade de proceder ao débito do montante respectivo, apesar de ausente a autorização daquele.

No REsp n. 67.731 a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça reformou decisão proferida por este Tribunal, entendendo que a compensação indevida de cheque e, em conseqüência, a liberação do valor em conta corrente, por erro da instituição financeira, não desonera o correntista do dever de reembolsar o depositário, sob pena de locupletamento ilícito.

Ocorre que, no caso vertente, a instituição financeira deliberadamente, ou seja, sem autorização judicial, ao contrário do precedente acima colacionado, estornou o valor por ela disponibilizado erroneamente, ocasionando excesso de limite e outros embaraços ao correntista, como a devolução de cheques e o não-pagamento de débitos em conta.

Em relação a esse fato ocorrido no caso em tela, *mutatis mutandis*, também já se manifestou a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nestes termos:

"Civil e processual. Ação ordinária objetivando o cancelamento de estorno em conta corrente e reposição do valor subtraído. Compensação de cheque finalizada com liberação do numerário correspondente. Cheque roubado oriundo de terceiro. Venda de mercadorias. Ausência de dolo ou culpa da empresa correntista. Responsabilidade do banco. Lei n. 7.357/85, art. 39.

"I. Finalizada a compensação, pelo banco réu, do cheque depositado pelo correntista que, em face disso, efetuou a venda a outra empresa das mercadorias correspondentes, incabível, após, pela detecção de que o título emitido por terceiro era produto de roubo, o estorno da quantia creditada ao cliente, bem assim a cobrança dos encargos respectivos.

"II. Inexistência de dolo ou culpa do correntista autor.

"III. Recurso especial não conhecido" (REsp n. 536578, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 6-11-2003).

Além disso, adequando-se ainda mais com a hipótese dos autos, já decidiu o mesmo Tribunal Superior:

"Indenização. Danos morais e materiais. Estorno indevido em conta corrente. Precedentes da Corte.

"1. Já decidiu a Corte que 'procedido o depósito, estando o numerário a disposição do correntista em sua conta corrente, não pode o banco, sob a alegação de solicitação do empregador, estornar o valor sem a autorização do titular da conta' (REsp n. 130.284/DF, relator o Senhor Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 17-5-1999), confirmada nas instâncias ordinárias a existência de repercussão danosa do indevido estorno.

"2. Recurso especial não conhecido" (REsp n. 324.173, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 2-5-2002).

Por sua vez, esta Corte de Justiça, analisando casos semelhantes ao presente, já decidiu:

"Ação de indenização por danos morais. Depósito em conta corrente. Quantia posteriormente estornada pelo banco. Ausência de comunicação ao correntista, que ficou com saldo negativo e teve seu nome inscrito no Serasa. Culpa da instituição financeira. Dano moral caracterizado.

"À instituição financeira, que se julga no direito de proceder ao estorno de valores depositados em conta de correntista, se impõe, para tanto, que obtenha autorização de seu titular. Em hipótese de negativa, frente à pretensão resistida, deve buscar em Juízo o seu desiderato, não lhe sendo lícito procedê-lo, de forma unilateral, ensejando posterior inscrição do correntista no Serasa. Caracterizado está o dano moral, representado pelo abalo ao crédito do autor, que independe de prova específica" (Ap. Cív. n. 2004.036142-9, de Pomerode, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

Admitir-se como lícita a conduta da ré seria admitir-se a possibilidade de adoção de procedimento que, caso se tratasse de pessoa física, adequar-se-ia à conduta do exercício arbitrário das próprias razões, crime previsto no Código Penal.

O procedimento correto, ocorrendo a negativa de pagamento por parte do correntista – o que não é bem o caso dos autos, uma vez que logo após o ocorrido este notificou a instituição financeira se colocando à disposição para solucionar o problema, enumerando até mesmo vários bens como garantia do futuro pagamento, porém esclarecendo que não possuía condições financeiras de ressarcir o réu em pecúnia naquele momento – era o desencadeamento de ação judicial para perseguir a satisfação plena do direito subjetivo e não o estorno unilateral e deliberado como acontecido.

Assim, levando-se em conta que o estorno ocorreu sem autorização do autor ou judicial, tornando-se ilícito o procedimento adotado pela instituição

financeira, indevida é a devolução dos títulos e o não-pagamento dos débitos em conta.

Destaca-se que a devolução de cheque por ausência de provisão de fundos, ainda que por uma única vez, ou seja, por motivo 11, *per se* gera prejuízos morais ao emitente, conforme entendimento cristalizado na jurisprudência dos tribunais. Vê-se que, havendo a devolução de cheque por insuficiência de fundos, não obstante haja saldo credor suficiente para quitar a obrigação, está configurado o dano moral por abalo de crédito, independentemente de comprovação do prejuízo material sofrido pela pessoa lesada, ou da prova objetiva da perturbação à sua honra e à sua reputação, porquanto são presumidas as conseqüências danosas resultantes desse fato.

Para tanto, transcreve-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"A devolução indevida de cheque sem fundos acarreta a responsabilidade de indenizar o dano moral, que prescinde da prova de prejuízo" (ARREsp n. 416.364/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18-6-2002).

E ainda do repositório jurisprudencial deste Pretório:

[...]

"Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Devolução indevida de cheque por falta de fundos. Existência de saldo positivo suficiente para quitar o título. Dever de indenizar caracterizado. Critérios para o arbitramento da verba indenizatória. Razoabilidade.

"Configura dano moral a devolução indevida de cheque por falta de fundos, quando, à época, possuía o correntista saldo positivo suficiente para quitar a cártula, independentemente de comprovação do prejuízo material sofrido pela pessoa lesada ou da prova do abalo à sua honra e à sua reputação, porquanto são presumidas as conseqüências danosas resultantes desse fato [...]" (Ap. Cív. n. 2003.009871-2, de Sombrio, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Segunda Câmara de Direito Civil, julgada em 28 de abril de 2005).

Igualmente:

"Apelação cível – Responsabilidade civil – Dano moral – Depósito em caixa eletrônico – Crédito não efetuado – Prestação de serviço – Responsabilidade objetiva da instituição financeira – Exegese do art. 14 do Código Consumerista – Inexistência de defeito no serviço ou culpa da correntista não demonstradas – Cheques devolvidos por insuficiência de fundos – Dano moral configurado – Dever de indenizar inarredável – Sucumbência recíproca – Não cabimento – Decisão mantida – Recurso desprovido.

"Os serviços prestados aos seus clientes, inclusive os efetuados por meio de caixas eletrônicos, são de inteira responsabilidade da instituição bancária, incumbindo a esta, quando da ocorrência do dano, provar a inexistência de defeito no serviço ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, conforme exegese do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

"A devolução de cheques por falta de provisão de fundos, quando não

causada pelo próprio correntista, gera a presunção de ocorrência do abalo moral, sem a necessidade de comprovação efetiva do dano" (Ap. Cív. n. 2003.017864-3, de Criciúma, rel. Des. Mazoni Ferreira, Segunda Câmara de Direito Civil, julgada em 14 de abril de 2005).

Por fim:

"Apelação cível – Ação de indenização por danos morais, materiais e lucros cessantes – Devolução indevida de cheques – Existência de limite – Dano moral – Desnecessidade de comprovação do prejuízo – Dever de indenizar – Responsabilidade da instituição bancária – *Quantum* satisfatório. Despesas com taxas, multas e demais encargos para extração do nome do cadastro de cheques devolvidos do Bacen – Dano material confirmado – Lucros cessantes não devidos. Correção monetária a partir da sentença. Recurso adesivo desprovido e apelação parcialmente provida.

"Configura dano moral a devolução indevida de cheque sob a falsa alegação de insuficiência de fundos.

'O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, de outra parte, deve desempenhar uma função pedagógica e uma séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva' (Ap. Cív. n. 2000.020454-4, de Lages, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben)" (Ap. Cív. n. 2004.026698-5, de Itajaí, rel. Dr. Sérgio Izidoro Heil, Terceira Câmara de Direito Civil, julgada em 4 de março de 2005).

Sendo assim, comprovada a conduta culposa da ré e, a par disso, os danos morais suportados pelo autor, passa-se à análise da verba indenizatória.

Na realidade, sabe-se que a quantificação da indenização por abalo moral é tema bastante controvertido, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Carlos Dias Motta, discorrendo sobre o assunto, assenta:

"[...] uma das maiores resistências ao acolhimento da indenização por dano moral era justamente a dificuldade da apuração de seu valor. Por não ter natureza reparatória, torna-se difícil ou até mesmo impossível a fixação da indenização em valor equivalente ao dano. [...] A questão da quantificação é, no estado de nosso direito, sem dúvida, o grande desafio de quantos cuidam do dano moral" (Dano moral por abalo indevido de crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 88, vol. 760, de fevereiro de 1999, p. 83).

Portanto, cabendo ao magistrado o arbitramento da indenização, respeitado o princípio do livre convencimento motivado ante a dificuldade na valoração do prejuízo, mister a utilização de determinados critérios que o auxiliem a desanuviar o processo de quantificação.

Esses critérios, por sua vez, estabelecidos pela prática jurisdicional,

devem atentar às particularidades tanto do ofendido como do ofensor. Assim, leva-se em conta, dentre outros, o transtorno sofrido e a posição social da vítima, além da capacidade financeira do agente. A força punitiva da indenização também deve ser considerada, de modo que, ao mesmo tempo em que o agente danoso sinta-se coibido de reiterar a prática ilícita, a vítima não seja enriquecida imprópria e demasiadamente.

Para alicerçar o raciocínio traz-se à baila o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, nestes termos:

"O valor de indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso" (REsp n. 240441/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 5-6-2000, p. 00172).

Destarte, acatando-se a tendência que prevalece nesta Câmara, de ponderar a quantificação do dano de molde a não banalizar o instituto, bem como a proibição de enriquecimento sem causa pela vítima do abalo moral e a máxima de se coibir a reiteração da prática danosa pelo ofensor, considerando-se que o autor teve dois cheques devolvidos e vários débitos em conta não quitados, além de que possui condição financeira mediana, tendo em vista o patrimônio constante no documento de fls. 38 e 39, e, por outro lado, que a instituição financeira atua em todo o território nacional, podendo ser qualificada como de grande porte, fixa-se a verba indenizatória no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescida de correção monetária a contar da fixação, ou seja, deste julgamento, e juros de mora a partir do evento danoso, conforme a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Assim sendo, atendendo aos princípios da razoabilidade, além da proporcionalidade, resta o valor mencionado suficiente para o fim de ressarcir o autor pelo abalo sofrido, bem como para coibir a reiteração, pela ré, do ato ilícito praticado.

Finalmente, de se dizer que o pedido referente à devolução do numerário na conta corrente do autor também procede diante da ilicitude do procedimento adotado pela instituição financeira, conforme acima fundamentado.

Nesse contexto, vota-se pelo provimento do recurso para julgar procedente o pedido formulado na exordial e, a par disso, condenar a ré à devolução do valor referente ao título (R$ 20.597,00) na conta corrente do autor, além do pagamento de indenização por danos morais no valor acima mencionado.

Outrossim, partindo-se do entendimento adotado por esta Câmara de que o pedido referente aos danos mo-

rais é meramente estimativo, não acarretando a aplicação do *caput* do artigo 21 do CPC, condena-se a ré ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes no percentual de 15% (quinze porcento) sobre o valor da condenação, de conformidade com o § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Finalmente, de se dizer que o pedido formulado pelo autor na fl. 147 pertinente ao não-cumprimento de decisão judicial, configurando crime de desobediência, indeferido na fl. 150, fica prejudicado, uma vez que, caso houvesse a configuração do tipo penal, este estaria prescrito.

III – Decisão

Ante o exposto, deu-se provimento ao apelo.

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

Florianópolis, 25 de agosto de 2005.

Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Jorge Schaefer Martins,
Relator.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.009172-1, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Apelação cível – Ação de arbitramento de honorários advocatícios – Processo de inventário – Homologação de acordo de partilha.

Recurso dos réus/reconvintes – Agravo retido – Decisão determinando o aclaramento da inicial da reconvenção – Prosseguimento do feito autorizado posteriormente – Recurso prejudicado.

Preliminares – Incompetência em razão da matéria – Inépcia da inicial – Não acolhimento.

Mérito (ação principal) – Honorários advocatícios devidos – Reconvenção – Responsabilidade civil – Má prestação dos serviços de advocacia pelos apelados – Requisitos não demonstrados – Não observância ao art. 159 do Código Civil de 1916 – Sucumbência recíproca – Honorários arbitrados em valor inferior ao requerido – Irrelevância – Recurso não provido.

É da Justiça Comum a competência para processar e julgar ação de arbitramento de honorários advocatícios, independentemente da existência de relação empregatícia entre mandante e mandatário, dada a natureza civil da causa de pedir, fulcrada nas disposições do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Possível a formulação do pedido de arbitramento de honorários advocatícios, em ação própria, não obstante indeferido no processo de origem, mormente se não apreciada a matéria pelo juiz daquela demanda, por inadequação do procedimento.

A cumulação dos pedidos de fixação dos honorários advocatícios, na mesma ação, por partes diversas, é possível, se decorrente do mesmo fundamento de fato, forte no art. 46 do CPC.

Não é condição à fixação da verba honorária a especificação, pelo causídico, dos serviços prestados na ação judicial, conforme exegese dada ao art. 22, § 2º, da Lei n. 8.906/94.

Para responsabilização dos apelados, pelos danos alegados pelos apelantes, imprescindível a demonstração dos requisitos legais, quais sejam: culpa, dano e nexo causal entre a conduta daqueles e o fato danoso, sem os quais a improcedência do pedido indenizatório é medida que se impõe.

Apelo dos autores/reconvindos – Majoração da verba honorária – Possibilidade – Inteligência do art. 133 da Constituição da República, do art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, e dos arts. 2º e 22, § 2º, ambos do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94) – Quantum *fixado em observância ao*

valor dos bens incorporados ao patrimônio dos herdeiros – Juros – Dies a quo *de incidência – Citação – Sentença parcialmente reformada – Recurso parcialmente provido.*

A base de cálculo dos honorários do advogado contratado verbalmente para o processo de inventário e partilha será o valor correspondente aos bens incorporados ao patrimônio do herdeiro, sopesada a participação do causídico para o acréscimo patrimonial, bem como os critérios insculpidos no parágrafo 4º do art. 20 do CPC.

Possível a majoração dos honorários advocatícios pelo Tribunal ad quem*, de ofício, inclusive, independentemente de pedido recursal, se necessário adequá-los ao comando insculpido no parágrafo 3º do art. 20 do CPC.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.009172-1, da comarca de São José (2ª Vara Cível), em que são apelantes/apelados adesivos Espólio de Aldo Benjamin de Macedo e Katcha Valesca de Macedo Buzzi, e apelados/apelantes adesivos Sueli Terezinha Avila da Silva e João Carlos da Silva:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, julgar prejudicado o agravo retido, afastar as preliminares argüidas e, no mérito, negar provimento ao recurso dos réus/reconvintes, e dar provimento parcial ao apelo dos autores/reconvindos.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Espólio de Aldo Benjamin de Macedo e Katcha Valesca de Macedo Buzzi (autores), Sueli Terezinha Avila da Silva e João Carlos da Silva (réus) interpuseram recursos de apelação cível, o dos réus na forma adesiva, inconformados com a sentença prolatada pela MMa. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de São José, a qual julgou procedente o pedido principal e improcedente a pretensão reconvencional, formulados nos autos da ação de cobrança de honorários advocatícios.

Os autores ingressaram em juízo objetivando a cobrança de honorários advocatícios, em razão dos serviços prestados nos Autos do Processo de Inventário de Elson Camisão Ávila (n. 064.87.001768-3), no qual entabularam as partes acordo para divisão dos bens.

A douta Magistrada acolheu o pedido principal, condenando os réus, solidariamente, ao pagamento de:

1) em favor do primeiro autor:

a) 8,5% (oito e meio por cento) do valor da avaliação dos bens recebidos por eles, até o limite de R$ 20.000,00 (vinte mil reais);

b) 1,5% (um e meio por cento) do valor da avaliação dos bens recebidos, no que exceder ao patamar de R$ 20.000,00 (vinte mil reais);

2) em favor da segunda autora:

a) 10 URHs.

Por fim, rejeitou a Magistrada o pedido reconvencional, por entender não comprovados os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil (fls. 354 a 364).

Os autores/reconvindos perseguem a reforma da sentença, aduzindo não refletir o valor arbitrado pela Juíza o realmente devido, dada a complexidade da causa, o tempo de tramitação do processo de inventário e o empenho dos causídicos na solução da controvérsia.

Afirmaram não ter a Togada levado em consideração os valores de mercado das ações societárias, do fundo de comércio etc. das empresas do *de cujus*, tampouco aqueles correspondentes ao adiantamento da legítima, arbitrando os honorários, tão-somente, com base no *quantum* fixado no acordo judicial.

Asseveraram que o percentual a ser fixado a título de honorários advocatícios deverá incidir sobre o valor real dos bens transmitidos, e não sobre a avaliação para efeitos fiscais.

Requereram o conhecimento e, ao final, o provimento do recurso, reformando-se a sentença atacada para que os honorários advocatícios sejam arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o quinhão hereditário objeto do acordo firmado nos autos do processo de inventário, levados em consideração os adiantamentos da legítima, apurados conforme o preço de mercado dos imóveis, e a apuração de haveres da empresa Laboratório Perini, bem como o valor dos imóveis, devidamente atualizados, ou, alternativamente, fixando-se referida verba em R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) ou, ainda, entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento), na forma do § 3º do art. 20 do CPC (fls. 369 a 378).

Os apelados apresentaram contra-razões, argüindo preliminares de incompetência funcional e de preclusão do direito dos apelantes. Repisaram, no mais, os argumentos esposados nas suas razões recursais.

Igualmente irresignados, os réus/reconvintes apelaram, adesivamente, argüindo, preliminarmente, a incompetência do juízo, em razão da matéria, e a inépcia da inicial: a) por preclusão do direito, porquanto o arbitramento dos honorários deveria ter sido requerido no processo de inventário, não servindo a presente *actio* ao fim colimado; b) ante a impossibilidade de cumulação dos pedidos dos apelados, uma vez que sua atuação no processo ocorreu em momentos distintos; e c) ante a não-especificação e avaliação dos atos praticados pelos advogados.

Pugnaram, ainda, pelo conhecimento e provimento do agravo retido.

No mérito, relativamente à ação principal, afirmaram terem os apelados decaído de parte do pedido, porquanto não fixados os honorários no percentual requerido, a justificar a divisão recíproca dos ônus sucumbenciais.

No que tange ao pleito reconvencional, aduziram estarem preenchidos os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, pois não teriam os apelados desempenhado com presteza seu ofício.

Asseveraram não ser devida a verba honorária aos apelados, pois não teriam atuado durante todo o trâmite processual, mas, apenas, no início e no fim da ação.

Ressaltaram não terem os apelados zelado pelos interesses dos seus clientes, tampouco primado pela solução eficaz da contenda.

Requereram o conhecimento e, ao final, o provimento dos recursos para:

1) relativamente à ação principal:

a) acolher as preliminares argüidas e, no mérito, reformar a sentença hostilizada, julgando-se improcedente o pedido principal ou, alternativamente, minorando-se a verba honorária fixada e dividindo-se, reciprocamente, os ônus sucumbenciais; e

2) relativamente ao pleito reconvencional:

a) reformar a sentença atacada e julgar procedente o pedido indenizatório formulado (fls. 385 a 392).

Em contra-razões ao recurso, os apelados rebateram as preliminares argüidas e, no mérito, sustentaram a prestação dos serviços de advocacia aos apelantes, bem como o empenho e a dedicação dos causídicos no seu mister, a justificar, ao menos, a manutenção do *quantum* fixado na sentença (fls. 404 a 411).

Ascenderam os autos a esta egrégia Corte de Justiça.

Vieram conclusos.

II – Voto

Trata-se de apelações cíveis interpostas com o desiderato de ver reformada a sentença prolatada nos autos da ação de cobrança de honorários advocatícios, na qual a Magistrada julgou procedente o pedido principal e improcedente o reconvencional.

Tendo em vista a argüição de prejudiciais pelos réus/reconvintes, será o apelo adesivo analisado em primeiro lugar.

1. *Apelo adesivo (réus/reconvintes)*

1.1. *Agravo retido*

Pugnaram os apelantes pelo conhecimento e provimento do agravo retido, interposto contra a decisão que, na reconvenção, determinou o esclarecimento dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil dos apelados, supostamente decorrente da má prestação dos serviços, bem como a indicação do *quantum* indenizatório perseguido na inicial (fls. 233 a 236).

Compulsando os autos, percebe-se ter sido a matéria, objeto do agravo,

novamente analisada pelo Togado singular, o qual entendeu esclarecidos os pontos obscuros, dando regular prosseguimento ao feito, a obstar o conhecimento do recurso, por perda de objeto.

Dessa forma, não se conhece do agravo retido, ante a perda do objeto ocorrida.

1.2. *Preliminares*

1.2.1. *Incompetência em razão da matéria*

Argüiram os apelantes, preliminarmente, a incompetência do juízo, pois, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/04, a competência para o processamento e julgamento das causas oriundas das relações de trabalho seria da Justiça Especializada.

Inaplicáveis ao caso as disposições da Emenda Constitucional n. 45/04, que alterou o inciso IX do art. 114 da Constituição da República, pois não configurada relação de trabalho, no caso, a não justificar a remessa dos autos àquela Justiça.

Prescreve mencionado dispositivo legal:

"Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

IX — outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei".

Relativamente à relação de trabalho, rezam os arts. 2º e 3º, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho: "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário".

E: "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços".

O contrato verbal de honorários advocatícios existente entre as partes não se assemelha ao contrato de trabalho, regido pela lei trabalhista, haja vista não se enquadrarem os apelados no conceito de empregados, tampouco os apelantes no de empregadores, pois a prestação dos serviços advocatícios limitou-se à defesa dos interesses dos recorrentes no processo de inventário, especificamente, não havendo relação continuada de subordinação entre as partes.

De qualquer sorte, independentemente da existência de relação empregatícia entre mandante e mandatário, é da Justiça Comum a competência para processar e julgar ação de arbitramento de honorários advocatícios, dada a natureza civil da causa de pedir, fulcrada nas disposições do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Nesse diapasão, *mutatis mutandis*, colhe-se dos julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"Competência. conflito negativo. Justiça Trabalhista e Justiça Estadual. Ação de cobrança. Honorários. Fundo constituído por advogados empregados.

"Existentes duas relações de direito material distintas entre as partes – contrato de trabalho e contrato de mandato, tendo natureza civil as causas de pedir e os pedidos e dispondo o Estatuto da Advocacia acerca tanto do direito de crédito dos advogados em face dos vencidos quanto do direito aos honorários após o pagamento, a competência para julgar a demanda é da justiça comum estadual.

"Conflito conhecido e declarada a competência do juízo suscitado" (CC n. 36165/SP – rel. Min. Castro Filho).

E:

"Civil e processual. Ação de cobrança de honorários advocatícios.

"[...] Incidência do CDC sobre serviços advocatícios. Aplicabilidade de lei específica. Estatuto da OAB.

[...]

"IV. As relações contratuais entre clientes e advogados são regidas pelo Estatuto da OAB, aprovado pela Lei n. 8.906/94, a elas não se aplicando o Código de Defesa do Consumidor.

"V. Recurso especial não conhecido" (REsp n. 539077/MS – rel. Min. Aldir Passarinho Júnior).

Destarte, rejeita-se a prefacial argüida.

1.2.2. *Inépcia da inicial*

1.2.2.1. *Preclusão do direito à cobrança*

Argüiram os apelantes a preliminar de inépcia da inicial, em face da preclusão do direito dos apelados à cobrança dos honorários advocatícios, pois já requerida nos autos do processo de inventário, tendo sido indeferida pelo Togado, sem oposição do recurso cabível.

Não há óbice ao ingresso da ação de cobrança de honorários advocatícios, não obstante indeferido o pedido no processo principal, sob pena de ferir direito constitucional de ação, mormente por se tratar de verba alimentar, forte no art. 22, § 2º, da Lei n. 8.906/94:

"A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

[...]

"§ 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB".

Ademais disso, o indeferimento do pedido no processo de inventário ocorreu em razão da utilização, pelos apelados, da via processual inadequada à obtenção do seu direito e sem apreciação do mérito, a justificar o ingresso da presente demanda, especialmente porque necessária a produção de provas por aqueles.

Dessa forma, forçoso o reconhecimento do pleito dos apelados, pois, ao contrário, estaria o Poder Judiciário

negando vigência a um dos seus mais comezinhos princípios, o da pacificação dos conflitos sociais.

Sobre a matéria, é da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo:

"Recurso especial. Previdenciário. Ação acidentária. Levantamento de verba honorária contratada. Ação própria. Beneficiário ausente.

"1 – É razoável a determinação do Juiz da causa para que o advogado pleiteie a verba honorária contratada em ação própria, mormente quando consignado nos autos que o obreiro encontra-se em lugar incerto e não sabido, não parecendo razoável que se pretenda o recebimento do percentual dito avençado com base em documento que, como anotado no acórdão recorrido, se mostra deficiente, não prestando para os fins previstos no art. 22, § 4º, da Lei n. 8.906/94, que assim não foi violado.

"2 – Recurso especial não conhecido" (REsp n. 373883/SP – rel. Min. Paulo Gallotti)

Já decidiu esta egrégia Corte de Justiça:

"Execução de sentença. Honorários advocatícios. Embargos acolhidos. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Reconhecimento. Extinção. Decisório incensurável.

[…]

"II. A toda evidência, inquestionável é o direito do advogado, ainda que tenha sido ele substituído por outro procurador judicial, de ser remunerado pelos serviços profissionais que efetivamente prestou. Tal direito, entretanto, deve ser, num primeiro momento, pleiteado em ação própria de arbitramento de honorários, e não por meio da ação de execução dos honorários fixados na sentença e, em segundo lugar, deve ser exercido contra quem contratou os seus trabalhos, e não contra a litigante a quem foram impostos os ônus da sucumbência estabelecidos sentencialmente" (Ap. Cív. n. 2003.008684-6 – rel. Des. Trindade dos Santos).

Em síntese, possível a formulação do pedido de arbitramento de honorários advocatícios, em ação própria, não obstante indeferido no processo de origem, mormente se não apreciada a matéria pelo juiz daquela demanda, por inadequação do procedimento.

Portanto, afasta-se esta preliminar.

1.2.2.2. *Cumulação dos pedidos dos apelados*

Argüiram os apelantes, prefacialmente, a inépcia da inicial, ao argumento de que a cumulação dos pedidos de arbitramento dos honorários, no mesmo processo, para cada apelado, não seria possível, porquanto teriam atuado no feito em momentos diversos.

Mais uma vez, sem razão os apelantes.

Prescreve o art. 46, II, do CPC:

"Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

[…]

"II — os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito; [...]".

Sobre e matéria, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery doutrinam: "A norma indica a possibilidade de litisconsórcio facultativo quando a lide fundar-se no mesmo fato ou título jurídico. Não em fato ou regra jurídica semelhante" (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 410).

Interpretando-se aludida norma processual, por óbvio a possibilidade de as partes formularem, em litisconsórcio, pedidos de arbitramento dos respectivos honorários advocatícios, pois decorrentes do mesmo fato, ou seja, da prestação de serviços no processo de inventário, não obstante em momentos distintos.

Rejeita-se mais esta preliminar.

1.2.2.3. *Não especificação e avaliação dos atos praticados pelos causídicos*

Argüiram os apelantes, por fim, a preliminar de carência de ação, pois não teriam os apelados especificado e avaliado cada ato praticado no processo de inventário.

A proemial suscitada não merece acolhimento, pelo simples fato de que o trabalho do advogado será remunerado, independentemente de especificação ou avaliação prévia por ele. Caberá ao magistrado, tão-somente, avaliar o serviço realizado pelo causídico, sopesados os critérios definidos nas alíneas do parágrafo 3º do art. 20 do CPC, a fim de fixar remuneração justa.

Portanto, não é condição à fixação da verba honorária a especificação, pelo causídico, dos serviços prestados na ação judicial, conforme exegese dada ao art. 22, § 2º, da Lei n. 8.906/94.

Destarte, afasta-se a preliminar.

1.3. *Mérito*

No mérito, requereram os apelantes a reforma do *decisum*, alegando, em síntese, terem os apelados decaído de parte do pedido, a justificar a divisão dos ônus da sucumbência, bem como, relativamente ao pleito reconvencional, ficar caracterizada a responsabilidade civil destes, pelos danos causados, em razão da má prestação dos serviços de advocacia.

1.3.1. *Responsabilidade civil (reconvenção)*

Afirmaram os apelantes estar caracterizada a responsabilidade civil dos apelados, pelos danos experimentados na partilha dos bens de Elson Camisão Ávila, porquanto teriam agido com desídia na execução do seu mister, possibilitando percebessem aqueles quantia inferior à efetivamente devida.

Analisando pormenorizadamente os autos, conclui-se não assistir razão aos apelantes.

Para responsabilização dos apelados, profissionais liberais, relativamente aos danos alegados pelos apelantes, imprescindível a demonstração dos requisitos legais, quais sejam: cul-

pa, dano e nexo causal entre a conduta daqueles e o fato danoso, sem os quais a improcedência do pedido indenizatório é medida que se impõe.

Trata-se, na hipótese, de responsabilidade civil subjetiva.

Segundo o art. 159 do Código Civil de 1916: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Sobre a matéria, Maria Helena Diniz explicita:

"a) Existência de uma *ação*, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco. A regra básica é que a obrigação de indenizar, pela prática de atos ilícitos, advém da culpa [...]

"b) Ocorrência de um *dano* moral ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por um fato de animal ou coisa a ele vinculada. Não pode haver responsabilidade civil sem dano [...].

"c) Nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano)" (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 7, p. 35 e 36).

Inicialmente, ressalte-se não estar caracterizado o dano alegado pelos recorrentes, supostamente consubstanciado no fato de terem percebido, no ato da partilha, valores inferiores aos destinados aos demais irmãos, porquanto assinado por eles o esboço de partilha (fls. 135 e 136), a evidenciar estarem de acordo com os valores partilhados, afastando o alegado dano, mormente porque não suscitado e comprovado nenhum vício capaz de macular aludido documento.

Na verdade, aparentemente, estão os recorrentes pretendendo tirar proveito da própria omissão, na hipótese de ter esta ocorrido, o que não se pode permitir.

Se não bastasse, quando celebrado o acordo, os interesses dos apelantes eram defendidos pelos mesmos mandatários constituídos para atuarem na presente demanda, conforme se depreende dos termos de substabelecimento (fl. 133), referente ao processo de inventário, e de procuração (fl. 180), concernente à presente demanda, a afastar a alegação dos apelantes, de que o dano, consubstanciado na partilha desigual dos quinhões, teria sido causado pelos apelados, porque não atuavam no feito naquela oportunidade.

Caberia aos referidos patronos, na qualidade de representantes dos interesses dos seus clientes, impedir fosse o termo de partilha assinado, caso realmente identificassem risco de dano àqueles, fato não ocorrido.

Assim, uma vez levado a termo o documento, com a participação dos causídicos naquela causa, presume-se a inexistência de qualquer ofensa ao direito dos apelantes.

No tocante à alegação de culpa dos apelados, não ficou evidenciada nos autos, haja vista terem desempenhado seu mister com responsabilidade, fato reconhecido pelo Juiz singular, inclusive. Referida matéria será mais bem analisada *a posteriori*, no julgamento do recurso dos apelados.

Portanto, não comprovado o dano e a culpa, não há cogitar de responsabilidade civil, tornando despicienda a análise do nexo causal.

É da lavra deste relator, *mutatis mutandis*:

"O não-comparecimento do advogado à audiência de instrução e julgamento não gera direito à indenização por danos materiais, se ausente prova sólida de que tal fato fora causa determinante para a derrota do cliente na demanda" (Ap. Cív. n. 2003.019708-7).

Nesse diapasão:

"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 que não se cogite de cerceamento de defesa, em razão da dispensa, pelo Togado, da produção da prova testemunhal, pois prescindível no caso.

A prova a ser apresentada pelos recorrentes, para comprovação do seu direito, mostrou-se eminentemente documental, e deveria ter sido colacionada à inicial da reconvenção.

Ressalte-se, por fim, a dilação probatória pretendida pelos apelantes apenas retardaria a solução do litígio, tendo sido corretamente encerrada.

Destarte, não comprovados os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, pois ausentes o dano e a culpa, a improcedência do pedido indenizatório é medida que se impõe.

Pelas razões expostas, não se conhece do agravo retido, rejeitam-se as preliminares argüidas e, no mérito, nega-se provimento ao apelo dos réus/reconvintes.

1.3.2. *Cobrança dos honorários advocatícios (processo principal)*

Sustentaram os apelantes não ser devida a verba honorária aos apelados, porquanto não teriam atuado durante todo o processo de inventário, não fazendo jus à remuneração, especialmente porque não prestados a contento os serviços.

Alternativamente, requereram os apelantes a minoração dos valores arbitrados pela Togada *a quo*, dividindo-se, reciprocamente, os honorários advocatícios da presente demanda.

Referidas questões serão apreciadas juntamente com as razões recursais dos apelados.

2. *Recurso dos autores/reconvindos*

Requereram os apelantes a reforma da sentença, aduzindo, em síntese, ser devida a majoração dos honorários advocatícios fixados, por não terem refletido o trabalho desenvolvido pelos causídicos.

Com razão os apelantes.

Prima facie, antes da análise específica do trabalho prestado pelos apelantes, no processo de inventário, imperial o esclarecimento de alguns pontos.

No arbitramento da remuneração dos causídicos, não se levarão em consideração questões prejudiciais do processo de inventário, ou seja, eventual subvalorização dos bens do *de cujus* ou irregularidades no ato da partilha amigável, pois não suscitadas ou dirimidas naqueles autos, momento oportuno ao fim colimado, tornando incabível qualquer discussão a respeito na presente demanda.

Da mesma forma, a controvérsia acerca da apuração de haveres das empresas do *de cujus*, especialmente da empresa Laboratório Perini, não será elucidada nestes autos, por ser matéria alheia ao objeto da demanda.

No que tange à alegação de incidência da verba honorária sobre os valores pagos antecipadamente, concernentes ao adiantamento da legítima (fls. 31 e 32), não merece prosperar. Na referida antecipação, os apelantes não atuavam no processo, a afastar a possibilidade de percebimento dos respectivos honorários.

De qualquer sorte, a apuração dos honorários levará em consideração o montante acrescido ao patrimônio dos apelados, considerados os valores dos respectivos bens, constantes dos autos, mormente do acordo de partilha (fls. 134 a 156), e o trabalho despendido pelos recorrentes, lembrando ser o caso de arbitramento de honorários, não obstante nominada a causa como ação de cobrança de honorários advocatícios, não estando o magistrado adstrito a limites predefinidos.

Ressalte-se, ainda, em que pese ser o caso de arbitramento de honorários, em processo findo por acordo das partes, no qual não há sucumbência, possível a fixação da referida verba, com fulcro, também, nos dispositivos do *Codex Instrumentalis*, dada a irrisoriedade dos valores previstos no Estatuto da Ordem, comparativamente à complexidade e ao tempo de duração da causa.

Assim, para a fixação da verba honorária são levados em consideração os elementos qualitativos que norteiam a aplicação do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, *verbis*:

"Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior".

A eqüitatividade, na fixação da verba honorária, em casos dessa natureza, será analisada, conjuntamente com os critérios trazidos nas alíneas do § 3º do art. 20 do Códex Instrumental Civil:

"Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos:

"a) *o grau de zelo do profissional;*

"b) *o lugar de prestação do serviço;*

"c) *a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço*" (grifou-se).

Prescreve o art. 133 da Constituição da República: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

Dispõem os arts. 2º e 22, § 2º (já citado), do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94), respectivamente:

"O advogado é indispensável à administração da justiça.

"§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

"§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

"§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta Lei".

E:

"A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

[...]

"§ 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB".

É da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"[...] O art. 133 da CF/1988 dispõe: 'O advogado é indispensável à administração da justiça'. Não é justo nem correto que o mesmo não receba remuneração pelo trabalho realizado. A verba honorária é uma imposição legal e constitui um direito autônomo do causídico.

"5. Recurso provido" (REsp n. 658921/PR – rel. Min. José Delgado).

Ressalte-se, inicialmente, ser incontroverso o fato dos apelantes terem atuado no processo de inventário, fazendo jus, indiscutivelmente, à remuneração.

Sabe-se, a moderação exigida no processo de quantificação da verba honorária não pode ser confundida com aviltamento, irrisoriedade do valor fixado. Por outro lado, a majoração desmedida e sem indicações das razões do convencimento também não pode ser admitida, pena de caracterizar o enriquecimento sem causa.

In casu, não obstante tenha a Magistrada observado os limites insculpidos no Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94), a verba honorária fixada mostrou-se ínfima, se comparada ao trabalho

prestado pelos advogados, mormente pelo *de cujus*, e ao tempo de tramitação da demanda.

Na lição de Yussef Said Cahali:

"No dizer expressivo de Pontes de Miranda, o Código, no art. 20, § 3º, limitou, quantitativamente, e encheu, qualitativamente, o âmbito de competência do juiz ou Tribunal para a fixação dos honorários; dentro dos limites da lei tem o juiz ou Tribunal de levar em consideração os elementos do enchimento qualitativo" (Honorários advocatícios. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997).

Compulsando os autos, percebe-se ter o primeiro apelante iniciado seus trabalhos em 19-12-1988, pelo protocolo da petição de fls. 26 a 28, encerrando seu mister no dia 22-7-1997, conforme se depreende do termo de substabelecimento de fl. 120.

Durante o período em que defendeu os interesses dos apelados, o primeiro apelante interveio diversas vezes nos autos, dando efetivo andamento ao processo de inventário (petições de fls. 26 a 28, 33 e 34, 35 a 38, 50 a 54, 55 a 57, 58, 102 e 103, 104 e 105, 106 e 107, 108 e109).

Ainda, interpôs e contra-arrazoou recursos (fls. 59 a 63 e 64 a 66, respectivamente).

Se não bastasse, buscou, nas diversas instituições financeiras, apurar, efetivamente, o montante dos bens do inventariado, a fim de proporcionar aos apelados partilha em quinhões igualitários (fls. 39 a 48).

Participou de audiência especial, na qual iniciaram as partes do processo de inventário as tratativas de composição do litígio (fl. 49 e 49v.).

A acuidade do causídico em zelar pelo bom andamento do processo é evidente, reconhecida até mesmo pelo Juiz da causa, cujo "testemunho" possui significativa relevância ao deslinde da causa.

Extrai-se da decisão proferida pelo ilustre Magistrado:

"[...] O saudoso Dr. Aldo Benjamin de Macedo, assim como a ilustre Dra. Katcha Valesca de Macedo Buzzi, atuaram no feito, como advogados de Sueli e seu marido, desempenhando com zelo e dedicação o mandato recebido, visitando o magistrado encarregado do feito e comparecendo, salvo engano, a uma audiência em que tentei compor os interesses dissidentes.

"Afirma-se que não receberam seus haveres, em que pese o profícuo trabalho, o que é de se lamentar [...]" (fl. 171).

Os serviços foram prestados na comarca de São José, possuindo os apelantes escritório em Itajaí.

Quanto à natureza e importância da causa, a ação de inventário, no caso, eminentemente litigiosa, mostrou-se complexa, especialmente porque vultoso o patrimônio do inventariado, exigindo dos advogados conhecimento técnico amplo e específico.

No tocante ao trabalho realizado, principalmente pelo primeiro recorrente, e o tempo exigido para o seu

serviço, não há dúvida ter sido dispendioso, perdurando por quase 10 (dez) anos, para os quais não há prova de que tenha dado causa.

Destaque-se, também, embora tenha o primeiro recorrente atuado por longos anos no processo, iniciou seu ofício após o ingresso da ação, encerrando-o antes de findo o litígio, situação que deverá ser considerada, no arbitramento.

A quantificação do trabalho do causídico deverá observar, como dito alhures, o valor do patrimônio transferido aos apelados, no ato da partilha amigável, sopesados, ressalte-se, os critérios insculpidos nos dispositivos supracitados.

É da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"Honorários de advogado. Inventário. Arbitramento.

"A base de cálculo dos honorários do advogado contratado para o inventário e partilha deve corresponder ao valor dos bens integrantes do acervo, excluídos os já transferidos a terceiros.

"Recurso conhecido e provido parcialmente" (REsp n. 121737/PR – rel. Min. Barros Monteiro. Rel. p/ acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Assim, a base de cálculo dos honorários do advogado contratado verbalmente para o processo de inventário e partilha será o valor correspondente aos bens incorporados ao patrimônio do herdeiro, sopesados a participação do causídico para o acréscimo patrimonial bem como os critérios insculpidos no § 4º do art. 20 do CPC.

Extrai-se do termo de partilha amigável (fls. 134 a 157) terem os recorridos recebido a importância de R$ 646.368,55 (seiscentos e quarenta e seis mil, trezentos e sessenta e oito reais e cinqüenta e cinco centavos).

Destarte, sopesando os elementos supramencionados, deverá o valor da verba honorária ser arbitrado em R$ 100.000,00 (cem mil reais), porquanto fará refletir com justeza o empenho do causídico, na defesa dos interesses dos apelados, no processo de inventário.

Destaque-se inexistir pedido de majoração da verba honorária, no tocante à apelante Katcha Valesca de Macedo Buzzi, não devendo sofrer alteração a sentença, neste particular.

No que tange ao *dies a quo* de incidência dos juros legais, e seu percentual, ao contrário do alegado pelos apelantes, agiu com correção a Sentenciante ao fixar em 0,5% (meio por cento) ao mês, até a entrada em vigor do novo Código Civil, e, após, 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação.

Ainda, não há cogitar de sucumbência recíproca, conforme requerido pelos apelados, nas suas razões recursais, pois, em que pese arbitrados os honorários em valor inferior ao postulado na exordial, lograram êxito no seu pleito, a justificar a condenação daqueles à totalidade dos ônus sucumbenciais.

Por fim, devem ser majorados os honorários advocatícios, relativamente à presente demanda, de ofício, inclusive, haja vista não estar a importância fixada pela douta Magistrada (R$

3.000,00 – três mil reais) em consonância com o valor da condenação, ora arbitrado (R$ 100.000,00 – cem mil reais), de modo que, caso mantido aquele *quantum*, estar-se-ia negando vigência ao parágrafo 3º do art. 20 do CPC.

Nesse sentido, é da jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

"O Tribunal pode, ao modificar a decisão de primeiro grau no tocante ao principal, alterar os honorários advocatícios, acessório, independentemente de pedido do recorrente, a fim de melhor atender os fatores objetivos do art. 20, § 3º, do CPC" (AR n. 697 – rel. Des. Nestor Silveira).

E, *mutatis mutandis*:

"A propósito da possibilidade de reduzir de ofício a honorária, não há falar em *reformatio in pejus*. É que se a sentença foi modificada no tocante ao principal, nada há que impeça a adoção de outro critério para fixação dos ônus da sucumbência, especificamente dos honorários advocatícios" (Ap. Cív. n. 2002.005623-0 – rel. Des. Orli Rodrigues).

Assim, possível a majoração dos honorários advocatícios pelo Tribunal *ad quem*, de ofício, inclusive, independentemente de pedido recursal, se necessário adequá-los ao comando insculpido no § 3º do art. 20 do CPC.

Por todo o exposto, julga-se prejudicado o agravo retido, afastam-se as preliminares argüidas e, no mérito, nega-se provimento ao recurso dos réus/reconvintes, e dá-se provimento parcial ao apelo dos autores/reconvindos para, reformando-se em parte a sentença atacada, majorar o valor fixado a título de honorários advocatícios para R$ 100.000,00 (cem mil reais), em favor do primeiro apelante.

III – Decisão

Nos termos do voto do relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, julgar prejudicado o agravo retido, afastar as preliminares argüidas e, no mérito, negar provimento ao recurso dos réus/reconvintes, e dar provimento parcial ao apelo dos autores/reconvindos para, reformando-se em parte a sentença atacada, majorar o valor fixado a título de honorários advocatícios para R$ 100.000,00 (cem mil reais), em favor do primeiro apelante. Custas processuais e honorários advocatícios da presente demanda, a serem suportados pelos réus/reconvintes, fixados em 15% (quinze por cento) do valor arbitrado.

Participaram do julgamento com votos vencedores, o Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato e o Exmo. Sr. Des. Substituto Jorge Schaefer Martins.

Florianópolis, 7 de outubro de 2005.

Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.011759-9, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Apelação cível – Ação negatória de paternidade — Coisa julgada relativizada – Prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana – Direito à confirmação da paternidade – Produção de prova pericial – Exame de DNA – Alto grau de precisão – Conversão do julgamento em diligência.

Em sede de ação negatória de paternidade, sem a realização da prova técnica (DNA), a coisa julgada deve ser relativizada ante o princípio da dignidade da pessoa humana, consoante o art. 1º, III, da Constituição Federal, o qual se sobrepõe às formalidades legais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.011759-9, da comarca de Itajaí (Família, Órfãos, Infância e Juventude), em que é apelante I. F. G. e apelado M. T. G., representado por sua mãe, M. S. T.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, converter o julgamento em diligência, a fim de que se realize o exame de DNA requerido pelo apelante.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

I. F. G. interpôs recurso de apelação cível, inconformado com a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da comarca de Itajaí (Família, Órfãos, Infância e Juventude) nos autos da ação negatória de paternidade c/c pedido de tutela antecipada, por si aforada contra M. T. G., representado por sua mãe, M. S. T. Com fulcro no art. 267, inciso V, do CPC, ante a existência de coisa julgada material, o Togado extinguiu o processo.

O apelante busca a reforma da sentença, sustentando ser possível a flexibilização da coisa julgada nos casos que envolvem prova técnica não realizada (exame de DNA).

Argumentou ser possível o acolhimento da pretensão, tendo em vista a busca da verdade real e ante as dúvidas sobre ser o apelado seu filho. Diante disso, requereu, também, a desconstituição da relação parental atribuída na Ação de Investigação de Paternidade n. 1.041/94 (autos anexos).

Trouxe à tona, com base na doutrina, a possibilidade de desconsiderarse a coisa julgada, aduzindo, para tanto, a posterior constatação da sua infertilidade, pois em 1981 sofreu uma intervenção cirúrgica, na qual houve a

remoção de 20 (vinte) cálculos da bexiga, e, ainda, possuir outras doenças (diabete e hanseníase) que lhe causaram a impossibilidade de gerar filhos biológicos, conforme atesta a declaração médica assinada pelo Dr. Osvaldo S. de Souza (fl. 241).

Em razão disso, o apelante pugnou pela realização do exame de DNA, a fim de modificar a decisão proferida pelo Juízo singular (fl. 193), pois o exame realizado à época (tipagem sangüínea) não possibilitou ao Juízo a probabilidade necessária, em face do reconhecimento do direito parental (fl. 126).

Devidamente intimado, o apelado apresentou contra-razões, limitando-se a aplaudir a sentença hostilizada, argüindo a incidência dos efeitos da coisa julgada, cuja desconstituição só poderia ser obtida por meio de ação rescisória, o que não é o caso dos autos (fl. 252).

O representante ministerial de primeira instância opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo, devendo ser mantida a decisão atacada que extinguiu o feito, sem julgamento de mérito, nos moldes do art. 267, inciso V, do Código de Processo Civil (fl. 258).

Ascenderam os autos a este egrégio Tribunal de Justiça.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Procurador Dr. Jobél Braga de Araújo, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 263 a 267).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

II – Voto

Trata-se de recurso de apelação cível interposto com o desiderato de ver reformada a sentença prolatada nos autos de ação negatória de paternidade c/c pedido de tutela antecipada, na qual o MM. Juiz de Direito da comarca de Itajaí extinguiu o processo sem análise do mérito ante a existência de coisa julgada, com fulcro no art. 267, inciso V, do Código de Processo Civil.

Postulou o apelante a possibilidade de reforma da sentença para dar continuidade ao feito, no interesse de ver afastada qualquer dúvida sobre a paternidade que lhe fora atribuída na Ação de Investigação de Paternidade n. 1.041/94 (autos anexos), sem a realização do exame de DNA. Argumentando tratar-se de direito personalíssimo, não sujeito ao manto da coisa julgada material, clamou pela remessa dos autos à origem, a fim de ser realizado o exame de DNA.

Em dezembro de 1992, o apelado M. T. G., representado pela sua mãe, M. S. T., ajuizou ação de investigação de paternidade contra o apelante, pleiteando o reconhecimento de sua paternidade ante o envolvimento de sua genitora com o suposto pai.

Instruído o feito, foi realizado o exame pericial, por meio dos grupos sangüíneos, pelo qual não foi excluída a paternidade do apelante em relação ao apelado (fl. 126).

A par do resultado do exame sangüíneo, em 30-6-1997, o Magistra-

do julgou procedente o pedido inicial (fls. 186 a 193).

No entanto, o apelante trouxe à tona a posterior constatação da sua infertilidade, pois em 1981 sofreu uma intervenção cirúrgica, na qual houve a remoção de 20 (vinte) cálculos da bexiga, e ainda possuir outras doenças (diabete e hanseníase), que lhe causaram a impossibilidade de gerar filhos biológicos, conforme atestado médico assinado pelo Dr. Osvaldo S. de Souza (fl. 241).

Em razão disso, o apelante ajuizou ação negatória de paternidade c/c pedido de tutela antecipada contra o apelado, a qual foi julgada extinta ante a existência de coisa julgada material, uma vez que a paternidade já fora reconhecida em demanda anterior (fls. 230 a 232).

Eis a razão da irresignação do apelante.

Em primeiro plano, frise-se, o feito em epígrafe deve ser analisado além do formalismo processual, garantindo ao apelado o direito indisponível e imprescritível de ver esclarecido, definitivamente, por intermédio do exame de DNA, sua origem genética, a qual dá 99,99% (noventa e nove virgula noventa e nove por cento) de probabilidade.

No entanto, ao transitar em julgado a decisão judicial (12-8-1997, fl. 132v. dos autos anexos), formou-se a coisa julgada material. Em regra, esta somente poderia ser objeto de análise via ação rescisória, consoante regra insculpida no art. 485 do CPC, por ter transcorrido o prazo decadencial, impedindo, assim, o reexame da *quaestio*, pois a coisa julgada confere o *status* de lei entre as partes.

Todavia, em caso como o dos autos, a coisa julgada deve ser superada, considerando os interesses envolvidos na relação jurídica. Assim, convém ressaltar que nas ações envolvendo vínculos parentais, sem a realização da prova técnica do DNA, a jurisprudência e doutrina recente vêm relativizando o instituto da coisa julgada material.

Isso porque nas demandas envolvendo direitos indisponíveis devem ser produzidas todas as provas pertinentes, quais sejam: documental, pericial e testemunhal, com o escopo de habilitar os autos ao mais próximo possível da verdade sobre a filiação biológica do apelado.

A respeito, já decidiu esta egrégia Corte de Justiça:

"[...] A paternidade, como laço de parentesco que une imediatamente a pessoa a um ascendente, constitui, sem sombra de dúvida, núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem ao patrimônio do filho, sejam eles direitos da personalidade ou até mesmo direitos de natureza real.

"Como direito da personalidade, a paternidade não pode deixar de ser investigada da forma mais ampla possível" (Ap. Cív. n. 2001.002434-4, rel. Des. Anselmo Cerello).

Ademais, registre-se, em ações dessa natureza, indiscutível o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III, da

Constituição Federal, o qual se sobrepõe às formalidades legais, assegurando ao investigado o direito de ver afastada qualquer dúvida sobre a sua paternidade biológica e ao apelado a confirmação definitiva da sua origem biológica.

Por esta via, no caso em apreço, a coisa julgada deverá ser superada ante a existência de princípios constitucionais de igual e/ou maior alcance.

Nesse sentido, importante destacar a lição do douto Rolf Madaleno:

"Paternidade é uma questão cultural e não jurídica e, de fato, a lei não pode tirar de um filho o direito de ele saber quem é o seu verdadeiro pai, como não pode também tirar de um pai o direito de saber quem é seu verdadeiro filho, pois, como consignado pelo Des. Valter Xavier uma decisão judicial errada poderá comprometer toda uma seqüência de filiação, inculcando a insegurança social" (Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova de filiação. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 224).

No mesmo diapasão, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"Processo civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de família. Evolução. Recurso acolhido.

"I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, *admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido*.

"II – Nos termos da orientação da Turma, 'sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza' na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade *ficta* pela verdade real.

"III – *A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada* modus in rebus. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, 'a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade'.

"IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posi-

ções que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum" (grifou-se) (REsp n. 226436/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Não destoa o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"Negatória de paternidade cumulada com anulatória de registro civil – Mitigação da coisa julgada em investigatória de paternidade. Matéria especialíssima. Princípio da dignidade da pessoa humana. Sempre que contra a coisa julgada se levantem princípios de igual ou maior alcance, pode a mesma ser relativizada. Decisão que não afasta a questão da paternidade socioafetiva. Apelo provido, por maioria, vencido o relator (Ap. Cív. n. 70007545114, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves).

Na mesma esteira:

"Investigação de paternidade cumulada com alimentos – Matéria especialíssima – Princípio da dignidade da pessoa humana – Sempre que contra a coisa julgada se levantem princípios de igual ou maior alcance, pode a mesma ser relativizada. Agravo desprovido, por maioria, vencido o relator" (AGI n. 70007432651, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves).

É de bom alvitre ressalvar, a realização de exame de DNA para comprovar a paternidade tem margem de acerto de 99,99%, tornando incontestável o laudo ante a segurança da perícia efetuada.

Destarte, na lide *sub examen*, inconteste a necessidade de oportunizar-se ao apelante a perícia técnica para ver afastada qualquer dúvida a respeito do vínculo parental entre o apelante e o apelado por meio da realização do exame de DNA.

Pelas razões expostas, converte-se o julgamento em diligência, a fim de que seja realizado o exame de DNA requerido pelo apelante.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, converter o julgamento em diligência, a fim de que se realize o exame de DNA requerido pelo apelante.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, o Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato e o Exmo. Sr. Des. Substituto Dionizio Jenczak. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 29 de julho de 2005.

Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2004.034510-2, DE ANCHIETA

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

Processual civil – Sentença que atende aos requisitos essenciais exigidos pelo artigo 458 do CPC – Acolhimento de prescrição – Cerceamento de defesa por ausência de fase instrutória inocorrente – Preliminares afastadas.

1. Serve às exigências do inciso I do artigo 458 do Código de Processo Civil o relatório da sentença suficientemente apto à intelecção do processado.

2. Inexiste cerceamento de defesa por ausência de fase instrutória se ela é incapaz de interferir no fundamento da sentença, bem como quando há o reconhecimento da prescrição ou decadência.

Civil – Anulação de ato jurídico – Alienante de imóveis que argúi a ocorrência de vícios de consentimento (erro e dolo) por ocasião da lavratura da escritura pública de compra e venda – Ação constitutiva – Prazo decadencial quadrienal – Exegese do artigo 178, § 9º, V, b, *do Código Civil de 1916 –* Actio *ajuizada depois de dez anos da perfectibilização do negócio que se pretendia anular – Caducidade do direito potestativo – Extinção do processo com fulcro no artigo 269, IV, do CPC – Sentença confirmada por fundamento diverso – Recurso desprovido.*

3. O cômputo do prazo prescricional reduzido pelo Código Civil de 2002 se dá a partir da sua entrada em vigor se até então não havia transcorrido pelo menos a metade do tempo previsto no diploma revogado.

4. Sujeita-se à decadência quadrienal o direito potestativo postulado na ação de anulação de negócio jurídico por vício de vontade (artigo 178, § 9º, V, do Código Civil de 1916; artigo 178, II, do Código Civil de 2002).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.034510-2, da comarca de Anchieta (Vara Única), em que é apelante Linda Zappalaglio Vicari e apelada Dalila Aparecida Izoton, representada por Vilmar Izoton:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, afastar as preliminares e negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Linda Zappalaglio Vicari ajuizou ação de anulação de ato jurídico contra Dalila Aparecida Izoton, representada por Vilmar Izoton, afirmando que foi induzida em erro ao firmar escritura pública de compra e venda juntamente com seu falecido marido, porquanto com sua conduta tinha a verdadeira intenção de realizar uma doação à ré, resguardado o direito seu e de seu extinto esposo a usufruto vitalício.

Por sentença (fls. 48 a 51), a MMa. Juíza de Direito, sustentada no argumento de que decorrera o prazo prescricional de dez anos (conforme o Código Civil de 2002) desde a formalização da escritura até o ajuizamento da ação, que visa a direito pessoal, julgou extinto o processo com fulcro no artigo 269, IV, do Código de Processo Civil.

Irresignada com o veredicto, a autora interpôs recurso de apelação, pelo qual argúi, em preliminar, que a sentença é nula por insuficiência do relatório e em razão do cerceamento de defesa que sofreu por lhe ter sido obstado o direito de instruir o processo. No mérito, sustenta que a prescrição reconhecida na sentença não ocorreu, devendo a contagem do prazo fluir a partir da entrada em vigor do novo Código Civil.

Oferecidas contra-razões pela manutenção da sentença (fls. 64 e 65).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 72 a 74).

II – Voto

As preliminares aventadas na peça recursal não merecem acolhimento, uma vez que, conforme bem consignou o ilustre Procurador de Justiça Mário Gemin em seu judicioso parecer, a sentença atende irrestritamente aos requisitos essenciais exigidos pelo artigo 458 do Código de Processo Civil (sendo o relatório suficiente à intelecção do processado) e, outrossim, não há falar em cerceamento de defesa por ausência da fase instrutória se o veredicto fundou-se na ocorrência da prescrição da pretensão da autora.

Dispunha o artigo 177 do Código de Beviláqua que "as ações pessoais prescrevem em 20 (vinte) anos". Já o artigo 205 da Lei n. 10.406/02 estabelece que "a prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor".

No intento de determinar em que situações jurídicas terão de ser empre-

gados os prazos prescricionais minorados por ocasião de sua entrada em vigor, determina o artigo 2.028 do Código Civil vigente que "serão os da Lei anterior os prazos quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

In casu, constata-se de plano que a ilustre Magistrada, *data venia*, equivocou-se na interpretação meramente exegética do último dispositivo acima transcrito. Da leitura do pronunciamento judicial recorrido se denota, de entrevisão, a incorreção na aplicação pura e simples do novo prazo prescricional na hipótese de o estabelecido no diploma revogado não ter decorrido pelo menos pela metade por ocasião da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Isso porque, ante a constatação de que a hipótese em análise não coincide com a prevista no mencionado artigo 2.028, o prazo prescricional seqüente que fora reduzido deveria ter como termo *a quo* a data de início da vigência do Código Civil, e não a do surgimento da pretensão da autora (em tese, o dia da lavratura da escritura pública).

Consoante a lição de Antônio Jeová Santos, "quando os prazos prescricionais previstos no novel Código foram abreviados, mas já ultrapassado menos da metade do tempo previsto no Código Beviláqua, *contar-se-á o novo prazo – diminuído – a começar da data em que o novo Código entrou em vigor, desprezando o tempo que fluiu*" (Direito Intertemporal e o novo Código Civil. Aplicações da Lei n. 10.406/2002, RT, São Paulo: 2003, p. 108 – sem o destaque na obra).

Ocorre que, no entendimento deste Relator, equívoco maior na sentença decorre da idéia de que a ação visaria a direito pessoal e, por isso, estaria sujeita a prescrição.

Data venia de Sua Excelência, o que importa é que em verdade a autora pretende exercer um direito potestativo – aspira ela à desconstituição da escritura pública no que toca ao seu plano de validade, isto é, por vícios de consentimento, quais sejam, *erro* (por parte dela) e *dolo* (por parte dos pais da ré). Por tal razão, na hipótese não há falar em prescrição, mas, sim, em possível decadência do direito postulado.

Entre as inúmeras tentativas no intuito de se diferenciar os institutos da prescrição e decadência, hodiernamente a mais aceita advém do critério científico proposto por Agnelo Amorim Filho em seu célebre trabalho publicado na RT 300, notadamente depois de sua adoção pelo novel Código Civil. Por ela, "estão sujeitas a prescrição (indiretamente, isto é, em virtude da prescrição da pretensão a que correspondem): – todas as ações condenatórias, e somente elas", e, no caso *sub examine*, a demanda não decorre de direito obrigacional violado. Ou seja, não se pretende compelir a parte adversa a dar, fazer ou deixar de fazer algo; não se cogita falar em condenação quanto à matéria de fundo.

De qualquer sorte, independentemente desta distinção, não se pode

afastar a aplicação específica do disposto no artigo 178, § 9º, V, do Código Civil de 1916 ao caso concreto, pois a pretensão da autora é, repete-se, a de desconstituir a escritura pública de compra e venda sob a alegação de vícios de consentimento (erro e dolo).

Situação diferente haveria se tivesse a *actio* o objetivo de simplesmente obter a declaração de inexistência da relação jurídica por ausência de manifestação de vontade, como referido na sentença. Nessa hipótese, seria a ação imprescritível (*cf.* Agnelo, "quando se propõe uma ação declaratória, o que se tem em vista, exclusivamente, é a obtenção da 'certeza jurídica', isto é, a proclamação judicial da existência ou inexistência de determinada relação jurídica, ou da falsidade ou autenticidade de um documento. Daí é fácil concluir que o conceito de ação declaratória é visceralmente inconciliável com os institutos da prescrição e da decadência: as ações desta espécie não estão, e nem podem estar, ligadas a prazos prescricionais ou decadenciais"). Entretanto, *in casu*, efetivamente houve manifestação consciente da autora, embora diga viciada, pelo que almeja ela a anulação da escritura pública firmada.

Dito isso, basta aferir se o direito da autora está ou não fulminado pela decadência.

Para tanto, é de se atentar que a escritura pública foi firmada em 19-2-1993, na vigência do Código Civil de 1916, que previa o prazo decadencial de quatro anos (artigo 178, § 9º, V), e a ação foi deflagrada apenas em 12-12-2003, sob a égide da Lei n. 10.406/02.

Todavia, a superveniência do Código Civil de 2002 não interferiu na contagem da caducidade, a uma porque já exaurida, e a duas porquanto o novel diploma manteve o prazo quadrienal para a anulação de ato jurídico por erro e dolo, contado "do dia em que se realizou o negócio jurídico" (artigo 178, II).

Portanto, ajuizada a presente ação cerca de seis anos depois de consumada a decadência do direito da autora, por fundamento diverso há de se confirmar a sentença que extinguiu o processo com julgamento de mérito, também com fulcro no artigo 269, IV, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, afastadas as preliminares, vota-se pelo desprovimento do recurso.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, afastaram as preliminares e negaram provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Substitutos Dionizio Jenczak e Sérgio Izidoro Heil. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 26 de agosto de 2005.

Marcus Tulio Sartorato,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.011282-9, DE GAROPABA

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

Direito de família – Exoneração de alimentos – Valor ajustado em acordo judicial – Pensão prestada a ex-mulher – Pleito que visa exclusivamente à exoneração – Minoração em grau de recurso – Possibilidade – Julgamento extra petita *inocorrente – Necessidade de a alimentanda receber a verba no parâmetro anteriormente estabelecido não demonstrada –* Quantum *que fora reduzido liminarmente para quatorze salários mínimos – Conformismo expresso da credora naquela oportunidade – Parâmetro a ser adotado definitivamente – Sentença reformada – Recurso do autor parcialmente provido.*

1. Em ação de exoneração de alimentos, a inexistência de pedido expresso de revisão do quantum *da pensão não obstaculiza o julgador a minorá-lo.*

2. "Para a fixação da pensão alimentícia, deve o magistrado estar atento às provas produzidas no feito, não só quanto às possibilidades de quem deve prestá-los (recursos financeiros e sinais exteriores de riqueza), mas também acerca das necessidades palpáveis ou até mesmo presumíveis, próprias da idade, de quem os pleiteia" (AI n. 2003.010507-7, de Blumenau).

3. "A constituição de nova família, em princípio, não deve influir em obrigação alimentícia anteriormente assumida. 'Os encargos que livremente se impôs o alimentante com a constituição de um novo lar não podem ser levados à conta de alteração de sua fortuna' (Yussef Said Cahali)" (Ap. Cív. n. 2003.014171-5, de Joinville).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.011282-9, da comarca de Garopaba (Vara Única), em que é apelante A. C. C. B. e apelada B. R. S. C. B.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação

unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

A. C. C. B. ajuizou ação de exoneração de alimentos contra B. R. S. C. B.

Na petição inicial, argumentou o autor que o *quantum* da verba alimentar estabelecido no acordo entabulado entre as partes na separação judicial ajuizada em 25-10-1990 (26,66 salários mínimos, sendo 16 para a ré e 10,66 para os dois filhos do casal) tornou-se desproporcional diante da alteração considerável em sua fortuna. Asseverou, em síntese, que a apelada não mais necessita dos alimentos ajustados, uma vez que, além de receber boa parte dos seus bens por ocasião da separação, seus filhos, todos maiores, auferem renda própria.

Às fls. 344 e 344v., por determinação judicial, os alimentos foram reduzidos para 14 (catorze) salários mínimos.

Inexitosa a proposta de acordo na audiência de conciliação (fl. 381), a ré, devidamente citada, apresentou contestação, na qual afirmou que o autor integra uma das famílias mais abastadas do Estado do Rio Grande do Sul, o que por si só demonstra sua plena condição de arcar com o compromisso alimentar anteriormente assumido. Registrou que na constância do casamento se dedicou aos filhos e ao então marido abdicando dos estudos e do exercício de atividade remunerada. Afirmou também que, ante a inadimplência do autor, veio a passar por dificuldades financeiras que acarretaram a inscrição de seu nome em listas de inadimplentes de órgãos de proteção ao crédito.

Foram os autos remetidos à comarca de Garopaba por força de decisão lavrada em exceção de incompetência (fls. 434 a 436).

Por sentença (fls. 685 a 689), a MMa. Juíza de Direito julgou improcedente o pedido e condenou o autor a arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 3.000,00 (três mil reais).

Irresignado com o veredicto, o vencido interpôs recurso de apelação (fls. 693 a 702), pelo qual reeditou os argumentos iniciais e insistiu na tese de que não tem condições financeiras para suportar o encargo alimentar tal qual ajustado nos autos da separação judicial. Acrescentou que atualmente tem outro filho, por ele sustentado. Pleiteou, ao final, o provimento do apelo a fim de que seja julgado procedente o pedido exoneratório. Sucessivamente, aventou não haver óbice para que o julgador minore os alimentos diante da nova situação apresentada.

Apresentadas contra-razões pela manutenção da sentença (fls. 711 a 715).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 721 a 724).

II – Voto

Manifesta o autor a pretensão única de se ver exonerado da obrigação de prestar alimentos à ré, sua ex-esposa, "a partir da parcela vencida em dezembro/2000" (fl. 19). A inexistência de pedido expresso de revisão do *quantum* da verba alimentar, entrementes, não obstaculiza o julgador a minorá-lo. Conforme preleciona o mestre Yussef Said Cahali, "na ação exoneratória ajuizada pelo alimentante, nada obsta a que o juiz simplesmente reduza o valor da pensão que vem sendo paga, pois o pedido maior absorve o menor" (Dos Alimentos, 4. ed., RT, São Paulo: 2002, p. 947). Nesse sentido: REsp n. 249.513, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp n. 263.667, rel. Min. Barros Monteiro.

Não obstante, seja num ou noutro caso, o êxito na ação exoneratória ou revisional depende da comprovação clara e satisfatória da alteração das condições financeiras do alimentante e/ou do alimentando.

A propósito, sintetizou o Desembargador Ruy Pedro Schneider que "a agravação, a redução ou a exoneração de alimentos depende de prova, cujo ônus é daquele que tem essa iniciativa" (AI n. 2001.011367-8).

Na hipótese dos autos, conquanto farto o conjunto probatório carreado, em verdade dele não se pode aferir com precisão quais as rendas e remuneração percebidas pelo apelante. Assim é porque, a considerar os sinais exteriores de riqueza, ainda que o alimentante exerça atividade diversa, deles se contemplam possíveis rendimentos das empresas de sua família. Essa conclusão ganha respaldo nas suas próprias alegações quando admite participar delas (fl. 695).

Também não se pode olvidar que a constituição de nova família, conforme narrou o apelante, implica a assunção de novos encargos que deságuam na redução de sua capacidade financeira. Entretanto, não deve esta circunstância influir em obrigação alimentícia anteriormente assumida, porque "os encargos que livremente se impôs o alimentante com a constituição de um novo lar não podem ser levados à conta de alteração de sua fortuna" (Yussef Said Cahali. Dos alimentos, RT, 1985, p. 593).

Portanto, quanto a este aspecto – redução da capacidade financeira –, não conseguiu o autor colacionar prova robusta e suficiente de que sua renda mensal não suporta o pagamento da pensão alimentícia ajustada por ocasião da separação judicial.

De outro norte, para não destoar da verdadeira natureza da pensão alimentícia, cujo arbitramento deve respeitar o princípio da proporcionalidade expressamente inserido no art. 1.694, § 1º, do Código Civil – binômio necessidade/possibilidade –, é de se atentar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm firmado a posição de que a alteração dessas circunstâncias "são alternativas e não concomitantes, bastando a prova de uma delas para justificar o pedido de revisão" (Yussef Said Cahali, Dos Alimentos, 1. ed., SP, RT, 1986, p. 571; STF, *in* RTJ 96/1.274, 46/

698; TJSP, RF 196/189 e RT 328/164 – *in* Ap. Cív. n. 1996.005319-0, de Canoinhas, rel. Des. Francisco Borges. DJE n. 10.025, de 4-8-1998).

Por ocasião do ajustamento da pensão alimentícia, restou estipulado que a apelada receberia 16 salários mínimos e que outros 10,66 salários seriam divididos entre os dois filhos do casal (fls. 27 a 33).

Nesse particular, mesmo ante a existência de cláusula a determinar que os alimentos dos filhos devessem reverter à mãe quando aqueles atingissem a maioridade, é certo que, em aferição às necessidades particulares da alimentanda, não há justificativa para que a partir de então a ex-mulher se beneficiasse com um aumento drástico em sua pensão.

Em outras palavras, a quantificação dos alimentos fixada antes de agregar as pensões dos filhos (16 salários mínimos) levou em conta as necessidades da apelada àquela época e, desde então, nada há nos autos a indicar que houve modificação nesse sentido a permitir a manutenção dos alimentos em 26,66 salários mínimos mensais.

Ademais, a circunstância de a alimentanda estar inscrita em órgãos de proteção ao crédito não demonstra que suas necessidades alimentícias aumentaram. Ela própria afirmou que a causa dessas inscrições foi a impontualidade no pagamento das pensões pelo apelante. Entretanto, tal situação – inadimplemento, que deu ensejo à ação executiva (fl. 635) – não leva à conclusão de que a verba devesse ser aumentada. Aliás, razoável é conceber-se, no âmbito social e econômico em que vive a alimentanda, a possibilidade de a negativação de seu nome decorrer de sua própria falta de diligência.

Também não pode ser acolhida como justificativa para manutenção dos alimentos o fato de os filhos do casal, todos maiores, residirem com a mãe, ora apelada, porquanto já teriam eles legitimidade para, dependendo da situação, pleitearem alimentos ao genitor. E as necessidades aqui sopesadas são as próprias da alimentanda e não de seus descendentes.

Se já não bastasse a análise desses elementos, oportuna foi a observação do ilustre Procurador de Justiça Tycho Brahe Fernandes de que a alimentanda se conformou com a minoração dos alimentos para 14 (quatorze) salários mínimos (fl. 724): "Cumpre salientar que, com a percepção de verba alimentar no montante de 14 (quatorze) salários mínimos mensais, já manifestou, a apelada, expressa concordância (fls. 635 e 639): 'valor que já foi diminuído por força de decisão judicial no presente processo para 14 SM, diminuição esta que já foi aceita pela Requerida'".

Diante desse contexto, ainda que não haja elementos para se concluir pela redução da possibilidade financeira do alimentante, a sopesar as reais necessidades da alimentanda, é que os alimentos ajustados merecem ser reduzidos de 26,66 para 14 salários mínimos, conforme anteriormente havia estabelecido a liminar (fls. 344 e 344v.).

Por essas razões, vota-se pelo provimento parcial do recurso.

III – Decisão

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

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Substitutos Dionizio Jenczak e Sérgio Izidoro Heil. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Tycho Brahe Fernandes.

Florianópolis, 12 de agosto de 2005.

Marcus Tulio Sartorato,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.005170-5, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Substituto Sérgio Izidoro Heil

Apelação cível – Ação de cobrança – Chamamento ao processo – Preliminar argüida em agravo de instrumento, o qual não foi conhecido – Apreciação da prefacial, sob pena de afronta ao duplo grau de jurisdição – Pressupostos, entretanto, não preenchidos – Indeferimento.

Fornecimento de produto, pela apelante, para colocação em estabelecimento que contratou os serviços da apelada – Relação de consumo não configurada entre as partes – Inaplicabilidade da Lei n. 8.078/90.

Prescrição – Artigo 211 do Código Comercial e artigo 178, § 2º, do Código Civil de 1916 – Reclamação imediata na verificação do vício oculto – Prazo elastecido pela doutrina e pela jurisprudência.

"Em direito, ninguém é obrigado ao impossível [...]. Assim, se o defeito só aparece após o prazo de quinze dias, como obrigar o adquirente a reclamar antes? Os tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, aplicam o art. 5º da Lei de Introdução, que manda atender aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum" (Arnoldo Wald).

Apelante que, extrajudicialmente, admite a existência dos vícios e sua responsabilidade na troca das mercadorias – Renovação do prazo prescricional para vinte anos – Obrigação de natureza pessoal – Art. 177 do Código Civil de 1916 – Prescrição afastada.

"Se há promessa de dívida, ou reconhecimento negocial de dívida, para se assegurar cumprimento de obrigação existente, nasce – junto a essa – outra obrigação, de conteúdo igual, mas de tal natureza que a satisfação de uma extingue a outra [...]. A promessa de dívida ou reconhecimento negocial gera pretensão e obrigação novas, começa outro prazo prescricional [...], que é de vinte anos, no direito civil e no direito comercial, ainda que menor o prazo prescricional ou preclusiva da dívida assegurada" (Pontes de Miranda).

Inexistência de nexo de causalidade – Honorários advocatícios elevados – Assertivas sem fundamento – Recurso desprovido.

Litigância de má-fé – Alteração da verdade dos fatos e oposição injustificada ao andamento do processo diante da interposição de recurso manifestamente protelatório — Art. 17, II, IV e VII, do CPC – Condenação, ex officio*, impondo ao recorrente o pagamento de multa correspondente a 1% (um por cento) do valor atualizado da causa.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.005170-5, da comarca de Criciúma (2ª Vara Cível), em que é apelante Indústria de Tapetes Bandeirantes Ltda. e apelada Vizzar Engenharia Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, e, de ofício, condenar a recorrente a 1% (um por cento) como multa por litigância de má-fé.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Vizzar Engenharia Ltda. ajuizou ação ordinária de cobrança contra Indústria de Tapetes Bandeirantes Ltda., sustentando, em síntese, que: firmou contrato de prestação de serviços para realização de obras nas agências da Caixa Econômica Federal em Araranguá e Blumenau, adquirindo da ré o carpete para colocação, mediante pagamento da quantia de R$ 8.861,05 (oito mil oitocentos e sessenta e um reais e cinco centavos); passados 15 (quinze) dias da colocação, todas as pontas dos carpetes levantaram, em razão da ausência de resfriamento do material; apesar da responsabilidade da ré estar comprovada por laudo técnico, ela não providenciou a troca; viu-se obrigada a adquirir nova mercadoria em outro estabelecimento, gastando o valor de R$ 9.464,00 (nove mil quatrocentos e sessenta e quatro reais), com um gasto

adicional de R$ 602,95 (seiscentos e dois reais e noventa e cinco centavos). Ao final, requereu a procedência de sua pretensão a fim de ser indenizada do valor gasto com o carpete, sendo este de R$ 11.479,15 (onze mil, quatrocentos e setenta e nove reais e quinze centavos), e dos honorários advocatícios na base de 20% sobre o valor dado à causa e demais cominações legais (fls. 2 a 5). Juntou documentos (fls. 6 a 48).

Devidamente citada, a ré contestou, suscitando, em preliminar, a ilegitimidade passiva, o chamamento ao processo do fabricante da mercadoria e a perda do direito de alegar os apontados vícios em razão do lapso temporal decorrido desde o recebimento. No mérito, aduziu que: não tem culpa, pois os supostos vícios foram gerados pela fornecedora da manta asfáltica que cobre a superfície do imóvel, ligando a superfície ao carpete. Requereu que seja extinta a presente ação, ante a sua ilegitimidade passiva, nos moldes do inc. VI do art. 267 do CPC e, não sendo esse o entendimento, que seja citada a empresa Viapol Impermeabilização Ltda. para compor a presente ação, que seja julgado o presente pleito improcedente e condenada a autora ao pagamento das verbas de sucumbência (fls. 52 a 57). Juntou documentos (fls. 58 a 67).

Sentenciando, o Magistrado *a quo* julgou procedente, em parte, o pedido, condenando a ré a pagar o valor original da aquisição do produto, mais R$ 602,95 (seiscentos e dois reais e noventa e cinco centavos), decorrentes da diferença de preço da mercadoria, acrescidos de correção monetária desde a data do pagamento de cada uma das parcelas e juros de lei desde março de 1999. Condenou-a, ainda, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação (fls. 95 a 97).

Inconformada, a ré interpôs recurso de apelação, argüindo, preliminarmente, que deverá ser trazida ao processo a empresa fornecedora da manta asfáltica, sob pena de lhe ser negado o princípio do devido processo legal. Altercou, no mérito: que diante da natureza da relação entre as partes, deve ser aplicado ao caso o Código de Defesa do Consumidor, mais especificamente, o seu art. 18; que não há demonstração do nexo de causalidade entre uma possível conduta ilícita e o dano invocado pela demandante, pois não é responsável pela elaboração do produto; que a improcedência da pretensão exordial se impõe, visto que a autora teria 10 (dez) ou 15 (quinze) dias para se insurgir contra supostos vícios e não o fez, perdendo o direito de reclamar em razão de sua inércia; e que os honorários advocatícios merecem redução. Requereu o provimento recursal a fim de ser reformada a sentença e determinado o chamamento ao processo da empresa citada e, em caso de entendimento diverso, que se acolha o recurso, condenando-se a autora, em ambas as hipóteses, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios (fls. 98 a 110).

Contra-razões às fls. 112 a 117.

A egrégia Terceira Câmara de Direito Comercial, ao processar o feito,

declinou da competência, determinando a sua redistribuição a uma das Câmaras de Direito Civil deste Tribunal.

É o relatório.

II – Voto

Antes da análise do mérito, merece ser conhecida a preliminar já analisada na decisão saneadora, uma vez que, embora tenha sido atacada por meio do devido agravo de instrumento, este não foi conhecido, em razão do superveniente julgamento do feito.

Classificar como preclusa a análise de tal matéria corresponderia à afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição, o qual – nada obstante a divergência doutrinária quanto a sua classificação como garantia constitucional em decorrência do devido processo legal – merece respeito como princípio que incide sobre a fase recursal, assegurando a reanálise da matéria pela instância superior.

Tal preliminar, entretanto, não pode ser acolhida.

O chamamento ao processo tem como objetivo a vinda dos devedores solidários à lide, não sendo esse o caso narrado nos autos, o qual não está inserido em nenhuma das previsões do art. 77 do CPC.

É o entendimento desta Corte:

O instituto do chamamento ao processo só é cabível quando presente uma das hipóteses arroladas no art. 77 do Código de Processo Civil, não ocorrendo quando a parte ré não foi demandada na qualidade de fiadora e tampouco existir obrigação solidária entre ele e o chamado da parte autora (Ap. Cív. n. 2003.012161-7, de Araranguá. rela. Desa. Salete Silva Sommariva).

Inacolhe-se, portanto, a preliminar argüida.

Quanto ao mérito, melhor sorte não acolhe o recorrente; já quanto ao diploma legal, aplicável à espécie.

A Lei n. 8.078/90 disciplina as relações de consumo originadas entre consumidor e fornecedor, valendo transcrever os conceitos legais:

"Art. 2º – Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final.

"Art. 3º – Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".

É certo que, na operação de que tratam os autos, há o fornecedor, que é a empresa recorrente. Entretanto, a recorrida não pode ser considerada consumidora, pois não comprou os tapetes como destinatária final, mas para terceira empresa com a qual firmou contrato de prestação de serviços.

Da doutrina, colaciona-se entendimento neste sentido:

"Conceito de consumidor – Consoante já salientado, o conceito de con-

sumidor pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial" (Denari, Zelmo *et. al.*, *in* Código de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto, 7. Ed., Forense, p. 26 e 27).

Da jurisprudência catarinense, colhe-se:

"Inocorrência de relação de consumo – Mercadorias adquiridas que seriam revendidas – Devedora não enquadrada no conceito de destinatário final – CDC inaplicável na espécie [...].

"– Inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, quando a parte compradora não é destinatária final, mas sim utilizaria as mercadorias adquiridas em seu processo produtivo empresarial" (Ap. Cív. n. 2002.021672-6, de Sombrio, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

Naquela transação, a figura do consumidor somente pode ser atribuída à Caixa Econômica Federal, cujos danos foram ressarcidos pela apelada, a qual, dessa forma, tem assegurado o direito de regresso contra a apelante, na forma do art. 13, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90:

"Art. 13 [...]

"Parágrafo único — Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso".

Dessa feita, o caso será analisado à luz do Código Civil de 1916, o que não vem em socorro da recorrente.

Seu primeiro argumento se refere à ocorrência de prescrição, já que a reclamação ocorreu após o prazo de dez dias a que se refere o art. 211 do Código Comercial, ou, ainda, após os quinze dias do art. 178, § 2º, do Código Civil de 1916.

Ressalta-se que, não tendo como impor ao comprador o poder de pressentir a existência de vício oculto, a doutrina e a jurisprudência amenizam tais dispositivos, elastecendo o termo inicial daqueles prazos até a efetiva verificação do defeito.

Para melhor esclarecer, colaciona-se:

"Os prazos de dez e quinze dias acima referidos são de uma exigüidade brutal, pois, muitas vezes, dentro deles, o comprador não teve sequer tempo de examinar a mercadoria adquirida. Os tribunais têm procurado minorar essa escassez de tempo e o fazem com a mais justa razão, deste modo:

'A fim de que se possa admitir a perda do exercício da pretensão de redibir ou pedir abatimento do preço, não basta a objetividade do decurso do prazo e da existência do vício. É preciso que aquele que recebeu a coisa com vício oculto tenha possibilidade de conhecê-lo no exíguo prazo de quinze

dias [...] (1º TACiv/SP, ac. unân. da 3ª Câmara Cível, de 14-5-80, na Ap. Cív. n. 268.003, rel. juiz Mendes Pereira)'" (Santos, Ulderico Pires dos. Prescrição – doutrina, jurisprudência e prática, Forense, 2. ed., p. 68 e 69).

Arnoldo Wald, em arremate:

"Em direito, ninguém é obrigado ao impossível [...]. Assim, se o defeito só aparece após o prazo de quinze dias, como obrigar o adquirente a reclamar antes? Os tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, aplicam o art. 5º da Lei de Introdução, que manda atender aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum" (Wald, Arnoldo. Obrigações e Contratos, Saraiva, 16. ed., p. 303 e 304).

Esta Corte de Justiça já teve oportunidade de manifestar-se a respeito:

"Tratando-se de máquinas ou aparelhos que dependam de prévia experimentação, pelo uso, sendo que certos defeitos funcionais não são revelados no momento da aquisição ou da tradição, o adquirente deve demonstrar o seu inconformismo com o vício ou defeito da coisa, dentro do prazo de 15 (quinze) dias da sua constatação, pleiteando o abatimento do preço ou a rescisão do contrato" (Ap. Cív. n. 31.544, de Jaraguá do Sul, rel. Des. José Bonifácio da Silva).

Mais:

"O prazo prescricional da ação edilícia tem seu *dies a quo* no momento em que nascer a pretensão à responsabilidade, ou seja, no momento em que o vício se fizer conhecido (cf. Pontes de Miranda)" (Ap. Cív. n. 1997.005716-4, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Quanto ao caso *sub judice,* da inicial e seus documentos, colhe-se que, entregues e colocados os tapetes entre o final de janeiro de 1999 e o início do mês seguinte, o defeito se apresentou em aproximadamente 15 (quinze) dias, tendo a ré sido imediatamente informada do ocorrido (fl. 3).

Por outro lado, colhe-se da contestação:

"Vê-se, através das próprias assertivas da autora e documentos acostados, que *a autora só reclamou sobre os vícios das mercadorias 15 (quinze) dias após sua instalação*" (fls. 53 e 54) (grifou-se).

Adiante, de outro vértice, afirmou a demandada:

"Cumpre salientar que *as reclamações da autora se iniciaram* em março de 1999, ou seja, *mais de um mês após a entrega e instalação dos materiais*" (fl. 54) (grifou-se).

Ora, quem tem duas versões para o mesmo fato não tem nenhuma! A bem da verdade, a ré, conforme argumenta, alterna as versões que mais se adaptam às suas assertivas, já tendo procedido dessa forma ao suscitar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas preliminares e a do Código Civil nos prazos prescricionais.

Dessa feita, sendo a constatação do vício o termo inicial da contagem da prescrição, e tendo a comuni-

cação acerca do vício ocorrido de imediato, não há emprestar crédito à alegação da recorrente.

Se não bastasse, analisando os documentos acostados à inicial, verifica-se, à fl. 17, uma das correspondências enviadas pela ré, datada de 31-3-99, donde se colhe:

"Após inspeção realizada pela Assistência Técnica I.T.B., em 26-3-99, estamos informando que o carpete apresenta a seguinte irregularidade:

"Levantamento dos topos, devido à falta de resfriamento do material. Portanto procede à troca.

"Por ser responsabilidade da I.T.B. a sua regularização, tomaremos as devidas providências".

Em ratificação, da carta constante à fl. 18, também remetida pela recorrente, já em maio de 1999, vale transcrever:

"Conforme tivemos a oportunidade de conversar via telefone, que seu carpete, conforme nosso laudo técnico, está aprovado para troca, porém nosso problema está no fornecedor da manta asfáltica [...].

"Com os problemas expostos acima, podemos afirmar que entendemos a situação em que se encontram, pois estamos fazendo um esforço imensurável para conseguirmos uma data desse nosso parceiro fornecedor sem estarmos obtendo êxito.

"Apelamos para sua compreensão e pedimos sinceras desculpas, uma vez não ser este um acontecimento natural entre os negócios entre Bandeirantes e seus clientes".

É certo que a relação havida entre as partes tem natureza obrigacional e, portanto, pessoal, como se colhe da lição de Maria Helena Diniz:

"O direito obrigacional ou de crédito contempla as relações jurídicas de natureza pessoal, visto que seu conteúdo é a prestação patrimonial, ou seja, a ação ou omissão da parte vinculada (devedor) tendo em vista o interesse do credor, que por sua vez tem o direito de exigir aquela ação ou omissão, de tal modo que, se ela não for cumprida espontaneamente, poderá movimentar a máquina judiciária para obter do patrimônio do devedor a quantia necessária à composição do dano" (Curso de direito civil, vol. 2, p. 3).

A recorrente, após assumir a existência do vício e avocar a responsabilidade pela troca das mercadorias, fez renovar o prazo prescricional – antes de 15 (quinze) dias – para aquele referente às ações pessoais – 20 (vinte) anos, conforme o art. 177 do Código Civil de 1916.

Em outras palavras, ficou admitida pelas partes a existência de vício oculto nas mercadorias, por meio do pacto (informal) para sua troca; tal fato consistiu em segunda obrigação, decorrente e dependente da primeira, cujo prazo prescricional merece ser visto por intermédio da regra geral das ações pessoais e não aquele exíguo estabelecido para a reclamação quanto aos vícios redibitórios, sobre os quais não havia mais discussão.

Pontes de Miranda, ao interpretar os prazos prescricionais, assim se posiciona:

"Se sobreveio reconhecimento contratual da dívida, o prazo de prescrição é o de vinte anos, e não o da prescrição curta que acaso tinha a pretensão reconhecida [...].

"Se há promessa de dívida, ou reconhecimento negocial de dívida, para se assegurar cumprimento de obrigação existente, nasce – junto a essa – outra obrigação, de conteúdo igual, mas de tal natureza que a satisfação de uma extingue a outra [...]. A promessa de dívida ou reconhecimento negocial gera pretensão e obrigação novas, começa outro prazo prescricional [...], que é de vinte anos, no direito civil e no direito comercial, ainda que menor o prazo prescricional ou preclusiva da dívida assegurada" (Tratado de direito privado, vol. 6, p. 337 a 339).

O mesmo doutrinador, ao tecer comentários acerca dos vícios redibitórios, complementa o raciocínio:

"Cumpre, porém, que não se confunda a responsabilidade pelo vício do objeto, que depende de não ser conhecida pelo outorgado (comprador), com a responsabilidade oriunda de cláusula negocial, ou de negócio jurídico à parte, em que o outorgante prometeu a eliminação do vício do objeto [...]" (*Idem*, vol. 38, p. 285).

Logo, tendo a recorrida efetuado a reclamação de imediato e, como conseqüência da admissão da existência dos vícios, renovado o prazo prescricional para aquele referente às ações pessoais, afasta-se a assertiva de prescrição.

Quanto à alegada inexistência de nexo de causalidade, tal argumento beira à imoralidade, pois, não bastasse ter, em juízo, negado os vícios e a responsabilidade já assumidos extrajudicialmente, colaciona a recorrente argumentos como se os autos tratassem de indenização por responsabilidade civil e não de ação decorrente de descumprimento contratual.

Finalmente, quanto aos ônus da sucumbência, a apelante sustenta sua abusividade, encerrando seu modo de litigar temerário e infundado, alegando que a "sentença determinou a condenação do recorrente ao pagamento das verbas de sucumbência, no montante de *20% (vinte por cento) ao valor atribuído à causa*" (fl. 109) (grifei).

Da sentença colhe-se, dispensando maiores assertivas: "condeno o requerido, por fim, no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios (a sucumbência do autor se deu em parte mínima), este arbitrados em *20% o valor da condenação*, com fulcro no art. 20, § 3º, *a* a *c*, do CPC (*sic*)" (grifei).

É de se reconhecer, *ex officio*, a litigância de má-fé da recorrente, pois existente a malícia intencional em alterar a verdade dos fatos e opor resistência injustificada ao andamento do processo diante da interposição de recurso manifestamente protelatório, em referência ao art. 17, nos seus incisos II, IV e VII, do CPC.

Em comentário ao art. 17, do CPC, prelecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

"Conceito de litigante de má-fé. É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbus litigador*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas positivamente, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no CPC 14" (Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, São Paulo: RT, 2003, 7. ed., rev. e ampl., p. 371).

Sobre a condenação de ofício ao litigante de má-fé, os mesmos doutrinadores preconizam que:

"A Lei n. 8.952/94 já deixara expresso o dever de o juiz condenar, de ofício, o litigante de má-fé, como já exposto na 1ª ed., destes comentários. A Lei n. 9.668/98 reafirma essa regra. O destinatário primeiro da norma é o juiz ou tribunal, de sorte que lhe é imposto um comando de condenar o litigante de má-fé a pagar multa e a indenizar os danos processuais que causou à parte contrária. Isto porque o interesse público indica ao magistrado que deve prevenir e reprimir os abusos cometidos pelos litigantes, por prática de atos que sejam contrários à dignidade da justiça. Deve assim proceder de ofício, independentemente de requerimento da parte" (*op. cit.*, p. 374).

Colhe-se da jurisprudência:

"A condenação por litigância de má-fé independe de requerimento. Instrumento da jurisdição e com escopos jurídico, político e social, o processo contemporâneo, além de prestigiar a lealdade, tem perfil predominantemente público, razão pela qual incumbe ao juiz que o dirige prevenir e reprimir, de ofício, qualquer ato contrário à dignidade da justiça" (STJ, REsp n. 36.718, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

E ainda:

"O processo não é mero instrumento de satisfação dos interesses das partes contendoras, mas, acima de tudo, de satisfação do interesse público na composição dos litígios; por isso, cabe ao magistrado reprimir todo e qualquer ato atentatório à dignidade da Justiça, avultando-se, entre eles, a resistência injustificada à ultimação do processo. Nessa conjuntura, é dado ao julgador, independentemente de requerimento da parte interessada, impor àquele que litiga de má-fé, no mesmo processo, a sanção prevista no art. 18 do CPC" (AI n. 1998.007828-8, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 1º-12-98).

Dessa forma, a litigância de má-fé, nos termos do art. 18 do CPC, pode ser reconhecida *ex officio* pelo juiz ou tribunal, impondo-se ao recorrente o pagamento de multa correspondente a 1% (um por cento) do valor atualizado da causa.

Diante do exposto, vota-se pelo conhecimento do recurso para negar-lhe provimento, condenando a apelante por litigância de má-fé em multa no valor de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, decidiu conhecer do recurso para negar-lhe provimento, e, de ofício, condenar a recorrente a 1% (um por cento) como multa por litigância de má-fé.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Substituto Dionizio Jenczak.

Florianópolis, 5 de agosto de 2005.

Marcus Tulio Sartorato,
Presidente, com voto;
Sérgio Izidoro Heil,
Relator.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2004.030334-8, DE TUBARÃO

Relator designado: Des. Nelson Schaefer Martins

Embargos infringentes. Ação de revisão de cláusulas contratuais. Pessoa jurídica. Encargos contratuais: I) Contrato de limite de crédito firmado em 27-4-1999: a partir da vigência da Circular n. 2.957 do Banco Central do Brasil, janeiro de 1999 – taxa média de juros de mercado, desde que inferiores à taxa de juros contratada (coluna "pessoa jurídica, capital de giro"); II) Contrato de Empréstimo n. 24.067915.9 firmado em 9-3-2001: taxa contratada de 3,50% ao mês sem acréscimo de outros juros remuneratórios, correção monetária, juros de mora ou comissão de permanência; III) Contrato de Empréstimo n. 24.753988.3 firmado em 27-4-2001: taxa contratada de 2,80% ao mês sem acréscimo de outros juros remuneratórios, correção monetária, juros de mora ou comissão de permanência. Inversão dos ônus da sucumbência em favor dos patronos do banco. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2004.030334-8, da comarca de Tubarão (3ª Vara Cível), em que é embargante Banco ABN Amro Real S.A. e embargada Aços Catarinense Comércio de Produtos Siderúrgicos Ltda.:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, invertidos os ônus da sucumbência.

Custas na forma da lei.

O Banco ABN Amro Real S. A. interpôs embargos infringentes ao acórdão da Apelação Cível n. 2004.006938-3 contra Aços Catarinense Comércio de Produtos Siderúrgicos Ltda., pretendendo a prevalência do voto vencido de fl. 266 que estaria em consonância com os termos da Súmula 648 do Supremo Tribunal Federal. O recorrente insiste na tese da não auto-aplicabilidade do disposto no art. 192, § 3º, da Constituição da República.

É o teor do voto vencido da lavra do Des. Newton Janke:

"Dissenti da ilustrada maioria confortado na Súmula 648 do Supremo Tribunal Federal, assim enunciada:

'A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC n. 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar'" (fl. 266).

A embargada apresentou impugnação.

Os embargos foram admitidos (fl. 313).

É o relatório.

O banco sustentou a não auto-aplicabilidade do disposto no art. 192, § 3º, da Constituição da República diante de sua revogação pela Emenda Constitucional n. 40/2003.

A irresignação do banco é acolhida. A Emenda Constitucional n. 40, de 29-5-2003, revogou o disposto no § 3º do art. 192 da Constituição da República. O Supremo Tribunal Federal definiu na Súmula 648: "A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar".

Na análise dos encargos devem ser observadas a Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça que preconiza a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários; a Emenda Constitucional n. 40 de 29-5-2003 que revogou o § 3º do art. 192 da Constituição da República; a Súmula 648 do Supremo Tribunal Federal que dispõe sobre a inaplicabilidade do § 3º do art. 192 da Constituição da República, mesmo durante a sua vigência; e a Súmula 294 do Superior Tribunal de Justiça que autoriza a aplicação da comissão de permanência calculada pela taxa média de mercado.

Tais regras devem ser compatibilizadas de tal modo que a taxa de juros remuneratórios e a utilização da comissão de permanência não impliquem em excessiva onerosidade em prejuízo do consumidor.

O sistema do direito do consumidor define os parâmetros de eqüidade para a aplicação da taxa de juros remuneratórios e da comissão de permanência.

Apenas para ilustrar, anote-se que o Código Civil de 2002 prescreve que os contratos devem respeitar sua função social, conforme as disposições dos arts. 421 e 2.035:

"Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

"Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

"Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

Sobre o tema, Sílvio de Salvo Venosa em Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, vol. 2, p. 390, comenta:

"O controle judicial não se manifestará apenas no exame das cláusulas contratuais, mas desde a raiz do negócio jurídico. Como procura enfatizar o atual diploma, o contrato não mais é visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade. Nesse diapasão, pode ser coibido o contrato que não busca essa finalidade".

O direito do consumidor, que fornece as diretrizes para a solução do presente conflito de interesses, preconizado pelos arts. 5º, inc. XXXII, e 170, inc. V, da Constituição da República e art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, contempla normas de direito fundamental e matérias de ordem pública e interesse social.

O art. 1º do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) prescreve:

"O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e 48 de suas Disposições Transitórias".

A violação de normas de proteção ao consumidor atentam contra princípios constitucionais inscritos na Constituição da República Federativa do Brasil, tais como igualdade (art. 5º, *caput*); democracia (art. 1º, *caput*); dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III); valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV); solidariedade (art. 3º, inc. I); desenvolvimento (art. 3º, inc. II); defesa do consumidor (arts. 5º, inc. XXXII, e 170, inc. V); valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*); e livre concorrência (art. 170, inc. IV).

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento, com amparo no Código de Defesa do Consumidor, de que são abusivos os juros remuneratórios que ultrapassam a taxa média de mercado.

Nesse sentido, colaciona-se precedente do Superior Tribunal de Justiça em AGA n. 552.893/RS, rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, j. 14-6-2004, DJ de 1º-7-2004, p. 00190:

"Agravo interno. Negócio bancário. Juros remuneratórios. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Lei n. 4.595/64. Legislação específica.

"A egrégia Segunda Seção decidiu, no julgamento do Recurso Especial n. 407.097/RS, em 12-3-2003, que: 'Os negócios bancários estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, inclusive quanto aos juros remuneratórios; a abusividade destes, todavia, só pode ser declarada, caso a caso, à vista de taxa que comprovadamente discrepe, de modo substancial, da média do mercado na praça do empréstimo, salvo se justificada pelo risco da operação'.

"Agravo improvido".

O Banco ABN Amro Real S. A. apresentou as cópias dos contratos firmados entre as partes:

1) contrato de limite de crédito firmado em 27-4-1999, com a taxa prefixada de juros de 8% ao mês; previsão de comissão de permanência; multa contratual no percentual equivalente ao máximo permitido pela legislação e juros de mora de 1% ao mês (fl. 130 e verso);

2) Contrato de Empréstimo n. 24.067915.9 firmado em 9-3-2001 com taxa de juros de 3,50 % ao mês; previsão de juros de mora de 1% ao mês e multa contratual de 2% sobre o montante devido (fls. 133 e 136);

3) Contrato de Empréstimo n. 24.753988.3 firmado em 27-4-2001 com taxa de juros de 2,80% ao mês; previsão de juros de mora de 1% ao mês e multa contratual de 2% sobre o devido (fls. 138 e 141).

O Banco Central do Brasil presta informações sobre as operações de crédito praticadas no mercado financeiro segundo a Circular n. 2.957, de 30-12-1999 (www.bacen.gov.br, em 21-10-2004), fornecendo a taxa de juros praticada pelas instituições financeiras nas operações de crédito realizadas com recursos livres.

Aplicam-se os seguintes encargos para os contratos:

1) *contrato de limite de crédito firmado em 27-4-1999*: a partir da vigência da Circular n. 2.957 do Banco Central do Brasil, ou seja, janeiro de 1999 – a taxa média de juros de mercado nos termos definidos a seguir, desde que inferiores à taxa de juros contratada (coluna "pessoa jurídica, capital de giro");

2) *Contrato de Empréstimo n. 24.067915.9 firmado em 9-3-2001*: permanece a taxa contratada de 3,50% ao mês sem acréscimo de outros juros remuneratórios, correção monetária, juros de mora ou comissão de permanência;

3) *Contrato de Empréstimo n. 24.753988.3 firmado em 27-4-2001*: permanece a taxa contratada de 2,80% ao mês sem acréscimo de outros juros remuneratórios, correção monetária, juros de mora ou comissão de permanência.

O contrato de limite de crédito firmado em 27-4-1999 prevê a aplicação da comissão de permanência, conforme se transcreve (fl. 130 e verso):

"6. Vencido este contrato, qualquer que seja a razão, o saldo devedor apresentado na conta de depósitos à vista da cliente será exigido de imediato, com os respectivos encargos e IOC, sob pena de constituição em mora da *cliente*. Nessa hipótese, ou na de qualquer pagamento além dos prazos convencionados, sobre o saldo devedor em aberto incidirá comissão de permanência, às taxas máximas praticadas pelo banco à época do efetivo pagamento, além dos juros de mora à razão de 1% (um por cento) ao mês".

O colendo Superior Tribunal de Justiça em REsp n. 271.214/RS, rel. designado Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, j. 12-3-2003, DJ de 4-8-2003, p. 00216, ao discorrer sobre o conceito da comissão de permanência, decidiu pela sua aplicação para o período de inadimplência. O acórdão está assim ementado:

"Ação de revisão. Embargos à execução. Contrato de abertura de crédito. Juros. Correção monetária. Capitalização. Comissão de permanência. Multa. Precedentes.

"1. O contrato de abertura de crédito não é hábil para ensejar a execução, não gozando a nota promissória vinculada de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou, nos termos das Súmulas 233 e 258 da Corte.

"2. O Código de Defesa do Consumidor, como assentado em precedentes da Corte, aplica-se em contratos da espécie sob julgamento.

"3. Havendo pacto, admite a jurisprudência da Corte a utilização da TR como índice de correção monetária.

"4. A Lei n. 9.298/96 não se aplica aos contratos anteriores, de acordo com inúmeros precedentes da Corte.

"5. Os juros remuneratórios contratados são aplicados, não demonstrada, efetivamente, a eventual abusividade.

"6. A comissão de permanência, para o período de inadimplência, é cabível, não cumulada com a correção monetária, nos termos da Súmula 30 da Corte, nem com juros remuneratórios, calculada pela taxa média dos juros de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, não podendo ultrapassar a taxa do contrato.

"7. Recurso especial conhecido e provido, em parte".

Transcreve-se trecho do v. acórdão:

"No Brasil a taxa de inadimplência é cobrada sob a rubrica 'comissão de permanência'. A comissão de permanência, por sua vez, não é ilegal, sendo certo que, conforme já decidido e pacificado nesta Corte, tem finalida-

de semelhante, precipuamente, à da correção monetária, qual seja atualizar o valor da dívida, a contar de seu vencimento. Foi criada antes da correção monetária, sendo facultada, com base na Lei n. 4.595/64 e na Resolução n. 1.129/86 – Bacen, a sua cobrança pelas instituições financeiras por dia de atraso no pagamento do débito.

"Observe-se o que disse o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, no REsp n. 4.443/SP, julgado em 9-10-90 (RSTJ 33/249-253), sobre a função da comissão de permanência, *verbis*:

'Cumpre ter-se em conta que a comissão de permanência foi instituída quando inexistia previsão legal de correção monetária. Visava a compensar a desvalorização da moeda e também remunerar o banco mutuante. Sobrevindo a Lei n. 6.899/81, a primeira função do acessório em exame deixou de justificar-se, não se podendo admitir que se cumulasse com a correção monetária, então instituída'.

"Por outro lado, a própria Resolução n. 1.129/86, do Banco Central do Brasil, no item I, estabelece que a comissão de permanência será calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou *à taxa de mercado do dia do pagamento*. Não há aí potestatividade, já que as taxas de mercado não são fixadas pelo credor, mas, sim, definidas pelo próprio mercado ante as oscilações econômico-financeiras, estas fiscalizadas pelo Governo que, como sói acontecer, intervém para sanar distorções indesejáveis.

"Por outro lado, após o vencimento do contrato, a cobrança da comissão de permanência subordinada à mesma taxa de juros prevista neste não mais se justifica, presente que a realidade econômica desse período poderá não mais ser a mesma da época em que celebrado o contrato. Nesse caso, a cobrança da comissão de permanência considerando a taxa média de mercado, no período da inadimplência, apresenta-se, a meu sentir, como melhor solução.

"Apenas, observe-se, a taxa média a ser adotada por força desta decisão não pode ser superior à taxa de juros previamente pactuada, na eventualidade, diante de circunstâncias econômicas anormais, de ser ela superior. É que a pretensão do banco recorrente resume-se na confirmação da 'legalidade dos encargos financeiros livremente pactuados' (fl. 292), sendo as taxas do contrato, portanto, o limite para esta decisão, que não pode ultrapassar o pedido.

"*Data venia*, assim, do voto proferido pelo eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, a adoção da taxa Selic para o período da inadimplência, ao que penso, não me parece conveniente.

"[...] Relevo, ainda uma vez, que não há vedação legal para que a comissão de permanência, nos mútuos bancários comuns regidos por normas gerais, seja utilizada como meio de atualizar o débito, em substituição dos índices oficiais tradicionais. Basta que o contrato a preveja, o que se observa no acórdão à fl. 217.

"Assim, legal é a cobrança da comissão de permanência, não poden-

do, porém, ser cumulada com a correção monetária, bastando, para tanto, a reprodução dos seguintes precedentes desta Corte:

'Embargos à execução. Afirmando o acórdão recorrido que não há capitalização, conclusão contrária demandaria reexame dos fatos. Aplicação da Súmula 7.

'Tem-se como legal a cobrança de comissão de permanência, quando não cumulada com correção monetária' (REsp n. 224.178/GO, 3ª Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 6-12-99).

'Contrato de abertura de crédito. Juros. Súmula 30 da Corte. Precedentes.

'1. É firme a jurisprudência da Corte no sentido de não se aplicar a Lei de Usura nos contratos de conta corrente, no que concerne à limitação da taxa de juros, presente a Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal.

'2. A Súmula 30 da Corte não afasta a comissão de permanência, mas, apenas, impede seja cumulada com a correção monetária.

'3. Recurso especial conhecido e provido' (REsp n. 184.186/RS, 3ª Turma, de minha relatoria, DJ de 6-12-99).

'Nota de crédito comercial. Juros. Comissão de permanência. Precedentes da Corte.

'1. Já decidiu a Corte que nas cédulas de crédito comercial, salvo se provada a autorização do Conselho Monetário Nacional, não cabe a cobrança de juros acima do limite fixado pela legislação infraconstitucional.

'Aplicação do entendimento adotado no REsp n. 111.881/RS, publicado no DJ de 16-2-98.

'2. Se o acórdão recorrido afirmou não existir prova da autorização, sem mencionar nenhuma resolução ou circular específica sobre o assunto, não pode a Corte ter como presente a referida autorização.

'3. É vedada a cumulação da correção monetária com a comissão de permanência (Súmula 30 da Corte), mas não a substituição da primeira pela segunda.

'4. Recurso especial conhecido, em parte, e, nessa parte, provido' (REsp n. 192.984/RS, 3ª Turma, de minha relatoria, DJ de 21-2-2000).

'Comercial. Comissão de permanência. Exigibilidade a partir do inadimplemento. Recurso especial conhecido e provido' (REsp n. 223.122/MG, 3ª Turma, rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 28-2-2000).

"Assim, como já assinalei antes, entendo deva a comissão de permanência considerar a taxa média do mercado, segundo a espécie de operação, apurada pelo Banco Central do Brasil, nos termos do procedimento previsto na Circular da Diretoria n. 2.957, de 28 de dezembro de 1999, à semelhança do que ocorre com os juros remuneratórios após o vencimento, nos termos do que foi decidido no julgamento do REsp n. 139.343/RS, pela 2ª Seção, rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 10-6-02.

"A idéia de limitar o percentual da comissão de permanência decorre

do voto que proferi no julgamento do REsp n. 298.369/RS, em 7-6-01, atualmente sobrestado, no qual se discutia a possibilidade de cumular, ou não, a comissão de permanência com os juros remuneratórios após o vencimento. Segundo a orientação que adotei no voto mencionado, a comissão de permanência, apesar de criada com o objetivo primeiro de atualizar os débitos, é formada, essencialmente, por juros de mercado, o que lhe confere um duplo objetivo, isto é, corrigir monetariamente e remunerar o capital financiado.

"Para demonstrar a incidência dos juros, observo, inicialmente, que a Resolução n. 15/66, item XIV, seguida pelas Circulares n. 77/67 e 82/67, todas do Banco Central do Brasil, já previa a cobrança de comissão de permanência, calculada sobre os dias de atraso e nas mesmas bases proporcionais de juros e comissões cobradas ao cedente na operação primitiva.

"Por sua vez, a Resolução n. 1.129/86, do Banco Central do Brasil, repetindo o que disse anteriormente, estabelece que a comissão de permanência seguirá as taxas pactuadas no contrato ou a taxa de mercado, podendo ser cobrada dos devedores, também, por dia de atraso no pagamento ou na liquidação de seus débitos. Em sentido semelhante foi editada a Resolução n. 1.572/89, do Banco Central do Brasil.

"Respondendo à consulta que formulei junto ao Banco Central do Brasil, o Dr. Sérgio Darcy da Silva Alves, Diretor da Diret, encaminhou o Ofício n. 2001/0939, de 24-4-01, ao meu Gabinete, contendo a seguinte informação, *verbis*:

'5. No que tange à questão n. 2, que interroga de que forma é composta a comissão de permanência (por ex. correção monetária + juros), consigno que os encargos financeiros cobrados nas operações realizadas no âmbito do mercado financeiro, inclusive a comissão de permanência, podem ser compostos de juros prefixados ou de juros e base de remuneração na forma da Circular n. 2.905, de 30-6-95 desta Autarquia'.

"Finalmente, o Professor e Magistrado paranaense Munir Karam, sobre a comissão de permanência, escreve:

'Outro encargo decorrente da mora é a comissão de permanência. O que é a comissão de permanência? É a somatória (o total) dos ônus a cargo do devedor moroso, visando compensar o credor dos prejuízos com o atraso.

'Na lição de Barros Leães: 'Diz ela respeito à obrigação do devedor em mora sujeitar-se a um acréscimo sobre as dias de atraso, ou seja, sobre o período em que o título permanece sem ser liquidado após o seu vencimento, nas mesmas bases proporcionais de juros, correção monetária e encargos cobrados na operação primitiva, para que também permaneça imutável o rendimento produzido pelo capital investido'.

'Muito se discute sobre a estrutura da comissão de permanência. Não

se trata de uma discussão apenas retórica, porque do seu entendimento defluem importantíssimos efeitos.

'Essa criação nativa, no dizer de Waldírio Bulgarelli, teria cunho apenas compensatório, sendo justificada a sua instituição para garantir o credor, em época de inflação elevada, contra os prejuízos causados pela mora do devedor, daí constituir um verdadeiro prolongamento das condições contratuais até o seu efetivo cumprimento.

'E por que o Conselho Monetário Nacional, pela Resolução n. 1.129, instituiu a comissão de permanência? É porque não existe nenhuma outra norma autorizando o credor a cobrar a correção, após o vencimento do título, exceto os juros moratórios. A correção, nos títulos de crédito, só é permitida nas vias judiciais (e não extrajudiciais), nos termos da Lei n. 6.899.

'É por isso que, nos pagamentos feitos no Cartório de Protesto, veda-se a correção monetária.

'Entendemos porém duvidoso o caráter compensatório da comissão de permanência. Como se sabe, a cláusula penal compensatória visa ao inadimplemento completo da obrigação. Neste caso, tem o credor a faculdade de exigir ou a prestação em espécie, ou o pagamento da pena (art. 918 do CC). Ora, como se sabe, a comissão de permanência é acrescida ao valor do débito principal. Ela é exigida cumulativamente com o cumprimento da obrigação principal' (Da Mora do Devedor nos Contratos Bancários, *in* Jurisprudência Brasileira, 1989, vol. 149, p. 16).

"Na minha compreensão, portanto, a comissão de permanência enseja mais do que uma simples correção monetária, já que em sua formação é encontrada, também, taxa de juros.

"Como conseqüência, sendo a comissão de permanência composta, igualmente, de juros remuneratórios, deve sofrer a limitação destes, como alinhavado no julgamento do REsp n. 139.343/RS.

"A minha discordância do voto do Senhor Ministro Ari Pargendler reside, apenas, no fato de que reconheço o caráter dúplice da comissão de permanência, isto é, serve, simultaneamente, para atualizar e para remunerar a moeda. O eminente Relator considerou a comissão de permanência, apenas, como juros remuneratórios. O resultado prático, no caso dos autos, é que não admito a cobrança cumulativa da comissão de permanência com a correção monetária (Súmula 30/STJ), conforme asseverado, inclusive, pelo Senhor Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ou com os juros remuneratórios.

"Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e, nesta parte, dou-lhe provimento para autorizar a utilização da TR como índice de correção monetária até o vencimento do contrato, a majoração da multa para 10% e a cobrança dos juros remuneratórios às taxas fixadas no contrato até o vencimento deste e da comissão de permanência, para o período da inadimplência, não cumulada com a correção monetária, nos termos da Súmula 30 da Corte, ou com os juros remuneratórios, devendo considerar o seu cál-

culo a variação da taxa média do mercado, segundo a espécie de operação, apurada pelo Banco Central do Brasil, nos termos do procedimento previsto na Circular da Diretoria n. 2.957, de 28 de dezembro de 1999, limitada, entretanto, à taxa pactuada no contrato".

Logo, a partir de janeiro de 1999, admite-se a incidência da comissão de permanência, calculada pela taxa média de juros de mercado na coluna "pessoa jurídica, capital de giro" da Circular do Bacem n. 2.957/1999, desde que não supere a taxa contratada, nos termos da Súmula 294 do Superior Tribunal de Justiça, que é do seguinte teor: "Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato".

Os contratos apresentados nos autos são de limite de crédito e de empréstimo, e a Circular n. 2.957/1999 do Bacen prevê taxas de juros excessivamente onerosas para esse tipo de operação.

Impõe-se, portanto, a interpretação do contrato de maneira mais favorável ao consumidor, nos termos do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, a comissão de permanência não poderá ser cumulada com outros encargos como juros remuneratórios, correção monetária, juros moratórios e multa contratual.

Nesse sentido, colacionam-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

"1) AGREsp n. 511.475/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 13-4-2004, DJ de 3-5-2004, p. 00151:

'Agravo regimental. Contrato de mútuo. Instituições financeiras. Comissão de permanência. Possibilidade de sua cobrança após o vencimento da dívida, até o seu efetivo pagamento. Não cumulação com correção monetária, juros remuneratórios e multa moratória.

'– A comissão de permanência pode ser cobrada, após o vencimento do contrato desde que não cumulada com juros remuneratórios, juros moratórios, correção monetária e multa contratual.

'– Havendo cumulação, tais encargos devem ser afastados para que se mantenha tão-somente a incidência da comissão de permanência.

'– Agravo provido'.

"2) REsp n. 663.187/RS, rela. Mina. Nancy Andrighi, DJ de 28-9-2004:

'Ação revisional. Contrato de empréstimo bancário. Recurso especial. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Prequestionamento. Reexame de prova. Repetição de indébito. Comissão de permanência. Taxa de juros. Limitação.

'– Rejeitam-se os embargos de declaração quando ausente omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada.

'– O prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados constitui requisito de admissibilidade do recurso especial.

'– É vedado o reexame do acervo fático-probatório dos autos em sede de recurso especial.

'– Aquele que recebeu o que não devia deve fazer a restituição, sob pena de enriquecimento indevido, pouco relevando a prova do erro no pagamento, nos termos da jurisprudência da 2ª Seção do STJ.

'– Nos termos da jurisprudência do STJ, não se aplica a limitação da taxa de juros remuneratórios em 12% ao ano aos contratos de abertura de crédito em conta corrente.

'– É admitida a incidência da comissão de permanência após o vencimento da dívida, desde que não cumulada com juros remuneratórios, juros moratórios, e/ou correção monetária.

'Precedentes.

'Recurso parcialmente provido'".

Transcreve-se o "Entendimento" do Superior Tribunal de Justiça a respeito da incidência da comissão de permanência:

"Órgão julgador: 2ª S, 3ª T, 4ª T.

"É legal a cobrança da comissão de permanência após o vencimento do contrato bancário, calculada pela taxa média de juros do mercado do dia do pagamento, segundo a espécie de operação apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa pactuada no contrato, desde que não cumulada com juros remuneratórios, multa contratual, juros moratórios ou correção monetária".

Logo, aplica-se a comissão de permanência para o período de inadimplência, desde que não superior à taxa contratada, inadmitida a cumulação com juros remuneratórios, correção monetária, juros moratórios e multa contratual.

Mantêm-se os ônus da sucumbência definidos no acórdão de fl. 265, porém em favor dos advogados do banco.

Isso posto, dá-se provimento ao recurso, invertidos os ônus da sucumbência.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos, Sérgio Roberto Baasch Luz, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Gastaldi Buzzi.

Florianópolis, 9 de fevereiro de 2005.

Alcides Aguiar,
Presidente, com voto vencido;
Nelson Schaefer Martins,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni

Ousei divergir, com a devida vênia, da douta maioria, no sentido de não acolher as razões do embargante, porquanto entendo que a taxa de juros remuneratórios praticada pela instituição financeira nos contratos revisados (2,80% a 8% ao mês) incompatibiliza-se com os princípios da boa-fé e da eqüidade a serem mantidos nas relações contratuais.

Não obstante a discussão sobre a limitação dos juros em 12% (doze por cento) ao ano, consubstanciada pelo art. 192, § 3º, da CF, e pelo Decreto n. 22.626/33, a cláusula que arbitra juros remuneratórios acima desse percentual é considerada abusiva e conseqüentemente nula de pleno direito, com base no disposto no art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, onerando excessivamente o contrato.

É que, com a realidade vivida hodiernamente pelo País – economia estável –, tem-se como inconcebível que referidos juros ultrapassem o limite de 1% (um por cento) ao mês, o que vem a gerar prejuízos às classes produtoras e enriquecimento ilícito aos tomadores de empréstimos.

Com efeito, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

"A pura e simples interpretação contratual, seja à luz da codificação protetiva do consumidor, seja pelas normas e princípios que sempre regeram e continuam a reger o ordenamento pátrio, leva à nulidade da cláusula contratual que, em relação negocial de crédito, expressa a imposição de juros remuneratórios em taxa anual superante em muito a doze por cento. Há de se considerar, nesse contexto, que a estipulação da remuneração do dinheiro, pena de pactuar-se com o enriquecimento desmedido do credor, encontra limitação no princípio da eqüidade retributiva dos contratos e, principalmente, no da boa-fé contratual e da função social dos contratos [...]" (Ap. Cív. n. 2004.001653-0, de Araranguá, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 22-4-04).

"Apelação cível – Ação revisional cumulada com repetição de indébito – Contrato de financiamento – Sentença que acolhe parcialmente o pedido – Insurgência do credor – Ausência de interesse recursal quanto à cobrança de juros de mora à taxa ânua de 12% e utilização do INPC como índice de correção monetária, por tratar de encargos não afastados pela decisão recorrida – Tese de cerceamento de defesa não acolhida – *Aplicabilidade do CDC – Juros remuneratórios – Limitação em 12% ao ano*, vedada a capitalização mensal – Substituição da comissão de permanência pelo INPC – Exclusão das verbas apenatórias decorrentes da mora – Repetição do indébito – Obrigação de restituir na forma simples – Redistribuição da sucumbência – Recurso parcialmente conhecido e provido em parte" (Ap. Cív. n. 2004.022826-0, de Blumenau, rel. Des. Gastaldi Buzzi, j. em 24-2-05).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não diverge a respeito:

"Juros remuneratórios. É nula a taxa de juros remuneratórios em percentual superior a 12% ao ano porque acarreta excessiva onerosidade ao devedor em desproporção à vantagem obtida pela instituição credora, por aplicação do art. 51, IV, do CDC" (Ap. Cív. n. 70011333747, Décima Quarta Câmara Cível, rel. Des. Dorval Bráulio Marques, j. em 12-5-05).

"Taxa de juros remuneratórios. Ausente qualquer justificativa por parte

do fornecedor para a imposição ao consumidor de taxa de juros excessiva como obrigação acessória em contrato de consumo, o restabelecimento do equilíbrio das obrigações exige a redução da taxa de juros remuneratórios fixada em contrato de adesão. Juros reduzidos para 12% (doze por cento) ao ano, com fundamento exclusivamente no disposto no art. 52, inciso II, c/c os arts. 39, inciso V, e 51, inciso IV, todos da Lei n. 8.078/90. Desnecessário examinar argumentos constitucionais sobre o tema" (Ap. Cív. n. 70010523264, Décima Terceira Câmara Cível, relatora Desa. Angela Terezinha de Oliveira Brito, j. em 5-5-05).

Logo, a taxa de juros remuneratórios não deve superar o percentual de 12% (doze por cento) ao ano, considerando-se nula a cláusula que estipule juros acima desse percentual, a teor do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Eram essas as considerações necessárias para esposar o meu posicionamento.

Fernando Carioni

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzi

Ousei divergir da douta maioria pelos mesmos fundamentos expostos na declaração de voto vencido do Des. Fernando Carioni, constante às fls. 349 a 351, no sentido de que os juros remuneratórios estão limitados em 12% ao ano, a teor dos arts. 192, § 3º, da CRFB, 1º do Decreto n. 22.626/33 e 51, IV, c/c § 1º, III, do CDC.

Portanto, destacando o grande respeito aos ilustres pares que formaram a douta maioria, neste julgamento, e a justa admiração ao seu destacado saber jurídico, ousei divergir, votando no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Gastaldi Buzzi

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar

Ousei divergir da douta maioria nos seguintes pontos:

Em relação aos juros remuneratórios, mantenho, por ora, o entendimento que vem sendo sufragado na Terceira Câmara de Direito Comercial – qual seja, o da subsistência do percentual de 12% ao ano, de conformidade com anterior orientação emanada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

O dispositivo revogado pela Emenda Constitucional n. 40/03 previa:

"Art. 192. [...]

"§ 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar".

É cediço que o STF, na ADIn n. 4/DF, ao interpretar a redação prescrita no artigo 192, § 3º, da Constituição

Federal, entendeu que a norma em comento não era auto-aplicável, ante a necessidade de lei complementar para sua regulamentação.

Posteriormente o Excelso Pretório editou a Súmula 648: "A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC n. 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar".

O STJ, por sua vez, também modificou seu posicionamento, manifestando-se, agora, pela não limitação dos juros em 12% ao ano, como se observa no recente aresto: "II. Não se aplica a limitação de juros de 12% ao ano prevista na Lei de Usura aos contratos bancários não previstos em leis especiais, sequer considerada excessivamente onerosa a taxa média do mercado. Precedente uniformizador da 2ª Seção do STJ, posicionamento já informado no despacho agravado" (AgRg no REsp n. 654621/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU 28-2-2005).

Todavia, persiste na Terceira Câmara de Direito Comercial o entendimento de que, embora revogados os parágrafos do artigo 192 da Constituição Federal, continuam válidos os efeitos do § 3º para os contratos pactuados até a edição da Emenda Constitucional n. 40/2003, de 29-5-2003, havendo nova ordem jurídica apenas para as obrigações celebradas após referida emenda constitucional.

A propósito:

"[...] Os juros remuneratórios devem ser limitados a 12% ao ano em face do que dispõe o artigo 192, § 3º, da Constituição Federal, que se aplica aos contratos firmados anteriormente à Emenda Constitucional n. 40/03 e, também, porque a cobrança acima daquele patamar é considerada abusiva, segundo o artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada" (Ap. Cív. n. 2001.018412-5, de Blumenau, rel. Des. Fernando Carioni., j. 18-11-2004).

A par disso, a Câmara também admite a aplicação da Lei de Usura – Decreto n. 22.626/33 – aos contratos bancários, reconhecendo, mais uma vez, a impossibilidade de incidência dos juros remuneratórios acima do patamar de 12% ao ano, por entender que este dispositivo não foi revogado pela Lei n. 4.595/64.

A teor, o seguinte julgado:

"Além disto, a Câmara posiciona-se no sentido de que a Lei n. 4.595/64 não revogou o art. 1.062 do CC/1916, nem os arts. 1º e 13 da Lei de Usura (Decreto n. 22.626/33). Segundo este entendimento, está em vigor a limitação estabelecida no art. 1º do Decreto n. 22.626/33 que veda a fixação de taxas remuneratórias em percentual excedente ao dobro da cifra legal, e que, de conformidade com o que dispunha o art. 1.062 do CC/1916, era de 6% ao ano, e hodiernamente, segundo o vigente Código Civil, Lei n. 10.406/02, ainda é mantida no mesmo patamar (art. 406, CC/2002, c/c art. 161, § 1º, do CTN).

"Deste modo, o art. 4º, IX, da Lei n. 4.595/64, que permite ao Banco Cen-

tral limitar a taxa de juros, deve ser interpretado nos exatos termos do próprio dispositivo, de forma a conferir-lhe apenas autonomia para estipular sua cobrança segundo o limite legal já preestabelecido, e não de modo a dotá-lo de competência para institucionalizar a livre cobrança desta espécie de encargo, em relação à contratação de crédito por meio de instituições financeiras" (Ap. Cív. n. 2000.019770-0, de Itajaí, rel. Des. Gastaldi Buzzi).

E ainda que assim não fosse, os juros remuneratórios devem ficar adstritos ao patamar anual de 12% em razão das regras do Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 51, IV, estabelece que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que coloquem em desvantagem exacerbada o consumidor.

Nesse mesmo sentido:

"Abusiva e, conseqüentemente, nula, a teor do que dispõe o art. 51, § 1º, III, do CDC, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada, considerando a realidade econômica nacional, incompatibilizando-se, pois, com os princípios da boa-fé e da eqüidade, a exigência de juros, em contrato de natureza bancária, em taxa muito superior a 12% ao ano" (Ap. Cív. n. 2002.018133-7, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

Destarte, os juros remuneratórios devem ficar restritos ao limite previsto de 12% ao ano.

Discordei, também, no que tange à incidência da comissão de permanência.

Em que pese a redação da Súmula 294 do STJ ("Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato"), não é justo nem razoável aceitar-se como parâmetro para eleição desse percentual a taxa de mercado, uma vez que deixada ao alvedrio das instituições financeiras, sem, portanto, auscultar a parte interessada – no caso o hipossuficiente, usuário do financiamento.

Ademais, a comissão de permanência possui função idêntica à da correção monetária, qual seja, preservar o poder aquisitivo da moeda.

Tal índice se revela, então, indevido por remunerar o capital, o que acarreta vantagem indevida em favor da instituição financeira, devendo incidir o fator de correção monetária oficial (INPC). Como bem assevera Cláudia Goldner Picinin, economiária, bacharel em direito pela Unipac (Barbacena/MG), na monografia "Juros bancários: a legalidade das taxas de juros praticadas pelos bancos perante norma constitucional limitadora":

"A comissão de permanência não se constitui em juros remuneratórios ou compensatórios e jamais poderá ser de livre convenção, vale dizer, o limite é a exata atualização do débito por índices oficiais, atualmente o INPC".

Colhe-se mais da Apelação Cível n. 2001.023072-0, de Descanso, relator Des. Fernando Carioni:

"[...] A comissão de permanência traduz-se numa afronta ao disposto no artigo 115 do Código Civil de 1916 e no artigo 51, incisos IV e X, do Código Consumerista, quando aplicada à taxa de mercado, ou ao arbítrio do estabelecimento bancário, devendo ser substituída pelo INPC".

Dessa maneira, é de considerar abusiva tal exigência, portanto nula de pleno direito, a teor do que estabelece o *caput* do artigo 51, c/c § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor, impondo-se a substituição da comissão de permanência pelo INPC a incidir desde o vencimento da dívida.

Por todo o exposto, e não obstante os respeitantes posicionamentos contrários, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Alcides Aguiar

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2004.006030-0, DE LAGES

Relator designado: Des. Gastaldi Buzzi

Embargos infringentes voltados ao reconhecimento da possibilidade do exame de encargos não impugnados em contrato de abertura de crédito rotativo, na exordial dos embargos à monitória e nas razões do apelo – Observância do CDC – Viabilidade da apreciação, ex officio*, de encargos abusivos do ajuste, ante a incidência do efeito translativo do recurso (Súmula 297, STJ) – Ressalva do entendimento em sentido contrário do STJ – Recurso conhecido e provido para admitir o exame dos encargos do ajuste, devendo retornar o feito à origem para enfrentamento da legitimidade dos juros remuneratórios, moratórios, multa contratual e comissão de permanência.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2004.0060030-0, da comarca de Lages (3ª Vara Cível), em que é embargante Vinicius Waltrick e embargado Banco do Estado de Santa Catarina S.A. – Besc:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para cassar o aresto embargado.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Trata-se de embargos infringentes opostos por Vinicius Waltrick contra o acórdão (fls. 200 a 208) proferido pela colenda Terceira Câmara Civil deste egrégio Tribunal de Justiça que, por maioria, não reconheceu a abusividade dos juros e outros encargos do ajuste *ex officio*, negando provimento ao apelo do mutuário.

Voto vencido da lavra da eminente Desa. Maria do Rocio da Luz Santa Ritta admitia o exame, *ex officio*, dos encargos do ajuste, limitando os juros remuneratórios em 12% ao ano, expurgando a multa contratual, juros moratórios e comissão de permanência.

O embargante alega viabilidade do reconhecimento da abusividade dos juros independentemente de impugnação, porquanto a manutenção da taxa mensal de 8,5% ao mês, em um período de setenta e três meses, representaria um saldo devedor de R$ 13.016.579,75, enquanto o valor inicial do mútuo seria em torno de R$ 17.268,96.

Transcorrido *in albis* o prazo para apresentação de contra-razões (fl. 220), admitiram-se os embargos, vindo conclusos os autos.

É o relatório.

II – Voto

O recurso deve ser conhecido e provido, determinado à Câmara de origem o enfrentamento dos encargos não impugnados pelo mutuário.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a discussão dos presentes embargos infringentes está restrita ao exame da viabilidade do exame, *ex officio*, dos encargos do ajuste não impugnados pelo mutuário em sede de embargos à monitória, diante de eventual abusividade perante o CDC, não sendo objeto da presente insurgência o exame dos acessórios propriamente ditos, uma vez que a eminente relatora ficou vencida no ponto em que discutiu a admissibilidade da apreciação dos encargos, não tendo a maioria chegado a deliberar sobre os acessórios do caso concreto.

De regra, a petição inicial é que fixa o objeto e os limites do litígio, sendo defeso ao postulante, após a citação da parte adversa, modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento do réu, muito mais em sede de recurso, cabendo ao órgão revisor decidir segundo o balizamento cognitivo exposto na exordial do processo e âmbito de devolutividade fixado com interposição do recurso, sob pena de eventual inovação recursal configurar julgamento *extra petita* (arts. 2º, 128, 264, parágrafo único, e 460 do CPC).

E, a esse propósito, não se desconhece o teor do recente julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro Cesar Asfor Rocha (REsp n. 694.054/RS, julgado em 1º-7-2005), segundo o qual não é dado à jurisdição conhecer de ofício matérias que, lastradas no CDC, impliquem na proteção ou defesa dos interesses do consumidor:

"Recurso especial. Ação revisional. Contrato de financiamento. Aliena-

ção fiduciária. Bancários. Exame de ofício. Impossibilidade. Comissão de permanência. Juros remuneratórios. Precedentes do STJ. Exame de ofício de cláusulas contratuais pelo Tribunal de origem. Impossibilidade, por ofensa ao art. 515 do CPC. Princípio *tantum devolutum quantum appellatum* (REsp n. 258.426/RS, 726.517/RS, 726.141/RS e 248.155/SP) (REsp n. 694.054/RS, julgado em 1º-7-2005).

Todavia, este Relator persiste no atual entendimento consolidado ante a colenda Terceira Câmara Comercial desta Corte, segundo o qual é viável a apreciação das cláusulas do ajuste – na espécie, contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente – mesmo quando não impugnadas na inicial dos embargos à monitória ou nas razões do presente recurso pelo fato de tratar-se de matéria de interesse público, dada a incidência do CDC, transladando à Corte o exame da legitimidade dos encargos do ajuste quando não abordados no *decisum* recorrido, portanto, não sujeitos aos efeitos da coisa julgada.

Assim, estaria autorizado o julgamento fora do que consta das razões ou contra-razões, bem como da própria controvérsia instalada na exordial, impondo a apreciação da legitimidade das verbas incorporadas ao saldo devedor, independentemente de insurgência específica do mutuário.

Não é negado o caráter vinculativo dos contratos de adesão concernente às partes; contudo, também forçoso reconhecer que a ele deve ser conferido peculiar controle de sua eqüidade, na medida em que representa especial forma de vinculação dos contratantes, ficando aquele mais fraco (consumidor) submetido à disciplina imposta por aquele mais forte (fornecedor), ante a superioridade econômica e social do último, podendo esta situação migrar ao cometimento de abusos em detrimento daquele desfavorecido no pacto adesivo, mas que, imperativamente, necessita do produto ou serviço oferecido a ele por meio desta espécie negocial.

Logo, se de um lado o contrato faz lei entre as partes, sendo de imperativa observância pelos contraentes, assim não é quando imposto em grande parte e quase que unilateralmente por apenas um dos contratantes, participando o consumidor exclusivamente no aceite, ou não, da convenção preestabelecida pelo fornecedor, via contrato típico de adesão, fazendo imprescindível a submissão do pacto aos rigores do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), não sendo apenas possível, mas imperativo, que o Estado, quando a ele trazido o exame de uma relação jurídica dessa natureza, por meio da jurisdição, averigúe a presença, ou não, de iniqüidades/abusividades, a fim de restabelecer um concreto equilíbrio contratual, na medida em que a ordem pública exige que as relações negociais desse naipe sejam, na proporção do viável, equânimes para ambas as partes da relação negocial.

Nas palavras de Claudia Lima Marques:

"Parece-nos uma nova conscientização da função do contrato como

operação econômica distribuitiva na sociedade atual, e tentar evitar a exclusão social e o superendividamento através de uma visão mais social e controlada do contrato [...] O Estado passa, assim, a interessar-se pelo sinalagma interno das relações privadas e a revisar os excessos, justamente porque, convencido da desigualdade intrínseca e excludente entre os indivíduos, deseja proteger o equilíbrio mínimo das relações sociais e a confiança do contratante mais fraco" (*in* Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 3. ed., São Paulo: RT, 1999, p. 138).

Dessa forma, inevitável a revisão das regras contratuais estabelecidas entre as partes, até mesmo de ofício, naquilo em que o ajuste estiver em confronto com os interesses públicos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor (art. 1º da Lei n. 8.078/90), afastada a imperatividade absoluta do pacto firmado entre os contratantes quando viola preceito cogente regulamentador da relação jurídica entre eles existente.

Corroborando o exposto, veja-se a lição de Nelson Nery Júnior, *in verbis*:

"Há casos, entretanto, em que o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *extra, ultra* ou *infra petita*. Isto ocorre normalmente com as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, a cujo respeito não se opera a preclusão (por exemplo, arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, ambos do CPC). A translação dessas questões ao juízo *ad quem* está autorizada nos arts. 515, §§ 1º e 2º, e 516 do CPC" (*in* Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos. 5. ed., São Paulo: RT, 2000, p. 415).

Assim decidiu-se nas Apelações Cíveis n. 1999.021098-7, de Campos Novos, rel. Des. Gastaldi Buzzi; 2001.023592-7, de Blumenau, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz; e 2004.032699-9, de Araranguá, rel. Des. Ricardo Fontes.

Nos dizeres do eminente Des. Trindade dos Santos:

"[...] nas convenções contratuais submetidas ao regime do CDC, as estipulações abusivas e prejudiciais ao consumidor ou a este equiparado, por incidirem em afronta ao art. 51, inciso IV, da Lei n. 8.078/90, são nulas de pleno direito, sendo dado ao julgador reconhecê-las e decretá-las de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição" (TJSC, Ap. Cív. n. 2000.002959-9, de Joinville).

E ainda:

"Incidentes nos contratos bancários os princípios e normas do Código de Defesa do Consumidor, pode e deve o magistrado singular erradicar da composição do *quantum debeatur* encargos revestidos de abusividade, ainda que acerca deles tenha se omitido o contestante. Não há, nessa situação, como se cogitar de sentença *extra petita"* (TJSC, Ap. Cív. n. 2000.015381-8).

Na relação de mútuo objeto do exame recursal, uma vez fixada a inci-

dência do CDC, como é o caso dos autos, cumpre afirmar a possibilidade do equacionamento da relação negocial, à vista da necessidade em se assegurar a prevalência do princípio consumerista da equivalência material dos contratantes, em que se busca "[...] preservar o equilíbrio real de direito e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses" (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *In* Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. Publicado na Revista do direito do consumidor, vol. 42. Abr./jun. p. 187 a 195. São Paulo: RT, 2002, p. 192).

Dado o deslocamento do interesse público focado no capital, especialmente representado pelo desenvolvimento industrial, livre concorrência e autonomia do particular na formação das relações contratuais de relevância privada, em favor da sociedade de consumo, pretende-se a diminuição da desproporcionalidade negocial a que se sujeitam os consumidores quando submetidos a regras de mercado, superando sua latente fragilidade, ante a presumida superioridade econômica, técnica e jurídica em que se colocam os fornecedores no ato de disponibilizar a prestação de um bem ou serviço.

Portanto, à luz do exposto, o voto seria no sentido de conhecer dos embargos e dar-lhes provimento para reformar o aresto recorrido, admitindo o exame da legitimidade dos encargos não impugnados na exordial dos embargos e no recurso do mutuário, retornando os autos à Câmara de origem para enfrentamento do tema, respeitante aos juros remuneratórios, comissão de permanência, juros moratórios e multa contratual.

III – Dispositivo

Nos termos do voto do Relator, decidiu o Grupo, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Participaram da sessão, com votos vencidos os Exmos. Srs. Des. Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos e o Exmo. Sr. Des. Substituto Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 14 de setembro de 2005.

Alcides Aguiar,
Presidente, com voto;
Gastaldi Buzzi,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Ricardo Fontes

Com efeito, divergi da douta maioria por entender que se mostra inviável a revisão *ex officio* das cláusulas contratuais, uma vez que tal procedimento encontra óbice nos arts. 2º, 128, 460 e 515 do CPC.

Conferir-se ao Poder Judiciário, ademais, a tarefa de analisar as cláusulas contratuais e sua validade perante o ordenamento jurídico, *sem que exista pedido específico do interessado*, tem o condão de transformá-lo em verdadeiro procurador de uma das par-

tes, o que não se pode conceber. Não se pretende ocultar, com isso, a incumbência do juiz na busca do equilíbrio contratual e da pacificação social; apenas se objetiva destacar, de outro vértice, a necessidade de concentrar as atividades judiciais em relação às postulações efetivamente formuladas.

Segundo orientação recente do STJ, outrossim, "a jurisprudência proclama que é impossível apreciar de ofício o contrato e suas cláusulas, para afastar eventuais abusos, em homenagem ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* (REsp n. 66.612/Aldir Passarinho; 533.551/Direito; 648.400/Humberto)" (REsp n. 712.172/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 1º-7-05).

Ainda:

"No tocante à questão federal atinente aos arts. 2º, 128, 460, 512 e 515 do CPC, o entendimento pacificado pela Segunda Seção, no julgamento do REsp n. 541.153/RS, é no sentido de não ser possível a revisão, de ofício, de cláusulas contratuais consideradas abusivas" (REsp n. 774.582/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 14-9-05).

Em face do que foi dito, votei no sentido de negar-se provimento aos embargos infringentes.

Ricardo Fontes

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos

Dissenti da douta maioria nos termos da bem-lançada declaração de voto vencido proferida pelo Exmo. Sr. Des. Ricardo Fontes.

Salim Schead dos Santos

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Substituto Ronaldo Moritz Martins da Silva

Data venia, revendo entendimento anterior, dissenti da maioria por adotar os fundamentos expostos às fls. 234 e 235 pelo eminente Des. Ricardo Fontes.

Ronaldo Moritz Martins da Silva

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.006052-3, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Salim Schead dos Santos

Apelação cível. Ação de cobrança. Agravo retido. Depoimento pessoal do autor. Indeferimento. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Recurso prejudicado.

Caracteriza-se cerceamento de defesa o indeferimento da oitiva do representante legal do autor em audiência de instrução e julgamento, prova esta tempestivamente requerida e deferida no despacho saneador e relevante ao deslinde da controvérsia.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.006052-3, da comarca de Chapecó (2ª Vara), em que é apelante Trukan Implementos e Veículos Ltda. e apelada Multifrigo Implementos para o Transporte e Refrigeração Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer e dar provimento ao agravo retido para anular o processo a partir da decisão de folha 244, que indeferiu o depoimento pessoal do representante legal da autora, prejudicado o recurso de apelação.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Trata-se de apelação cível interposta por Trukan Implementos e Veículos Ltda. contra sentença proferida

pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da comarca de Chapecó que, nos autos da ação de cobrança ajuizada por Multifrigo Implementos para o Transporte e Refrigeração Ltda., julgou procedente o pedido para condenar a ré ao pagamento em favor da autora da importância de R$ 81.179,81 (oitenta e um mil cento e setenta e nove reais e oitenta e um centavos), valor que deverá ser atualizado monetariamente a partir de junho de 1996 (vencimento dos títulos), incidindo juros legais de mora à base de 6% ao ano, a partir da citação válida. Condenou ainda a ré ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado, estes fixados em 20% sobre o valor da condenação, nos termos do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Argúi a ocorrência de cerceamento de defesa, em virtude do indeferimento da ouvida do representante legal da autora na audiência de instrução e julgamento, irresignação esta que motivou a interposição de agravo retido, motivo pela qual requer o seu conhecimento como preliminar da apelação.

No mérito, alega que o MM. Juiz *a quo*, ao proferir a r. sentença, não observou os documentos constantes nos autos, bem como a prova testemunhal produzida, os quais comprovam a inexistência de dívida para com a apelada.

Afirma que a quantia exigida pela apelada, por meio das notas fiscais referentes à compra e venda de peças para veículos, já foi paga por ocasião do acordo formulado entre as partes, e os valores repassados pela apelante diretamente à empresa Randon S.A. foi para cobrir parte do débito que a apelada possuía com aquela.

Requer o provimento do apelo com a reforma da r. sentença, invertendo-se o ônus da sucumbência.

É o relatório.

II – Voto

1 – O recurso é tempestivo, porquanto a intimação foi efetivada em 29-11-2000 (fl. 350), dando início ao prazo recursal em 5-12-2000 (item 10.2 do Provimento n. 03/92 da Corregedoria-Geral da Justiça), findo em 19-12-2000. Foi protocolado em 11-12-2000 (fl. 353), mesma data do recolhimento do preparo (fl. 367).

2 – Insurge-se a apelante contra a r. sentença que julgou procedente o pedido para condenar a ré ao pagamento em favor da autora da importância de R$ 81.179,81 (oitenta e um mil cento e setenta e nove reais e oitenta e um centavos), valor que deverá ser atualizado monetariamente a partir de junho de 1996 (vencimento dos títulos), incidindo juros legais de mora à base de 6% ao ano a partir da citação válida.

3 – Preliminar – Agravo retido

3.1 – O agravo retido interposto, reiterado em preliminar no recurso de apelação, deve ser conhecido e provido.

3.2 – Afirma a apelante a ocorrência de cerceamento de defesa em virtude do indeferimento da ouvida do

representante legal da autora na audiência de instrução e julgamento.

E com razão.

3.3 – Colhe-se dos autos que a apelante requereu, por ocasião da contestação, a produção de provas, especialmente a testemunhal e a oitiva do representante legal da empresa autora.

Saneando o feito, o MM. Juiz deferiu a produção das provas requeridas e designou dia e hora para a audiência de instrução e julgamento. Neste ato, colheu o depoimento de duas testemunhas e dispensou a oitiva do representante legal da empresa autora por entender que não mudaria o rumo do processo.

3.4 – De fato, o art. 130 do Código de Processo Civil dispõe 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". Contudo, no presente caso, o depoimento do representante legal da autora não parece ser inútil para a solução da lide.

3.5 – O Ministro Luiz Fux, em sua obra, aponta o "depoimento pessoal como significativo elemento de formação da convicção do juiz pelo contato imediato gerado entre a parte e o magistrado sentenciante" (Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 632).

3.6 – Conforme bem salientou a apelante no recurso de apelação, o representante legal da autora foi protagonista de muitos documentos acostados aos autos e, via de conseqüência, o seu depoimento é de grande valia para o deslinde do feito, o que, eventualmente, poderá propiciar outro desfecho à controvérsia.

Desta Corte, colhe-se o seguinte julgado:

"Agravo retido – Preliminar de apelação – Cerceamento de defesa – Não realização de prova testemunhal deferida – Nulidade patenteada – Reforma do *decisum* – Sentença anulada – Recurso provido" (Ap. Cív. n. 1998.015839-7, de São José, rel. Des. Monteiro Rocha, j. em 5-5-2005).

3.7 – Portanto, tendo em vista que o depoimento pessoal da autora foi expressamente requerido, seu deferimento é conveniente e oportuno.

3.8 – Ressalta-se, ainda, que a r. decisão carece de fundamentação, porquanto o argumento utilizado pelo MM. Juiz *a quo* de que o exame da prova requerida não mudaria o rumo do processo violou a norma prevista no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, conduzindo à nulidade do feito.

A propósito, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

"[...] diante do princípio da livre apreciação da prova, é possível que o Juiz, *mediante decisão devidamente fundamentada*, indefira pedido de perícia, por considerá-la desnecessária para a elucidação dos fatos, sem restar configurado por isso cerceamento de defesa. Recurso a que se nega provimento" (RHC n. 10678/PR, rel. Min. Edson Vidigal, DJU 12-3-2001, p. 00155).

E, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"Agravo de instrumento. Decisão monocrática. A produção de prova oral tempestivamente requerida e necessária ao deslinde do feito não pode ser indeferida sem fundamentação adequada, sob pena de caracterizar cerceamento do direito de defesa. Agravo provido" (Agravo de Instrumento n. 70011589538, rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, j. em 2-5-2005).

4 – Ante o exposto, meu voto é no sentido de conhecer e dar provimento ao agravo retido para anular o processo a partir da decisão de folha 244, que indeferiu o depoimento pessoal do representante legal da autora, prejudicado o recurso de apelação.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, conhece e dá provimento ao agravo retido para anular o processo a partir da decisão de fl. 244, que indeferiu o depoimento pessoal do representante legal da autora, prejudicado o recurso de apelação.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Substituto Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 29 de setembro de 2005.

Ricardo Fontes,
Presidente, com voto;
Salim Schead dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.010874-5, DE TROMBUDO CENTRAL

Relator: Des. Salim Schead dos Santos

Apelação cível. Embargos à arrematação. Segundo leilão. Ausência de licitantes. Credor. Único lançador. Possibilidade. Valor inferior a 40% da avaliação. Preço vil. Caracterização. Embargos procedentes.

"É firme o entendimento no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o exeqüente pode arrematar, em segundo leilão, o bem penhorado, desde que não o faça por preço vil, assim considerado aquele muito aquém da avaliação atualizada do bem, nos termos preconizados pelo art. 692 do Código de Processo Civil.

"A execução deve desenvolver-se de modo menos gravoso ao devedor, não se podendo admitir o enriquecimento sem causa do credor, ao arrematar o bem por preço bastante

inferior ao seu valor [...]" (REsp n. 205.911/SP, rel. Min. Vicente Leal, DJ 18-3-2002).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.010874-5, da comarca de Trombudo Central (Vara Única), em que é apelante o Banco do Brasil S.A. e apelada Faller Industrial de Fécula Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Faller Industrial de Fécula Ltda. opôs embargos à arrematação contra Banco do Brasil S.A., objetivando anular a arrematação do imóvel penhorado nos autos da Ação de Execução n. 074.96.000371-5.

Alegou, em síntese: a) que a alienação judicial se deu por preço vil, tendo em vista que o credor arrematou os bens pelo valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), ao passo que a avaliação correspondia a R$ 83.478,75 (oitenta e três mil quatrocentos e setenta e oito reais e setenta e cinco centavos); b) ausência de publicação do edital em jornal de grande circulação; e c) nulidade da praça em função de o edital ter sido publicado em prazo inferior a cinco dias da hasta pública. Requereu a procedência dos embargos com a condenação do embargado ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado (fls. 2 a 13).

Impugnando o feito, o embargado defendeu a regularidade da hasta pública realizada, pleiteando, ao final, a condenação da embargante por litigância de má-fé (fls. 36 a 43).

Realizada audiência de conciliação, as partes manifestaram desinteresse em realizar acordo (fl. 47).

A r. sentença julgou procedente o pedido constante dos embargos para declarar nula a arrematação judicial realizada em favor da instituição financeira. Condenou o embargado ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado, estes fixados em R$ 1.200,00, nos termos do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil (fls. 48 a 54).

Irresignado, apelou o embargado alegando, em síntese, a inocorrência de arrematação por preço vil, porquanto se trata de bens desgastados, bem como a possibilidade de arrematar o bem, em segunda praça, por preço inferior à avaliação. Requereu a aplicabilidade das penas por litigância de má-fé e, ao final, o provimento do apelo com a reforma da r. sentença (fls. 57 a 67).

Com as contra-razões (fls. 72 a 79), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

II – Voto

1 – O recurso é tempestivo, porquanto a intimação foi efetivada em 6-3-2002 (fl. 56), dando início ao prazo recursal em 12-3-2002 (item 10.2 do Provimento n. 03/92 da Corregedoria-Geral da Justiça), findo em 26-3-2002. Foi protocolado em 19-3-2002 (fl. 57), e o recolhimento do preparo efetuado em 14-3-2002 (fl. 68). Os demais requisitos de admissibilidade estão presentes, razão pela qual dele conheço. Mas não merece provimento.

2 – Insurge-se o apelante contra a sentença que julgou procedentes os embargos para declarar nula a arrematação judicial realizada em favor da instituição financeira, ao argumento de que é plenamente possível arrematar o bem, em segunda praça, por preço inferior à avaliação, bem como a inocorrência de lanço qualificado como vil.

3 – De fato, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a possibilidade de o credor arrematar o bem, em segunda praça, por preço inferior à avaliação, independentemente da existência ou não de outros licitantes. A propósito, cita-se o seguinte julgado:

"Execução. Arrematação pelo credor. Lanço inferior ao da avaliação. Admissibilidade.

"É lícito ao credor participar da hasta pública como qualquer outra pessoa que não esteja arrolada entre as exceções previstas no art. 690, § 1º, do CPC, podendo arrematar por valor inferior ao da avaliação, desde que este não se qualifique como vil, sendo irrelevante, de todo modo, que não haja outros licitantes. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido" (REsp n. 253.880/SC, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 10-10-2000).

4 – Contudo, o valor oferecido pelo credor não poderá ser muito aquém da avaliação atualizada do bem, sob pena de caracterizar preço vil, nos termos do art. 692 do Código de Processo Civil.

5 – Na hipótese dos autos, o bem fora avaliado em R$ 84.015,66 (oitenta e quatro mil quinze reais e sessenta e seis centavos), conforme certidão de folha 28. Levado à hasta pública, na primeira praça não houve licitantes e, na segunda, houve somente a presença de um licitante, o próprio credor, que o arrematou por R$ 30.000,00 (trinta mil reais), valor este equivalente a 36% da avaliação.

6 – Em que pese a inexistência de parâmetros para a aferição do que seja considerado preço vil, a doutrina e a jurisprudência dominante têm-se posicionado no sentido de que este se configura quando o bem for arrematado por preço muito inferior ao valor da avaliação.

A propósito, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

"Execução. Arrematação. Imóvel. Preço vil. Conceito.

"O conceito de preço vil resulta da comparação entre o valor de mercado do bem penhorado e aquele da arrematação. 2. Em se tratando de arre-

matação de imóveis, presume-se vil o lance inferior a 50% do valor da avaliação atualizado. O respeito aos arts. 620 e 692 do CPC exige a atualização dos valores dos bens que irão à hasta pública. 3. Recurso provido" (REsp n. 448575/MA, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 22-9-2003).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também não diverge:

"Execução. Arrematação. Nulidade por preço vil. Art. 692 do CPC.

"Diante das circunstâncias do presente caso, considera-se vil o preço ofertado em segunda arrematação correspondente a 48,97% do valor aferido na avaliação. Precedentes do STJ" (Agravo de Instrumento n. 70007023773, rel. Des. Luiz Lúcio Merg, j. em 23-10-2003).

E, desta Corte, citam-se os seguintes julgados:

"Agravo de instrumento. Arrematação. Lanço inferior a 40% do valor corrigido do bem. Configuração de preço vil. Nulidade.

"Deve-se considerar vil o lanço correspondente a menos de 40% do valor corrigido do bem vendido judicialmente, e que não basta à satisfação de parte razoável dos débitos existentes" (Agravo de Instrumento n. 7.813, de Pinhalzinho, rel. Des. Wilson Guarany, j. em 18-5-1993).

"'Agravo de instrumento. Execução. Imóvel. Arrematação pelo credor em segunda praça. Lanço que, inobstante corresponder a 60% do valor atualizado do bem, caracteriza-se como muito abaixo do valor real. Preço vil. Deferimento da adjudicação pelo valor atualizado da avaliação. Decisão mantida. Recurso desprovido' (TJSC, Agravo de Instrumento n. 1997.010879-6, de Criciúma, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. 24-3-1998)" (Ap. Cív. n. 2003.005352-2, de Itajaí, rel. Juiz Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. em 26-6-2003).

7 – Desse modo, considerando que o bem foi arrematado por valor inferior a 40% da avaliação, mantém-se a r. sentença que anulou a arrematação promovida pelo credor.

8 – Por fim, não merece acolhimento o pedido de aplicação da pena por litigância de má-fé, porquanto não se denota nenhuma conduta típica que justifique sua imposição.

9 – Ante o exposto, meu voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade, decidiu conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Ricardo Fontes.

Florianópolis, 10 de março de 2005.

Salete Silva Sommariva,
Presidente, com voto;
Salim Schead dos Santos,
Relator.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.019538-6, DE JOINVILLE

Relator: Des. Trindade dos Santos

Representação comercial. Indenização. Procedência. Insurgências recursais de ambas as demandadas.

I – Reclamo recursal. Ausência de outorga de poderes, por uma delas, ao subscritor das razões apelatórias. Não conhecimento. Voto vencido a respeito.

É pressuposto de admissibilidade recursal, a regularidade da representação processual da parte insurgente. Assim, inexiste juridicamente, o que lhe impede o conhecimento, o apelo cujas razões são firmadas por procurador a quem a parte insurgente não conferiu poderes para atuar judicialmente em seu nome, ainda que esse procurador possa ser associado ao escritório profissional do advogado constituído pela apelante.

II – Apelação cível.

II.a – Audiência de instrução e julgamento. Supressão. Cerceamento de defesa não caracterizado.

Centrado o dissenso entre os litigantes, com exclusividade, à interpretação jurídica dos instrumentos contratuais trazidos aos autos, com base nos quais se instalou a litigiosidade entre eles, existente, ademais, prova pericial produzida em juízo, a dispensa da prova oral, que nenhuma influência teria

para o desate da contenda, não caracteriza cerceamento à defesa das demandadas.

II.b – Representação comercial. Rescisão unilateral pelas representadas. Justa causa. Não configuração. Indenização devida.

Nas hipóteses de rescisão de contrato de representação comercial sem justa causa, é devida, pelas representadas, a indenização respectiva a ser calculada na forma do diploma legal incidente. E não há justa causa para essa rescisão quando a documentação encartada nos autos, com abono na prova pericial realizada, a afasta, atestando que a motivação a que se apegaram as representadas foi, em essência, a intransigência da representante em resistir a modificar, em seu detrimento, os termos e condições da avença em pleno vigor. Mais se acentua essa falta de justa causa quando, em posterior contrato de representação exclusiva por cliente firmado entre as partes, reconhecem expressamente as representadas ter sido o anterior contrato rescindido unilateralmente e sem motivo justo.

II.c – Contrato de representação exclusiva por cliente. Formulação por prazo indeterminado.

Em vigor contrato de representação exclusiva por cliente celebrado entre as litigantes, não é dado às representadas, em contraposição à própria essência contratual, promover vendas diretas a essa clientela exclusiva. Nesse contexto, são devidas à representante as comissões incidentes.

II.d – Contrato de exclusividade. Ajustamento com empresa estrangeira. Anuência da representante autora. Direito à parte de comissões expressamente avençado em favor da anuente. Verbas respectivas devidas.

Incidem, em favor da representante, as comissões decorrentes de vendas realizadas, no mercado exterior, por empresa estrangeira, quando abranger a área de comercialização limites geográficos de vendas exclusivas da representante nacional, com anuência desta, mediante um percentual dessas comissões.

II.e – Verbas abrangidas pela indenização. Sentença extra petita*. Inocorrência.*

Tendo havido pedido específico, na exordial, acerca dos itens considerados no decisum *para a fixação do débito de responsabilidade das demandadas, não há vislumbrar a ocorrência de decisão* extra petita*, quando o decisor singular considera estritamente os termos do pedido à luz do conteúdo probante dos autos.*

II.f – Pagamento. Responsabilidade de uma das demandadas expressamente assumida.

Tendo uma das representadas assumido expressamente a obrigação de pagar comissões à sua representante por clientes exclusivos em razão das vendas que viessem a ser feitas por empresa estrangeira com a qual foi ajustado, da mesma forma, contrato de representação, com extensão do seu campo de atuação, o dever de efetuar esse pagamento é, única e exclusivamente, da representada que a tanto se vinculou. Não lhe é dado, nesse caso, tentar repassar essa obrigação à contratada para atuar no mercado externo, ao argumento de que a integralidade das comissões incidentes, incluída a porcentagem a que fazia jus a representante nacional, foi paga à empresa estrangeira.

II.g – Estipulação em favor de terceiro. Hipótese que se afasta.

Definida como um contrato pelo qual se cria, para um terceiro, direito novo e próprio, a estipulação em favor deste não se integra quando este terceiro beneficiado não é completamente estranho no momento da formação do contrato, mas, sim, ao contrário, essa formação somente se concretizou em razão da sua essencial anuência, expressada mediante o recebimento de um percentual das comissões que viessem a incidir em favor de uma das partes do ajuste.

II.h – Honorários advocatícios. Fixação adequada.

Mostram-se adequadamente arbitrados os honorários advocatícios fixados sobre o valor da ação e que, no aspecto financeiro, chegam a ser ínfimos diante da indenização pleiteada e reconhecida em favor da demandante.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.019538-6, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que são apelantes Indústria de Molduras Santa Catarina Ltda. e MB Molduras do Brasil Indústria e Comércio Ltda., sendo apelada Probexa Manufaturados Exportáveis Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por maioria de votos, não conhecer do recurso interposto por MB Molduras do Brasil Indústria e Comércio Ltda. e, por votação unânime, negar provimento ao reclamo deduzido por Indústria de Molduras Santa Catarina Ltda.

Custas *ex lege*.

I – Relatório

Indústria de Molduras Santa Catarina Ltda. e MB Molduras do Brasil Indústria e Comércio Ltda., inconformadas com a decisão proferida nos autos da ação de indenização decorrente de contrato de representação comercial que lhes promoveu Probexa Manufaturados Exportáveis Ltda., interpuseram recurso de apelação.

Extrai-se do *decisum* vergastado que o feito indenizatório foi julgado procedente, reconhecendo-se a ausência de justa causa para a rescisão de forma unilateral, por parte das requeridas, do contrato de representação comercial firmado entre as litigantes, resultando na condenação das demandadas ao pagamento dos valores seguintes: a) R$ 14.305,73 (quatorze mil trezentos e cinco reais e setenta e três centavos) referentes a 1/12 (um doze avos) da importância das comissões retribuídas à autora, a partir do início do pacto até a data da rescisão; b) R$ 36.450,09 (trinta e seis mil quatrocentos e cinqüenta reais e nove centavos) concernentes a 10% (dez por cento) da soma das exportações procedidas pelas rés no intervalo de tempo de 180 (cento e oitenta) dias após a rescisão contratual; c) R$ 6.602,80 (seis mil seiscentos e dois reais e oitenta centavos) relativas ao total das comissões obtidas pela autora no período de 3 (três) meses precedentes à rescisão do contrato, em razão da ausência da outorga do aviso prévio de 90 (noventa) dias; e d) R$ 647.199,96 (seiscentos e quarenta e sete mil cento e noventa e nove reais e noventa e seis centavos) equivalentes ao total das comissões sobre as vendas efetuadas diretamente pelas demandadas ao tempo da vigência do ajuste, abrangendo-se a parte da requerente nas comissões devidas à empresa MGM Imports Inc., decorrente de contrato próprio, sejam elas originárias de vendas diretas ou de comissões não adimplidas.

Assim, a sentença objurgada estabeleceu o valor total da condenação em R$ 704.558,58 (setecentos e quatro mil quinhentos e cinqüenta e oito reais e cinqüenta e oito centavos), sobre o qual deve incidir correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês até a data do efetivo pagamento, além de condenar as requeridas à satisfação das custas processuais e honorários advocatícios

de sucumbência, estes arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor corrigido da causa.

Em suas razões, aduziram as insurgentes, em preliminar, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, haja vista a supressão da audiência de julgamento, na qual pretendiam elas, mediante o depoimento pessoal do representante legal da requerente e da ouvida de testemunhas, comprovar as alegações produzidas em suas contestações, principalmente no que concerne à relação contratual estabelecida entre as litigantes e a empresa MGM – Imports Inc., uma vez que, de referido contrato, frutificou a condenação delas no importe de R$ 647.199,96 (seiscentos e quarenta e sete mil cento e noventa e nove reais e noventa e seis centavos), correspondendo a praticamente 90% do total da indenização estabelecida sentencialmente.

Expuseram a necessidade da efetuação da audiência de instrução e julgamento, ainda mais por tratar-se de ação na qual a sentença condenatória pode atingir a cifra de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), além de afrontar o art. 5º, inc. LV, da Lei Maior, quando estabelece o direito das partes ao contraditório pleno e à ampla defesa.

Asseveraram, de outro lado, estar o *decisum* proferido inquinado da mácula de *extra petita*, considerando não ter a demandante postulado o pagamento da verba de 4% (quanto por cento) referente às comissões das vendas efetuadas por MGM – Imports Inc.; até mesmo porque os valores referentes a tais comissões já foram adimplidos, uma vez que, como ressaltado pela prova pericial realizada nos autos, sempre pagaram as requerentes o percentual de 10% (dez por cento) ajustado com a empresa estrangeira que, por sua vez, deve ter repassado a percentagem de 4% (quatro por cento) a que fazia jus a demandante.

Alegaram que, em verdade, pugnou a representante pelo pagamento das comissões sobre as vendas que as rés e a empresa MGM – Imports Inc. teriam procedido na sua zona de exclusividade, verbas essas que, no entanto, não se fazem devidas, porquanto jamais realizaram as recorrentes transação negocial em referida área, com o provimento invectivado baseando-se essencialmente nas conclusões periciais que, de forma errônea, incidiram sobre os valores de comissões que sequer foram alvo do pedido.

Destarte, segundo as recorrentes, impõe-se reconhecida a nulidade da sentença ante o cerceamento de defesa causado pela não oportunização da comprovação de que nunca infringiram elas os termos da celebração contratual, inclusive no que tange às vendas na área de exclusividade da apelada, bem como em relação à intenção das partes em consonância com a disposição do art. 85 do CC/1916, a par de revelar-se o decisório *extra petita*, por sustentar-se ele em conclusões periciais que se afastaram dos limites do pedido no item *d* da exordial, o que, até mesmo, leva à indispensabilidade da renovação da prova técnica.

In meritis, invocaram a ocorrência de justa causa para a rescisão con-

tratual, dada a incidência das situações explícitas nas cláusulas 9B e 10 da avença celebrada entre as contendoras; tanto que, de acordo com as apelantes, os quesitos de n. 2, 3, 5 e 6 da perícia de fls. 323 a 327 comprovam à saciedade a redução das vendas ao mercado externo por parte da representante, redução essa superior ao percentual de 75% (setenta e cinco por cento), o que estava a autorizar a rescisão contratual com fulcro nas cláusulas antes referidas, sem nenhum direito ao recebimento, pela demandante, de indenização e aviso prévio.

Afirmaram, mais, que, a par da incidência, na hipótese, da cláusula 9B do contrato rescindido, estamparam-se as circunstâncias previstas no art. 35, alíneas *a* e *c* da Lei n. 4.886/65, com distinção para a desídia da representante.

No referente ao contrato firmado com a empresa MGM Imports Inc., as demandantes recursais, além de repisarem os argumentos relativos à ausência de pedido para a condenação ao pagamento de tal verba, mencionaram que em momento algum realizaram vendas na zona de exclusividade da representante, seja de forma direta ou por intermédio da mencionada empresa estrangeira.

Sustentaram, também, ter a prova técnica apontado, em atendimento ao quesito 11, que a natureza jurídica do contrato celebrado entre as insurgentes e MGM Imports Inc. é de estipulação em favor de terceiro, incidente, então, as disposições dos arts. 1.098 e 1.099 do CC/1916, pelo que expuseram ser elas as estipulantes, figurando como promitente a empresa MGM e a acionante como beneficiária, pelo que a relação de crédito e débito vincula, não as apelantes e a apelada, mas exclusivamente esta e a citada empresa estrangeira.

Em sendo assim, argumentaram que nada devem, em razão das comissões incidentes sobre as vendas realizadas pela MGM, à recorrida, com a legitimidade para o pagamento buscado sendo detido, exclusivamente, pela empresa estrangeira e não pelas recorrentes, considerando-se haverem elas adimplido a comissão de 10% (dez por cento) sobre as vendas realizadas no mercado externo diretamente àquela empresa, a quem incumbia, nos moldes do respectivo instrumento contratual e do item 11 da prova pericial, repassar em favor da apelada o percentual tocante a ela.

Por derradeiro, acentuaram que o arbitramento dos honorários advocatícios de sucumbência no patamar de 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa não considerou as regras fixadas pelo art. 20, § 3º, do Código Instrumental Civil, pois o trabalho do procurador da apelada restringiu-se ao ajuizamento da demanda, à impugnação da contestação, à sua presença na audiência de conciliação e à articulação e estudo dos quesitos propostos ao perito judicial, enfatizando ter a lide, ademais, tramitado no foro do domicílio da autora e de seus procuradores, com a celeuma revelando-se de menor complexidade, o que impõe a redução do percentual da verba estipendial adotado sentencialmente.

Clamaram, então, pelo provimento recursal para que sejam, num primeiro estágio, acolhidas as preliminares ventiladas – cerceamento de defesa e nulidade da sentença *extra petita* – ou, alternativamente, pela reforma do *decisum* atacado, com o afastamento, do âmbito da condenação, dos valores referentes às comissões sobre as vendas realizadas pela representante MGM Imports Inc. para os Estados Unidos da América e para o Canadá, ante a ausência do pedido expresso a respeito, além de pugnarem pelo reconhecimento de justa causa para a rescisão contratual havida, isentando-se-as, então, do pagamento da respectiva indenização e do correspondente aviso prévio.

Caso confirmado o *decisum* singular, pugnaram pela redução do percentual estabelecido a título de remuneração advocatícia.

Em suas contra-razões, pleiteou a recorrida o desprovimento do reclamo, com a conseqüente mantença dos termos da sentença exarada nos autos.

II – Voto

Atacam as insurgentes a condenação que lhes foi imposta nos autos da ação de indenização contra elas ajuizada por Probexa Manufaturados Exportáveis Ltda., com vinculação ao contrato de representação comercial celebrado entre as partes, com o *decisum* singular reconhecendo o direito da apelada à percepção das seguintes verbas: a) R$ 14.305,73 (quatorze mil trezentos e cinco reais e setenta e três centavos) referentes a 1/12 (um doze avos) da importância das comissões retribuídas à autora, desde o início do pacto até sua rescisão; b) R$ 36.450,09 (trinta e seis mil quatrocentos e cinqüenta reais e nove centavos) concernentes a 10% (dez por cento) da soma das exportações procedidas pelas rés no intervalo de tempo de 180 (cento e oitenta) dias após a rescisão contratual; c) R$ 6.602,80 (seis mil seiscentos e dois reais e oitenta centavos) relativas ao total das comissões obtidas pela autora no período de 3 (três) meses precedentes à rescisão do contrato, em razão da ausência da outorga do pré-aviso de 90 (noventa) dias; e d) R$ 647.199,96 (seiscentos e quarenta e sete mil, cento e noventa e nove reais e noventa e seis centavos) equivalentes ao total das comissões sobre as vendas efetuadas diretamente pelas demandadas ao tempo da vigência, abrangendo-se a parte da requerente nas comissões devidas à empresa MGM Imports Inc., decorrente de contrato próprio, sejam elas originárias de vendas diretas ou de comissões não adimplidas.

Para uma melhor compreensão da matéria enfocada na postulação recursal e objetivando uma mais adequada solução da celeuma, analisaremos os itens que integram as deduções apelatórias destacadamente, conforme segue:

1. Do reclamo interposto pela demandada MB Molduras do Brasil Indústria e Comércio Ltda. Não conhecimento

Não há condições de se conhecer do apelo assacado pela acionada

MB Molduras do Brasil Indústria e Comércio Ltda.

Isso porque o procurador que subscreveu as respectivas razões não conta com poderes para atuar em nome de tal empresa, uma vez que, nos termos do instrumento procuratório de fl. 129 dos autos, os poderes de representação outorgados pela empresa MB Molduras do Brasil Indústria e Comércio Ltda. foram conferidos exclusivamente aos Drs. Juarez Bittencourt Júnior e Andiara Zabot, com os substabelecimentos desses poderes com reserva, sendo operados aos Drs. Clésio Moraes (fl. 232) e Aglaie Sandrini Botega Possamai (fl. 265).

Enquanto isso, o Dr. Cláudio Scarpeta Borges, signatário da peça recursal, foi constituído exclusivamente para atuar em juízo em nome da Indústria de Molduras Santa Catarina Ltda., conforme termos da procuração outorgada à fl. 102.

E, tratando-se a representação processual de pressuposto de admissibilidade recursal, sua falta implica ausência de capacidade postulatória para recorrer, revelando-se o recurso como ato juridicamente inexistente, o que desautoriza o seu conhecimento, pois cabe ao procurador que pretende atuar em juízo em nome de determinada parte velar pela regularidade dessa representação processual.

Como não se ignora, mesmo porque é disposição expressa da lei processual (art. 37), sem procuração o advogado não pode requerer em juízo em nome de outrem, à exceção da prática de atos reputados urgentes, como para evitar o perecimento, decadência ou prescrição do direito.

Em tais hipóteses, o advogado fica obrigado a, independentemente de deferimento judicial, exibir o instrumento procuratório no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável, no máximo, por outro tanto, aí sim mediante autorização judicial.

Não entranhado nos autos o instrumento procuratório nem diligenciada, pela parte, a prorrogação do prazo para tanto, os atos praticados por advogado não constituído de modo hábil serão, conforme preceitua o mesmo dispositivo, havidos por inexistentes.

E é bem a situação estampada nestes autos, uma vez que em momento algum a recorrente MB Molduras do Brasil Indústria e Comércio Ltda. outorgou poderes ao advogado signatário do apelo interposto – Dr. Cláudio Scarpeta Borges – para, em representando-a, buscar a reforma da sentença que lhe foi adversa.

Impunha-se à co-demandada, por ocasião da prolação de sentença que lhe foi adversa, ter constituído referido profissional para, em seu favor, registrar a oposição recursal deduzida, juntando aos autos novo instrumento procuratório ou substabelecimento válido passado por seus procuradores constituídos.

A não-tomada de nenhuma dessas precauções leva à inexistência do reclamo deduzido pela MB Molduras do Brasil Indústria e Comércio Ltda., inibindo-lhe o conhecimento.

É a orientação que, reiteradamente, vem sendo dada pelo Superior Tribunal de Justiça, como bem se verifica dos arestos seguintes:

"Advocacia. Instrumento de mandato. Inexistência. 1. Sem instrumento de mandato, o advogado não se encontra habilitado para estar em juízo. 2. É havido por inexistente o recurso assinado por advogado que não apresentou instrumento de mandato. 3. Recurso especial não conhecido" (REsp n. 13.675/SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 2-6-1992).

"Processual civil. Inexistência de instrumento de mandato de advogado – art. 37 do CPC.

"I – Diz o art. 37 do CPC que sem instrumento de mandato o advogado não será admitido a postular em juízo e, conseqüentemente, serão tidos como inexistentes todos os atos praticados no processo.

"II – Recurso especial não conhecido" (REsp n. 4.651/SP, rel. Min. Waldemar Zweiter, DJU n. 211, de 5-11-90, p. 12.430).

"Procuração – Advogado – Ausência de exibição do mandato – Fato que torna inexistentes todos os atos praticados pelo causídico – Inteligência do art. 37 do CPC.

"A exibição pelo advogado do instrumento de procuração é indispensável, sob pena de serem considerados inexistentes todos os atos por ele já praticados" (AgRg no AgIn n. 419.395-5/SP, Primeira Turma, rel. Min. Ilmar galvão, DJU de 11-4-2003).

Da mesma forma, tem proclamado o Pretório Excelso:

"Representação processual – Advogado – Ausência nos autos do instrumento de mandato – Hipótese em que o recurso não pode ser conhecido – Inaplicabilidade da regra do art. 13 do CPC na fase recursal.

"Recurso interposto por advogado que não dispunha, nos autos do processo, do necessário instrumento de mandato não pode ser conhecido. Inaplicabilidade, na fase recursal, do disposto no art. 13 do CPC" (AgRg no AgIn n. 410.146-9/PR, Segunda Turma, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 14-11-2003).

"Recurso – Representação processual – Regularidade – Oportunidade.

"Na hipótese de interposição de recursos, o pressuposto objetivo de recorribilidade, que é a regular representação processual, há de estar atendido no prazo assinado em lei para a própria apresentação. Descabe aplicar, em tal fase, o disposto no art. 13 do CPC, cuja incidência sempre pressupõe a fase de conhecimento" (RE n. 192.351 – AgRg– SP, rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJU de 17-11-95).

"Representação judicial – Advogado – Indispensabilidade da exibição do instrumento de mandato sob pena de serem considerados inexistentes os atos por ele praticados.

"Indispensabilidade da exibição, pelo advogado, do instrumento de mandato, sob pena de serem considerados

inexistentes os atos por ele praticados" (AgRg no AgIn n. 471.465-7/ES, Primeira Turma, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJU de 7-5-2004).

"Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a postular em juízo (primeira parte do *caput* do art. 37 do Código de Processo Civil). A agravante não se faz representada pelo causídico devidamente constituído. O subscritor do agravo não possui, nos autos, os indispensáveis poderes.

"Nem se diga pertinente ao disposto na segunda parte do aludido preceito legal. Há de se ter em conta que a interposição do recurso não é passível de enquadramento entre os atos reputados urgentes. É que concorre, sempre, a possibilidade de o provimento judicial ser contrário aos interesses sustentados no processo, cabendo à parte precatar-se.

"A irregularidade da representação processual resulta na inexistência do ato praticado, motivando, assim, o não-conhecimento do recurso [...]" (Ag. n. 126.910/SP, rel. Min. Marco Aurélio).

Enunciou, da mesma forma, o 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

"A irregularidade na representação processual, consistente na ausência de procuração nos autos, deve ser sanada antes do julgamento do feito, eis que não tem aplicação, na fase recursal, o disposto no art. 13 do CPC. Assim, se o mandato deixou de ser juntado antes da prolação da sentença, todos os atos praticados pelo advogado da parte devem ser considerados inexistentes, nos termos do artigo 37, parágrafo único, do Estatuto Processual Civil" (AI n. 1.20038.351-4, de São Paulo, rel. Juiz Carlos Alberto Lopes, j. 8-8-2000).

Secundando os transcritos entendimentos, tem expressado esta Corte:

"Não se conhece de recurso interposto por advogado que não tinha poderes para representar o recorrente [...]" (Ap. Cív. n. 19.410, de Lages, rel. Des. Reynaldo Alves).

"Os atos praticados ao arrepio do prazo e das condições do art. 37 do CPC são havidos por inexistentes, nada justificando a intimação da parte para outorga de mandato" (AI n. 7.198, de São José, rel. Des. Amaral e Silva).

"Recurso. Ausência de mandato. Não conhecimento.

"São considerados inexistentes os atos praticados por advogado despido de poderes" (Ap. Cív. n. 38.735, de Mafra, rel. Des. Eder Graf).

"Recurso. Interposição por advogado sem procuração nos autos. Inadmissibilidade. Ato inexistente. Aplicação do art. 37, parágrafo único, do CPC.

"Não se conhece de recurso interposto por advogado sem procuração nos autos" (Ap. Cív. n. 41.277, de Canoinhas, rel. Des. Nestor Silveira).

"Na hipótese de ausência do mandato é do advogado a obrigação de trazer aos autos a procuração, no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período a pedido da parte interessada, que flui a partir da prática do ato,

independentemente de intimação. Somente no caso de irregularidade de representação é obrigatória a intimação da parte para que proceda à regularização" (Ap. Cív. n. 1997.005444-0, da Capital, rel. Des. Silveira Lenzi).

"Apelação cível – Ação de cobrança – Ausência de instrumento de mandato outorgado em nome do advogado que subscreveu a peça recursal – Ilegitimidade postulacional – Ato inexistente – Ausência de representação – Inaplicabilidade do artigo 13 do Código de Processo Civil – Inteligência do artigo 37 do mesmo diploma legal – Precedentes do STF, STJ e desta Corte de Justiça – Não conhecimento do recurso.

"Sem instrumento de mandato não está o advogado habilitado a procurar em juízo, tendo-se por inexistente o recurso por ele interposto, em razão de ser inaplicável o artigo 13 do Código de Processo Civil na fase recursal" (Ap. Cív. n. 2001.018038-3, de Joaçaba, rel. Des. Mazoni Ferreira).

"Apelação cível – Ação demolitória – Procuração outorgada por réu falecido – Ausência de mandato em relação ao espólio apelante – Inaplicabilidade do art. 13 do CPC – Regra que não tem aplicação na segunda instância, salvo nos processos originários – Exegese do art. 37 do CPC – Recurso não conhecido.

"Consoante entendimento jurisprudencial dominante existente na Suprema Corte Federal, o ato processual praticado por advogado sem procuração e sem protesto de juntada no prazo legal é tido por inexistente, em face do disposto no art. 37, parágrafo único, do CPC. O art. 13 do Digesto Processual Civil não tem aplicação no segundo grau de jurisdição, salvo quando se tratar de feitos originários" (Ap. Cív. n. 2002.000916-4, de São Francisco do Sul, rel. Des. Rui Fortes).

Assim também é o entendimento deste Relator:

"Apelação. Ausência de representação processual. Insurgência recursal juridicamente inexistente. Não conhecimento.

"Juridicamente inexistente é o recurso subscrito por procurador que não comprove, através do indispensável instrumento procuratório, lhe terem sido outorgados os necessários poderes para, em nome da insurgente e representando-a, residir em juízo. Configura-se, nesse contexto, a ilegitimidade postulacional, com o que resta frustrado o conhecimento do apelo" (Ap. Cív. n. 1998.009217-5, de Blumenau).

Tais posicionamentos vão ao encontro das lições do douto jurista Celso Agrícola Barbi, quando observa:

"A falta de apresentação de instrumento de mandato no prazo faz com que os atos praticados pelo advogado sejam considerados não ratificados e havidos por inexistentes juridicamente, isto é, sem valor jurídico" (Comentários ao código de processo civil, Rio de Janeiro: Forense, 1993, 8. ed., vol. I, p. 143).

Acentua-se, de outra banda, não ser aplicável na hipótese o disposto no

art. 13 do Estatuto Procedimental, por não se tratar de irregularidade de representação, mas de sua inexistência.

Demais disso, não há olvidar que referido preceito "só se aplica à 1ª instância, ou, nos tribunais, às ações originárias" (RT 653/249).

A apresentação do instrumento de mandato é pressuposto indispensável à constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. A sua ausência, quando verificada em grau de recurso, não autoriza a aplicação da regra prevista no art. 13 do CPC, o que impede o seu conhecimento.

Com isso, em face do que prevê o art. 37 do CPC, verifica-se que a intimação do procurador para que apresente, em prazo razoável, o instrumento procuratório é totalmente descabida, conforme orientação jurisprudencial manifestada no seguinte julgado:

"Esta Corte já firmou o entendimento de que ato processual praticado por advogado sem procuração e sem protesto de juntada posterior dela no prazo legal não é irregular, mas inexistente, em face do disposto no artigo 37, parágrafo único, do Código de Processo Civil, não se lhe aplicando sequer o artigo 13 do mesmo Código" (STF, MS n. 22.125/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Moreira Alves, j. 23-8-95, DJU de 15-9-2000, p. 119).

Ainda:

"Descabe cogitar, em fase recursal, do saneamento do processo com o objetivo de regularizar a representação processual, que deve estar configurada, nos moldes legais, dentro do prazo alusivo à recorribilidade, sob pena de tomar-se o ato como inexistente. A norma do artigo 13 do CPC pressupõe a tramitação da demanda em fase de conhecimento e não recursal" (RE n. 161.650-AgRg-RJ, Segunda Turma, rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 151/1.005).

Inexistente o ato praticado, o qual não pode ser convalidado com a juntada extemporânea do instrumento de mandato, e, mesmo se possível, não é o caso dos autos pelas razões acima expostas, o recurso, como já exaustivamente dito, não pode ser conhecido.

A solução, é de se registrar, foi tomada por maioria, vencido o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins, por entender que, em casos tais, impõe-se assinado prazo para a parte nos moldes do art. 13 do CPC, propiciando-lhe a regularização da respectiva representação processual.

2. – Do apelo deduzido por Indústria de Molduras Santa Catarina Ltda.

2.1 – Cerceamento de defesa. Audiência de instrução e julgamento. Supressão. Nulidade afastada

Inflete a recorrente em epígrafe, primeiramente, contra o julgamento antecipado da lide, invocando a causação de prejuízos à sua defesa, o que conduz à nulificação do *decisum* singular.

Nesse diapasão, sustenta a insurgente a indispensabilidade da realização da audiência de instrução e julgamento com a tomada do depoimento

pessoal do representante legal da autora e com a coleta de prova testemunhal, objetivando especificamente a comprovação dos argumentos por ela deduzidos em relação à exata interpretação do contrato celebrado pelas demandadas com a MGM Imports Inc., que as condenou a uma indenização na monta de R$ 647.199,96 (seiscentos e quarenta e sete mil cento e noventa e nove reais e noventa e seis centavos), com base nas comissões incidentes em vendas efetuadas diretamente pelas requeridas, incluídas aquelas decorrentes do pacto ajustado com aludida empresa estrangeira.

Afirmou, ainda, a necessidade da produção das provas pretendidas como meio de comprovação de que jamais infringiram as representadas o contrato firmado, principalmente no que tange a vendas na zona de exclusividade da representante/apelada, bem como para deixar delineada a real intenção das partes contratantes, para fins de aplicação do enunciado no art. 85 do então vigente Código Civil de 1916.

É argumento que, no entanto, apresenta-se inacatável, haja vista que a matéria de defesa dispensava, para a sua comprovação, a colheita de elementos testemunhais, como bem entendeu o insigne Julgador *a quo*, pois, a par de existentes nos autos elementos suficientes para a entrega da prestação jurisdicional de forma antecipada, a interpretação dos dizeres do contrato questionado envolve matéria essencialmente jurídica, para cuja apreciação mostra-se imprestável a mera prova oral.

Provados os fatos documentalmente e positivada nos autos a efetiva relação contratual havida entre as litigantes, bem como os termos do ajuste celebrado com a MGM Imports Inc., ao magistrado condutor do processo somente incumbia, como feito, estabelecer a existência ou não da justa causa para a rescisão contratual unilateral e, conseqüentemente, apurar eventual direito da autora à indenização postulada, interligação essa que, consideradas as demais provas produzidas, dispensava a complementação via prova testemunhal ou por meio do depoimento pessoal do representante legal da demandante.

Nesse quadro, evidenciando-se totalmente inúteis as provas pretendidas de produção pela insurgente, uma vez ser a matéria controvertida essencialmente jurídica e suficientes os elementos documentais trazidos a juízo, não há identificar cerceamento de defesa em razão do julgamento prematuro da lide.

No caso vertente, insiste-se, os limites da perquirição judicial faziam-se devidamente estabelecidos nos autos, versando, exclusivamente, sobre a obrigação ou não das representadas indenizarem a representante, e, em caso positivo, a delimitação das verbas devidas e seus respectivos valores.

E a prova pretendida de produção pela irresignada, afiança-se, não teria o condão de influir na solução do litígio, alterando a substância legal da matéria discutida, por prevalecerem, na hipótese, os elementos documentais encartados no processo, principalmente quando realizada prova pericial a respeito.

Como já proclamou esta Corte, em julgado totalmente identificado com a situação refletida nestes autos:

"Pode o juiz, à luz dos elementos constantes dos autos, entender desnecessária a produção de outras provas e julgar antecipadamente a lide, evitando a prática de atos inúteis no processo e atendendo ao princípio da economia processual.

"Tal proceder independe de despacho de especificação de provas ou saneador e, salvo demonstração de sua imprescindibilidade, não configura cerceamento de defesa (Ap. Cív. n. 1996.005712-9, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Eder Graf).

Em igual tom, expusemos:

"Restringindo-se os limites da perquirição judicial à matéria essencialmente jurídica, com os argumentos dos litigantes repousando em documentos já inseridos nos autos, inteiramente justificado faz-se o julgamento prematuro da lide, não se antevendo, nessa hipótese, qualquer cerceamento de defesa na não colheita da prova testemunhal pretendida, essa totalmente despicienda para o desate da causa" (Ap. Cív. n. 1996.007433-3, de Joaçaba).

"Envolvendo o litígio questão essencialmente jurídica, dependendo a sua solução apenas de elementos documentais já inseridos nos autos, o julgamento de plano afigura-se como providência inquestionável, com a dispensa da dilação probatória não implicando em qualquer cerceamento de defesa" (Ap. Cív. n. 1998.008152-1, de Joinville).

Julgado mais recente deste Pretório, acentua que:

"A não-realização de audiência após a juntada do laudo pericial não gera qualquer nulidade quando as partes são intimadas para manifestação acerca das conclusões do perito.

"Não se pode imputar ao Juiz o pecado de afronta à Constituição Federal e ao Código de Processo Civil por cerceamento de defesa da parte quando antecipa ele o julgamento da lide sem ouvir testemunhas se os litigantes deixaram à sua vista documentação suficiente à formação de seu convencimento" (Ap. Cív. n. 2003.022053-4, de São José, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben).

Descarta-se, em face das razões expendidas, o alegado cerceamento de defesa!

2.2:. Do contrato de representação comercial

Ab initio, mister se faz destacar alguns pontos relativos à representação comercial, atividade regulamentada, no plano jurídico, pela Lei n. 4.886/65, com alterações introduzidas pela Lei n. 8.420/92.

Por primeiro, ressalta o art. 1º da Lei n. 4.886/65:

"Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos

representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios".

Acerca dessa modalidade contratual, observa Waldírio Bulgarelli, até mesmo tecendo críticas ao corpo legislativo.

"E, por tanto dizer a Lei, não conseguiu ser precisa, utilizando vários verbos, que acabam gerando certas perplexidades; não se sabe bem o que quis dizer o legislador com mediação, agenciando, execução dos negócios, tendo em vista a necessidade de ajustar tal figura contratual a outras correlatas.

[...]

"Trata-se, pois, de uma atividade de intermediação a exercida pelo representante comercial autônomo, em caráter profissional, sem dependência hierárquica, mas de acordo com as instruções do representado. É um tipo específico de representação, pois, em princípio, o representante não é mandatário (o que poderá ser também desde que assim ajustado com o representado), nem comissário (o que poderá também ocorrer, cumulando ambas as situações), nem empregado, nem prestador de serviços no sentido técnico, mas que presta serviços, através do exercício da atividade de recolher (ou agenciar, como diz a lei) propostas ou pedidos para transmiti-los ao representado.

[...].

"É o contrato de representação comercial autônoma, de acordo com a tipificação legal, contrato consensual, bilateral (há obrigações para ambas as partes), oneroso, e dos que implicam obrigação de resultado, de vez que a lei estipulou que o representante só terá direito à comissão (que é a sua remuneração) após a conclusão e o cumprimento do contrato (pagamento por parte do comprador, art. 32); de duração, *intuitu personae* e nitidamente interempresarial" (Contratos mercantis, São Paulo: Atlas, 12. ed.; 2000, p. 512 e 513).

Nos sempre abalizados dizeres de Rubens Requião:

"A representação comercial, portanto, surge da convenção das partes. Como contrato bilateral, de natureza própria, juridicamente configurado, não se confunde com qualquer outro tipo. Não é contrato *sui generis*: é contrato de representação comercial [...] Assim como existem contratos de mandato, de locação de serviços e tantos outros, existe um também chamado contrato de representação comercial. É contrato típico. Pode estar vinculado ou constituído com o mandato, com a locação de serviços ou com outras espécies de contratos, mas não perde seus delineamentos próprios. Todas as combinações obrigacionais são legítimas para a atuação nos negócios lícitos.

"Assim, a representação comercial, como contrato, segue a disciplina geral dos negócios jurídicos. São seus elementos: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei (art. 82 do Código Civil). Não há, todavia, forma sacramental para o contrato de representação comercial. A lei não

exige, para sua constituição, forma especial. Tanto o contrato pode ser escrito, ou não" (Do representante comercial, Rio de Janeiro: Forense, 5. ed., 1994).

Referentemente aos elementos que devam constar do contrato de representação comercial, estabelece o art. 27 da Lei n. 4.886/65, com a redação decorrente da Lei n. 8.420/92:

"Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente:

"a) condições e requisitos gerais da representação;

"b) indicação genérica ou específica dos produtos ou artigos objeto da representação;

"c) prazo certo ou indeterminado da representação;

"d) indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação;

"e) garantia ou não, parcial ou total, ou por certo prazo, da exclusividade de zona ou setor de zona;

"f) retribuição e época do pagamento, pelo exercício da representação, dependente da efetiva realização dos negócios, e recebimento, ou não, pelo representado, dos valores respectivos;

"g) os casos em que se justifique a restrição de zona concedida com exclusividade;

"h) obrigações e responsabilidades das partes contratantes;

"i) exercício exclusivo ou não da representação a favor do representado;

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

Dúvidas não restam, em sendo assim, quanto a prever a norma legal, de modo incisivo, os direitos e obrigações dos representantes comerciais, assim destacados por Waldírio Bulgarelli:

"2.14.2. Obrigações do representante.

"Basicamente consistem em cumprir bem e fielmente o avençado; fornecer ao representado, quando lhe for solicitado, informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, devendo dedicar-se à representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover os seus produtos; agir estritamente de acordo com as instruções do representado – não pode conceder abatimentos, descontos ou dilações sem autorização expressa.

"2.14.3. Direitos do representante.

"O principal é o recebimento da remuneração a qual, conforme já vimos, adquire logo que o comprador efetue o pagamento ou à medida que o faça parceladamente.

[...]

"Também terá direito a indenização se o contrato for dissolvido por culpa do representado; se atuar como

mandatário, terá também o representante os direitos referidos na disciplina legal do mandato" (ob. cit., p. 514 e 515).

Considerando isso, constata-se que o contrato de representação comercial celebrado entre as litigantes em 1º-4-1992, cujo instrumento foi acostado às fls. 30 a 32, objeto do feito instaurado, preenche todos os pressupostos legais, mostrando-se apto a surtir os efeitos reparatórios pretendidos pela representante, na hipótese de sua rescisão unilateral, afirmada pela autora como sem justa causa.

2.3. *Da rescisão do contrato de representação por ato unilateral das representadas. Justa causa. Ausência*

No tópico em destaque, apregoa a representada apelante a incidência de justa causa para a rescisão unilateral que as demandadas mantiveram com a recorrida, posto que incidentes as imposições das cláusulas 9B e 10 do ajuste em questão, a par do que, nos moldes das respostas dadas pelo louvado judicial aos quesitos n. 2, 3, 5 e 6 da perícia de fls. 323 a 327, houve drástica redução do volume de vendas ao mercado externo por parte da representante, em percentual superante à taxa de 75% (setenta e cinco por cento).

Em vista disso, expôs a postulante recursal que, a par da aplicação da cláusula 9B do contrato, ficou demonstrado o descumprimento, pela representante, das disposições do art. 35, alíneas *a* e *c,* da Lei n. 4.886/65, posto que informada, no caso, a desídia da representante e apelada, o que torna indevida a prestação de qualquer indenização ou, mesmo, de aviso prévio.

No tocante à rescisão do contrato de representação comercial, é da Lei n. 4.886/65, *in verbis*:

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

"Art. 35. Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado:

"a) a desídia do representante no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato;

"b) a prática de atos que importem em descrédito comercial do representado;

"c) a falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial;

"d) a condenação definitiva por crime considerado infamante;

"e) força maior.

"Art. 36. Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representante:

"a) redução de esfera de atividade do representante em desacordo com as cláusulas do contrato;

"b) a quebra, direta ou indireta, da exclusividade, se prevista no contrato;

"c) a fixação abusiva de preços em relação à zona do representante, com o exclusivo escopo de impossibilitar-lhe ação regular;

"d) o não-pagamento de sua retribuição na época devida;

"e) força maior".

E mais: estabelece expressamente o contrato de representação questionado – o de fls. 30 a 32 –, no que pertine à rescisão contratual:

"Cláusula 8 – o presente contrato terá validade por tempo indeterminado. Para poder ser denunciado deverá ter um prévio aviso de 90 dias.

"Cláusula 9 – A rescisão do presente ajuste somente poderá ocorrer de comum acordo entre as partes ora transatoras. Caso qualquer das partes desejarem rescindir este contrato, como previsto na cláusula anterior, ficará assegurado à parte prejudicada uma indenização equivalente a 1/12 do total da retribuição auferida até a data da rescisão e, no que couber, às demais incidências previstas na Lei n. 4.886/65 e alterações previstas na Lei n. 8.420/92, e mais o valor correspondente a 10% (dez por cento) calculado sobre todas as exportações (com valor corrigido monetariamente), que forem realizadas durante os 180 (cento e oitenta) dias, posteriores à rescisão do mesmo.

"Cláusula 9B – O contrato poderá ser também rescindido se Probexa não conseguir vender ao mercado externo em um período de 12 meses pelo menos o equivalente a 75% dos volumes exportados durante o último período de 12 meses.

"Cláusula 10 – O presente contrato ficará automaticamente rescindido, desde que qualquer das partes contratantes infrinja o presente ajuste e, no que for aplicável, às disposições da legislação pertinente".

Contudo, diante das provas carreadas aos autos em contraposição aos argumentos tecidos pelas acionadas, é de se concluir pela inexistência de justo motivo a autorizar a rescisão unilateral concretizada pelas representadas.

Cumpre destacar, nesse aspecto, comprovarem os documentos trazidos ao processo ter ocorrido a rescisão questionada ao desabrigo de qualquer justificativa válida.

O que evidenciam os documentos de fls. 51 e 52 é que, na realidade, buscaram as representadas alterar as condições do contrato de representação comercial em vigor, com o que não anuiu a representante (fl. 55), o que levou as requeridas a imporem o rompimento unilateral (fls. 44, 56 e 58), sem ao menos explicitarem de modo fundamentado os motivos de tal ruptura.

Destaca-se que, por ocasião da rescisão unilateralmente empreendida, as demandadas não aventaram nenhuma infringência à cláusula 9B do citado contrato; e somente após enxertadas nos autos as conclusões da perícia técnica realizada é que passaram elas a

invocar referida transgressão, posto que, até então, apenas alegavam as acionadas que o rompimento ocorreu por "posição intransigente da Probexa" (fl. 58).

No documento de fls. 69 a 72, referente à celebração entre as litigantes de contrato de representação exclusiva por cliente, ajuste esse não vinculado ao contrato de representação alvo do litígio instaurado nestes autos, reconheceram, expressamente, as demandadas que a rescisão aqui em exame deu-se de forma unilateral e sem justo motivo, acentuando, na cláusula 1 do referido termo contratual:

"Cláusula 1 – Fica entendido de que o contrato de representação exclusiva por cliente, que agora está sendo celebrado não tem qualquer vinculação ou relação com o anteriormente *celebrado em 1º-4-92 o qual foi rescindido em 9-5-1997 por decisão unilateral e sem motivo justo*.

"A celebração do presente contrato não importa, portanto, em renovação do contrato anterior, seu restabelecimento ou qualquer ajuste de indenizações" (*sic* – grifos nossos).

Inquestionavelmente provado, pois, que aludido instrumento de representação comercial foi rescindido unilateralmente e sem justo motivo pelas representadas conforme fl. 56, com reiteração em 21-5-1997 (fl. 58) e com expresso reconhecimento no contrato de representação exclusiva por cliente de fls. 44 e 69 a 72 documentos esses firmados pelo representante legal das empresas requeridas.

Mesmo porque, ainda que as representadas argumentem a ocorrência de infração à cláusula 9B do contrato de representação, em razão da resposta emprestada pela perícia realizada aos quesitos 2, 3, 5 e 6 de fls. 323 a 327, as circunstâncias reveladas na reportagem técnica não seriam suficientes para estabelecer a pretendida justa causa.

É que, a exemplo do consignado com total propriedade na sentença estigmatizada, a queda das vendas por parte da representante não seria fator que, por si só, positivasse a desídia que lhe foi atribuída, mormente quando está o nosso planeta envolto num quadro geral de recessão econômica.

Ainda mais que a própria perícia concluiu, à fl. 334, que, embora tenha queda nas exportações da empresa MB Molduras do Brasil Indústria e Comércio Ltda., em igual período a outra representada, ou seja a aqui apelante, obteve aumento em suas vendas para o mercado externo.

Acresça-se a isso que, em casos tais, a desídia da representante, para erigir-se à alçada de justa causa à rescisão contratual, há de ser induvidosamente provada pelas representadas, o que não foi feito aqui; tanto que as demandadas nem ao menos, no momento da rescisão contratual, reportaram-se à desídia da representante como fator legitimador da rescisão contratual levada a cabo.

A propósito, colhe-se do repertório jurisprudencial desta Corte:

"Sentença *ultra petita.* Nulidade inexistente. Representação comercial.

Cláusula expressa de exclusividade. Prova da exclusividade não desfeita. Alegação de desídia não comprovada.

"Provimento parcial do recurso.

"A desídia do representante, sendo falta grave, deve ser comprovada.

"Havendo cláusula expressa de exclusividade, a prova do ajuste para eliminação do privilégio há de ser convincente, não servindo simples declarações de um único empregado da representada e do representante concorrente.

"Nulas são apenas as sentenças *extra* e *citra petita*, por isso que não comportam emenda" (grifos nossos, Ap. Cív. n. 36.563, de Blumenau, rel. Des. Amaral e Silva).

"Representação comercial – Contrato renovado anualmente – Rescisão por parte da representada – Desídia – Prova insuficiente – Venda pelo representante de produto concorrente – Fato ocorrido há mais de dois anos à data da rescisão – Renovação, após, por mais duas vezes do contrato – Ofício da representada à representante comunicando a rescisão contratual, sem mencionar as exigências não cumpridas pela última – Pré-aviso e indenização procedentes – Lei n. 4.886/65, arts. 34 e 27, *j* – Procedência parcial – Custas e honorários advocatícios proporcionalmente divididos – Apelo provido apenas para esse fim.

"A desídia no contrato de representação só se mostra inescusável quando habitual ou constante, resultante da ociosidade.

"A venda pelo representante comercial de produto concorrente ocorrida há mais de dois anos antes do rompimento contratual, em regra, não poderá mais constituir-se em motivo hábil a autorizar a rescisão do contrato pela representada" (grifamos, Ap. Cív. n. 37.769, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Alcides Aguiar).

"O mero apontamento de queda das vendas não prova desídia da representante comercial, mormente em tempos de recessão econômica" (Ap. Cív. n. 1988.092147-2, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Ainda, deste Pretório:

"Representação comercial – Registro no órgão de classe – Contrato verbal – Admissibilidade – Rescisão – Verbas indenizatórias devidas – Recurso parcialmente provido.

"1. O contrato de representação comercial prescinde de forma escrita (CC, arts. 129 e 1.079).

"2. A falta de registro do representante no órgão de classe não desobriga o representado do pagamento das comissões.

"3. Cumpre ao representado provar que o representante deu causa à rescisão do contrato de representação; e ao representante, que lhe foi assegurada exclusividade nas vendas em determinada região.

4. *Rescindido o contrato e não demonstrada a desídia do representante, são devidas as verbas indenizatórias*" (grifo nosso, Ap. Cív. n. 1996.012105-6, de Laguna, rel. Des. Newton Trisotto).

"Declaratória – Contrato de representação comercial – Rescisão sem justa causa – Indenização devida à representante – Recurso desprovido.

– 'A rescisão do contrato de representação comercial, sem justo motivo e por iniciativa do representado, implica em indenização legal a quem o representava' (Min. Fontes de Alencar) (*apud* Ap. Cív. n. 1998.007734-6, da Capital)" (Ap. Cív. n. 2002.018424-7, de Itajaí, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra).

Portanto, ante os documentos acostados aos autos, nos quais as representadas, até mesmo, reconhecem a ausência de justo motivo para a rescisão contratual unilateral que procederam, deve ser a representante indenizada nas verbas ajustadas no contrato de representação comercial firmado, em consonância com as Leis n. 4.886/65 e 8.420/92.

2.4. Do contrato de representação celebrado entre as demandadas e a empresa MGM Imports Inc. (decisum extra petita). *Inocorrência*

Grifado expressamente na inicial, como componente da pretensão indenizatória deduzida pela recorrida, ter ela "[...] direito a mais esses 4% de comissão nos negócios realizados com a MGM, a partir de 1º-4-1997 e de 2,6% nessas mesmas comissões, nos três anos anteriores, quando as partes negociaram uma redução dos valores de comissão" (fl. 9), encerrando o pleito com o pedido de percepção da "quantia correspondente à totalidade das comissões sobre as vendas realizadas diretamente pelas rés, com violação da cláusula 4A, durante a vigência do contrato, aí incluídas a parte da autora nas comissões devidas à MGM Imports Inc., objeto de contrato próprio, seja nas vendas diretas, seja nas comissões não pagas" (fl. 14).

Em razão do acolhimento do pedido assim formulado, impôs o Julgador singular às acionadas o pagamento, dentre outras verbas, das seguintes parcelas: "d) a soma de R$ 647.199,96 (seiscentos e quarenta e sete mil cento e noventa e nove reais e noventa e seis centavos), correspondente à totalidade das comissões sobre as vendas realizadas diretamente pelas requeridas durante a vigência do contrato, incluindo-se a parte da requerente nas comissões devidas à MGM Imports Inc., objeto de contrato próprio, sejam oriundas de vendas diretas ou de comissões não pagas" (fl. 525).

Entrevê a apelante, nesse comando sentencial, a incidência da mácula de *extra petita*, apregoando, para tanto, ter a recorrida restringido seu pedido, a respeito, ao pagamento das comissões incidentes nas vendas feitas diretamente pelas representadas e pela MGM Imports Inc. na sua zona de exclusividade, aditando que, de outro lado, as verbas nas quais foram ela e a co-demandada condenadas já haviam sido satisfeitas à MGM que deve tê-las repassado, no percentual ajustado contratualmente, à acionante.

Registra-se, de início, que pode uma sentença ser exarada de forma incompleta, deixando de enfrentar e resolver todos os pedidos formulados, hipótese em que é considerado o provimento jurisdicional como *citra petita*.

Pode ela concluir, de outro lado, solucionando coisa inteiramente diversa, fora dos pedidos formulados, situação em que presente se faz a sentença *extra petita*.

Por fim, pode ocorrer a hipótese de a sentença, além de equacionar todas as questões submetidas ao crivo judicial, ir além, concedendo mais do que foi pedido. Sentença proferida nessas condições será sentença *ultra petita*.

Em se tratando de sentenças *citra petita* e *extra petita*, serão elas nulas, devendo outras serem exaradas em conformidade com os pedidos formulados.

Diversamente, no caso de sentença *ultra petita* a nulidade atinge apenas as parcelas transbordantes do pedido, as quais podem ser canceladas ou reformuladas na instância recursal.

Entretanto, *in casu*, não há cogitar da existência de sentença *extra petita*!

Ora, de uma análise apurada da reportagem probante revela-se que a condenação imposta pela sentença se amolda perfeitamente aos termos da pretensão formulada pela autora, sendo que, em tal hipótese, a discussão impunha-se delimitada ao acerto ou desacerto da decisão, mas não quanto aos seus limites, já que estes contêm-se dentro da linha demarcatória fixada pela requerente para os pleitos feitos; em outros dizeres: o pedido inicial foi específico para a condenação nas verbas arbitradas no *decisum* impugnado.

Já observamos, acerca do tema:

[...]

"Não incide a sentença em vício de *extra petita* ao declarar nula determinada cláusula contratual, quando houve pleito específico dos autores a respeito, pois, em tal hipótese, nada foi decidido além ou fora do pedido" (Ap. Cív. n. 1998.001788-2, de Tangará).

Em igual vertente, assinalou ainda este Sodalício:

[...]

"Não é *extra* nem tampouco *ultra petita* a sentença de cujo segmento dispositivo ressai comando com implicações práticas idênticas às conclamadas pelo autor, guardando-lhes estreita correlação e conferindo-lhes a exata destinação" (Ap. Cív. n. 2001.021070-3, de Araranguá, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

Por conseguinte, tendo o Magistrado *a quo* restringido a resposta sentencial aos pedidos expressamente articulados na vestibular, não há falar em sentença *extra petita*, pelo que se desacolhe a pretensa nulidade disso decorrente!

2.5. *Do contrato de representação celebrado entre as demandadas e a empresa MGM Imports Inc. Estipulação em favor de terceiro. Não caracterização*

Centra-se o âmago do litígio, na rubrica em destaque, ao pedido indenizatório vinculado ao contrato de representação comercial juntado às fls. 36 a 43, insurgindo-se a recorrente contra o

deferimento judicial, à demandante, do direito à buscada percepção.

Ressai ter sido aludido instrumento contratual celebrado entre a empresa MGM Imports Inc., com sede nos Estados Unidos da América, na qualidade de representante comercial, tendo, na condição de representadas, as acionadas Indústria de Molduras Santa Catarina Ltda. e MB Molduras do Brasil Indústria e Comércio Ltda., resultando de seus termos que a representante passaria a atuar com exclusividade na comercialização e venda dos produtos das empresas representadas na América do Norte, Austrália, Nova Zelândia, Antilhas, Havaí, Bahamas e Bermudas.

No que se refere à compensação devida à autora, fixado expressamente ficou, na cláusula 7 do mesmo instrumento:

"A SC concorda em pagar uma comissão de (10%) por cento sobre o preço de venda líquida FOB, preço de todos os embarques para o território. O termo 'líquido' significa volume de vendas bruto menos descontos, devoluções, abatimentos e créditos para clientes, cuja concessão ficará a critério da SC.

"Esta comissão será repartida com a Probexa Manufaturados Exportáveis Ltda., ou conforme suas instruções, de acordo com a seguinte porcentagem:

"60% = 6% (seis por cento) para MGM.

"40% = 4% (quatro por cento) para Probexa.

"Por este 4%, a Probexa fornecerá à MGM todo serviço necessário para que o pedido contenha as melhores informações sobre a qualidade, entrega e embarque".

Da clareza redacional da transcrita cláusula, dúvidas não pairam que, com efeito, do percentual de 10% instituído a título de comissão devidos à representante, a Probexa Manufaturados Exportáveis Ltda. fazia jus à percepção do correspondente a 4%, sendo inegável, pois, o seu crédito em decorrência da comercialização de produtos promovida sob os auspícios do contrato em comento!

No entanto, e nisso reside o pomo de discórdia entre as litigantes, é de se identificar a quem caberia, em verdade, adimplir o percentual no tocante à autora em razão do contrato firmado pelas requeridas com a empresa MGM Imports Inc.!

Segundo o concluído pela perícia realizada nos autos:

"No item 7 do contrato, firmado entre as rés e a MGM, está explicitado que a comissão de 10% (dez por cento) seria repartida entre a Probexa e a MGM, mas não identifica quem deveria pagar a comissão à Probexa, se a MGM ou se as empresas MB e SC. Assim, para responder tal questionamento se faz necessária uma análise jurídica do contrato. A determinação de quem compete o pagamento da comissão da Probexa é uma questão de mérito, a ser apreciada pelo Exmo. Sr. Dr. Juiz Presidente do Processo".

Por seu turno, reconheceu a sentença profligada deter a requerente

Probexa Manufaturados Exportáveis Ltda. a qualidade de representante no contrato questionado, daí advindo a conclusão de que cumpria às representadas MB Molduras do Brasil Indústria e Comércio Ltda. e Indústria de Molduras Santa Catarina Ltda. satisfazerem o percentual no tocante à apelada, o que transferia inteiramente às demandadas o ônus imposto pelo art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil, quanto à comprovação de ter havido o respectivo pagamento à autora.

Destaca-se, por primeiro, que merece correção o entendimento quanto a atuar a Probexa Manufaturados Exportáveis Ltda. como representante comercial na relação negocial estabelecida em virtude da celebração contratual de fls. 36 a 43.

É que, ao contrário, como se depreende do próprio instrumento contratual questionado, foi nomeada como exclusiva das recorrentes apenas e somente a empresa MGM Imports Inc., não havendo em tal documento nenhuma assinalação expressa acerca da atuação da Probexa Manufaturados Exportáveis Ltda., também, como representante das contratantes.

Na conjuntura assim delineada, totalmente inviável pretender-se haver a autora, em razão do mesmo contrato, atuado igualmente como representante comercial da apelante e da empresa MB Molduras do Brasil Indústria e Comércio Ltda.

Em verdade, a cláusula 7 do ajuste prevê que a recorrida forneceria à MGM Imports Inc. "o serviço necessário para que o pedido contenha as melhores informações sobre a qualidade, entrega e embarque" (fl. 40).

Analisando-se juridicamente referida cláusula, percebe-se que a apelada não está a exercer nenhuma das condutas descritas no art. 1º da Lei n. 4.886/65 mas, tão-somente, guarneceria a representante MGM Imports Inc. com informações acerca da qualidade, entrega e embarque dos produtos.

E não há falar que, no caso, estaria a recorrida a mediar a realização dos negócios mercantis ou até mesmo agenciando as propostas ou pedidos, a fim de transmiti-los às representadas.

Contudo, igualmente razão não assiste à apelante em pretender ter-se tratado, na hipótese, de estipulação em favor de terceiro!

Não há pactuar com a asseveração feita pelo *expert* judicial quando, ao responder o quesito 11 do laudo por si elaborado, acentuou, à fl. 329:

"O contrato de representação comercial foi firmado entre MGM Imports Inc. e as empresas Indústria de Moldura Santa Catarina Ltda. e MB Molduras do Brasil Ltda., com estipulação em favor de terceiro, neste caso, a empresa Probexa".

Na disciplina legal da estipulação em favor de terceiro, preceituava o nosso CC/1916, aplicável à hipótese *sub examen*, em seu art. 1.098:

"O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação.

"Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante o não inovar nos termos do art. 1.100".

E aditava o art. 1.099 do mesmo Pergaminho:

"Se ao terceiro, em favor de quem se fez o contrato, se deixar o direito de reclamar-lhe a execução, não poderá o estipulante exonerar o devedor".

No conceito de Roberto Senise Lisboa:

"A estipulação em favor de terceiro é o negócio jurídico por meio do qual se ajusta uma vantagem pecuniária em prol de pessoa que não celebra, mas se restringe a colher os seus benefícios" (Manual elementar de direito civil, vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 2002. p. 131).

Por isso, define Arnoldo Wald que:

"A estipulação em favor de terceiro é o contrato pelo qual se cria, para terceiro, um direito novo e próprio [...]" (Obrigações e contratos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 14. ed., 2000, p. 244).

Ou, como grafou o brilhante Miguel Maria de Serpa Lopes:

"Há estipulação em favor de terceiros quando em um contrato, estabelecido entre duas pessoas, pactua-se que o benefício dele decorrente, no todo ou em parte, reverterá em proveito de terceiro, que lhe é totalmente estranho" (Curso de direito civil, vol. III, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 6. ed., 2001, p. 137).

Segundo o emérito Silvio Rodrigues:

"Dá-se estipulação em favor de terceiro quando, num contrato entre duas pessoas, pactua-se que a vantagem resultante do ajuste reverterá em benefício de terceiro, estranho à convenção e nela não representado.

"É negócio peculiar, pois, em vez de resultarem do contrato obrigações recíprocas entre os contraentes, apenas um deles assume o encargo de realizar prestação em favor de terceiro.

[...]

"Vê-se, portanto, que embora no contrato surjam três interessados, a convenção se ultima e se aperfeiçoa pela conjunção de duas vontades: a do estipulante e a do devedor. O beneficiário não participa do acordo, circunstância que deixa à avença o seu caráter estritamente bilateral" (Direito civil, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 29. ed., 2003, p. 93 a 95).

Deixou advertido J. M. Carvalho Santos que, entretanto:

"Convém, por outro lado, recordar que na estipulação em favor de terceiro figuram três pessoas:

"a) o estipulante, que é o contratante, que, sem ter representação do terceiro, a favor deste contrata um favor ou um benefício;

"b) o promitente, que é o contratante, que se obriga à prestação peran-

te o estipulante em favor de terceiro, e, por isso mesmo, pelo Código é denominado devedor;

"c) o terceiro beneficiário, completamente estranho ao contrato no momento de sua formação, nele não figurando. Este terceiro pode ser determinado ou não, e, quando determinado, substituído por outro, nos termos do art. 110 [...]" (Código Civil Brasileiro Interpretado, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 9. ed., 1978, p. 290).

Retorne-se ao escólio de Arnoldo Wald para reafirmar-se que:

"Na estipulação existem três sujeitos, dois certos e um condicional, sendo o estipulante, que estipula em favor de terceiro, o promitente, que se obriga a realizar a prestação em favor de terceiro, e finalmente o terceiro, pessoa determinada ou determinável (o primeiro aluno da turma do 1º ano da Faculdade de Direito de 1991) em favor de quem a prestação deve ser executada" (ob. cit., p. 244).

Acentuando os pressupostos da estipulação em favor de terceiros, anotou Serpa Lopes:

"São requisitos da constitutividade contratual de uma estipulação em favor de terceiros: a) um estipulante, que, sem ser representante de quem quer que seja, agindo em seu próprio nome, contrata em benefício de terceiro; b) um promitente, que se obriga a uma prestação perante o estipulante em favor de terceiro; c) um terceiro, determinado ou determinável, beneficiário da estipulação, e a ela estranho na época da formação do contrato.

"O princípio fundamental da estipulação em favor de terceiro é de ordem psicológica: a intenção do estipulante de contratar, não no seu próprio interesse, senão no do terceiro. Essa intenção necessita vir manifestada de um modo expresso e inequívoco. *Não basta uma cláusula suscetível de proporcionar, ocasionalmente, ou por repercussão, vantagens a terceiros. Cumpre que tudo decorra, sem nenhuma dúvida possível, do resultado da própria operação, ou de circunstâncias indicativas da intenção do estipulante de conferir um direito a um terceiro. Trata-se de uma questão de interpretação de vontade"* (grifamos, ob. cit., p. 137).

Acerca da matéria, ainda que referentemente a casos não assemelhados ao destes autos, assentou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"Contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares. Unimed. Hemodiálise. Legitimidade ativa do autor. *Tratando-se de estipulação a favor de terceiro, tem este legitimidade para exigir do promitente o cumprimento do contrato*. Risco não excluído expressamente pelo contrato. Cobertura devida. Inteligência dos arts. 10 e 12 da Lei n. 9.656/98, incidente na espécie. Apelação a que se nega provimento" (grifamos, Ap. Cív. n. 70004844999, 6ª CCív., rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, j. em 18-12-2002).

"Seguros. Estipulação em favor de terceiro. Ilegitimidade passiva de parte. Sendo o contrato de seguro por acidentes pessoais da modalidade de estipulação em favor de um terceiro, na

qual figura como estipulante GBOEX Gremio beneficente, a seguradora como promitente, e a terceira apenas como beneficiária, não interveniente na contratação, não é, a entidade de previdência privada, parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, que visa cobrar indenização decorrente de Alea, e, sim, a seguradora. Recurso provido" (Ap. Cív. n. 70002320620, 5ª CCív., rel. Des. Clarindo Favretto, j. em 1º-11-2001).

Por todo o exposto, é de se concluir não se tratar, no caso, de estipulação em favor de terceiro, com as representadas figurando como estipulantes, assumindo a empresa MGM Imports Inc. a condição de promitente, obrigando-se esta a pagar o percentual contratado em prol de Probexa Manufaturados Exportáveis Ltda., esta na qualidade de terceira beneficiária.

Estribando-se nos brilhantes ensinamentos doutrinários transcritos, tem-se, no caso em apreço, ser impossível, se interpretar na cláusula que fixou a divisão do percentual de comissão, deter a aqui recorrente a qualidade de estipulante e, nem mesmo, sua intenção de beneficiar diretamente um terceiro que, *in casu*, seria exatamente a apelada.

Além disso, salienta-se que, ainda que a recorrida não tenha figurado como parte interveniente no contrato de representação celebrado entre MGM Imports Inc. e a SC, possuía ela pleno conhecimento de seus termos, bem como do percentual a que faria jus, não se podendo concluir fosse ela pessoa estranha ao contrato.

Por todos esses motivos, não há interpretar a vontade da apelante como direcionada a contratar em favor de um terceiro, principalmente diante do fato de que os lucros deste contrato integrariam o patrimônio da suposta "estipulante", que, até mesmo, parecenos aceitou a integração da apelada na relação estabelecida como forma de propiciar um melhor rendimento dos negócios a serem realizados.

Destarte, o presente caso não se enquadra dentro dos requisitos exigidos para a configuração da estipulação em favor de terceiro!

Ainda que dificuldades interpretativas resultem da cláusula 7ª do contrato em apreço, o inquestionável é haver a apelante assumido a obrigação de, nas condições estipuladas, arcar com uma comissão de 10%, a ser repartida entre a MGM Imports Inc. e a autora, tocando àquela 6% e a esta o percentual de 4%.

Mesmo porque não teria lógica que, tendo a recorrida abdicado de parte de sua área de exclusividade no mercado externo em favor de uma empresa estrangeira, beneficiando essencialmente as representadas, nenhum ônus tivessem estas em relação à autora.

Mais ilógico nos parece que, em tal contexto, a comissão fosse paga na sua totalidade à empresa estrangeira, para que esta, após, repassasse o percentual a que fazia jus a autora quando a divisão de percentuais estava expressa no próprio contrato e quando tanto a pretensa terceira beneficiária – a pos-

tulante –, como as representadas têm suas empresas no Brasil e na mesma unidade federativa.

A condenação no tópico grifado, pois, impõe-se mantida, como confirmada impõe-se a condenação especificada no item "d" da parte dispositiva do decisório atacado, relativamente à infração da cláusula 4A do contrato de representação de fls. 30 a 32, celebrado exclusivamente entre as litigantes, cujos valores devem ser apurados em liquidação de sentença.

2.6. *Honorários advocatícios. Redução. Inviabilidade*

No arremate, pugnou a recorrente pela redução da verba sucumbencial arbitrada, na hipótese de confirmação da sentença atacada, entendendo ser exagerado o percentual de 20% fixado sobre o valor atualizado da inicial, argumentando que os trabalhos prestados pelo procurador da postulante se limitaram ao aforamento da demanda, à impugnação da contestação, ao comparecimento à audiência de conciliação e à formulação dos quesitos submetidos à prova pericial.

Acrescentou a isso a circunstância de ter o feito tramitado na comarca do domicílio da autora e de seus procuradores, revelando-se a ação, de outro lado, de menor complexidade.

Não há, entretanto, agasalhar essa invocação defensiva, uma vez que o valor atribuído pelo douto Julgador, ao proferir a sentença, enquadra-se nas determinações expostas no Código de Processo Civil, atendendo integralmente aos requisitos dispostos nas alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º do art. 20 do mesmo Estatuto.

Desde que considerados, no estabelecimento do estipêndio advocatício, o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, como também a importância e a natureza da causa, o trabalho dispensado pelo advogado e o tempo que lhe foi exigido, não há desmerecer o valor arbitrado a título de honorários, quando respeitados tais requisitos.

Na espécie, encampados os fatores do § 3º, temos que a fixação estipendial em 20% sobre o valor atualizado da inicial, valor esse no importe de R$ 50.000,00, representa uma quantia até ínfima, já que, tratando-se de sentença condenatória, a verba deveria ter como base de cálculo, em verdade, o *quantum* indenizatório decorrente dos termos da sentença.

E, como enfatiza Yussef Said Cahali:

"O valor da causa, como é curial, embora presuntiva expressão do benefício econômico da pretensão desatendida, representa simples elemento informativo de que se serve o julgador para o arbitramento eqüitativo dos honorários, não se prestando para o embasamento de regra absoluta na fixação da verba, sendo outros os princípios a serem observados: mesmo não havendo condenação, liberto assim o juiz das balizas representadas pelo mínimo de 10% e o máximo de 20% indicados no § 3º do art. 20 do Código, isso não afasta a regra básica segundo a qual os honorários devem guardar

correspondência com o benefício trazido pelo processo à parte, mediante trabalho prestado a esta pelo profissional e o tempo exigido para o serviço, fixando-se os honorários, portanto, em atenção às alíneas *a*, *b* e *c* do art. 20, § 3º" (Honorários advocatícios, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 483 e 484).

A respeito do tema honorários advocatícios e à efetivação do princípio da equidade, traduz o advogado catarinense Luiz Mário Bratti:

"A 'apreciação eqüitativa do juiz' está jungida a parâmetros predeterminados pela própria lei, significando dizer que, da interpretação conjunta e sistemática de ambos os parágrafos, o juiz, na fixação dos honorários sucumbenciais mediante sua 'apreciação eqüitativa', há de ater-se, necessariamente, a critérios objetivos expressamente fixados na lei.

"Fora deles, o juiz descambará para critérios meramente subjetivos e pessoais, inadmissíveis frente ao atual ordenamento jurídico pátrio e a um Estado de Direito efetivamente democrático" (Honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, OAB/Seção Santa Catarina, n. 105, dezembro 2001, p. 11).

E não há olvidar que:

"Tendo o causídico laborado com zelo, a verba honorária deve ser fixada em valor que remunere adequadamente o ilustre advogado, sem aviltar a nobre profissão, e sem configurar-se uma penalidade à parte contrária" (TJSC, Ap. Cív. n. 1999.013060-6, de Biguaçu, rel. Des. Silveira Lenzi).

Enunciou, outrossim, o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"Honorários advocatícios. Critérios conjuntos de fixação (CPC, art. 20, §§ 3º e 4º).

"Na fixação dos honorários advocatícios não se devem dissociar os critérios do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, pois a utilização de um não exclui a do outro, valendo esta orientação também para efeito de fundamentação e cabimento de recurso especial.

"Recurso conhecido e provido em parte" (REsp n. 2.396/MT, rel. Min. Gueiros Leite, DJU n. 193, de 9-10-1990, p. 10.893).

Ainda, acerca do tema, decidiu este Tribunal:

"Honorários de advogado. Valor. Majoração.

"Os honorários devem valorizar condignamente o trabalho profissional, tendo presente o volume, a qualidade, o tempo de tramitação e os percalços a que se sujeitaram as partes ao longo do seu percurso" (Ap. Cív. n. 28.729, de Biguaçu, rel. Des. Eder Graf).

"No arbitramento dos honorários advocatícios, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, o magistrado deverá avaliar, efetivamente, o trabalho realizado pelo advogado, conforme os parâmetros legais previstos no § 3º do artigo 20 do Código Processual Civil, ainda nas hipóteses disciplinadas pelo § 4º do mesmo dispositivo de lei" (Ap. Cív. n. 2001.011985-4, de Balneário Camboriú, rel. Des. Fernando Carioni).

Em hipótese em tudo assemelhada a destes autos, enunciamos:

[...]

"IV – Ainda que utilizado pela sentença o percentual máximo de 20% para a fixação da remuneração advocatícia, mostra-se esta adequada quando, em termos monetários, não se revela ela extrapolante às finalidades da verba" (Ap. Cív. n. 2003.017009-0, de Itajaí).

Enfim, ao fixar-se a verba honorária, convém considerar- se que:

"A árdua e sempre bela profissão de advogado, não apenas socialmente útil, mas imprescindível à convivência humana no Estado de Direito, não merece ser degradada nos dias atuais, pela redução percentual dos honorários devidos aos que a exercem com dedicação e eficiência profissional" (TJMG, 3ª CCiv., rel. Des. Assis Santiago, JB 12/193).

Ou, consoante já expusemos:

"Os honorários advocatícios devem, quando estabelecidos sentencialmente, valorizar de modo digno o trabalho profissional prestado, considerando, acima de tudo, a qualidade da assistência jurídica prestada, a dedicação e a eficiência do advogado [...]." (Ap. Cív. n. 2005.004804-3, de Braço do Norte).

Destarte, considerando o grau de zelo profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelos advogados e o tempo exigido para seu serviço não se mostram exacerbados os honorários advocatícios estabelecidos pelo Magistrado sentenciante.

Nega-se, pois, também nesse aspecto, provimento à proposição apelatória do executado!

III – Decisão

Por maioria, não se conhece do recurso interposto por MB Molduras do Brasil Indústria e Comércio Ltda., negando-se provimento, entretanto, ao apelo deduzido por Indústria de Molduras Santa Catarina Ltda.

Participou do julgamento, com voto vencido em relação ao não conhecimento de um dos recursos e com voto vencedor no referente ao apelo interposto por Indústria de Molduras Santa Catarina Ltda., o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins, dele participando, com voto integralmente vencedor, o Exmo. Sr. Des. Substituto Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 4 de agosto de 2005.

Trindade dos Santos,
Presidente e Relator.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2005.002521-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Alcides Aguiar

Agravo de instrumento – Ação de apuração e cobrança de haveres – Tutela antecipada concedida a título de adiantamento do valor a ser reembolsado em favor do sócio excluído – Natureza alimentar da verba – Decisão recorrida que impõe multa como meio coercitivo para a efetivação da medida antecipatória relativa aos meses subseqüentes – Art. 273, § 3º, do CPC – Peculiaridades do caso que permitem a adoção da pena pecuniária ainda que se esteja diante de condenação para pagamento de soma em dinheiro – Necessidade de efetivação da providência judicial com a proteção do bem da vida de forma eficaz – Recurso desprovido.

"A multa cominatória, mesmo em se tratando de tutela antecipada para pagamento de soma em dinheiro, não se revela incompatível com a sistemática e a finalidade do provimento, pois se destina a compelir o devedor a adimplir sua obrigação, servindo mesmo como meio coercitivo. Trata-se de mecanismo apto a viabilizar a adequada e efetiva prestação da tutela jurisdicional."

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2005.002521-0, da comarca da Capital (3ª Vara Cível), em que são

agravantes Centro Educacional Geração Ltda. e outros, sendo agravado Sérgio Luiz Sarkis:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Centro Educacional Geração Ltda., Indústria e Comércio de Material Didático Geração Ltda., Adalberto Cunha, Horst Haase, Luiz Carlos Simas, Antonio João da Silva, Osmar Eduardo Sens, Marshal Soares Gonçalves, Ademar Dias de Oliveira Filho, Nilto Hinkel e Noberto Boddy agravam de instrumento da parte da decisão do Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca da Capital que, nos autos da ação ordinária de apuração e cobrança de haveres proposta por Sérgio Luiz Sarkis, determinou o pagamento mensal da verba fixada a título de tutela antecipada, sob pena de multa diária no valor de R$ 200,00.

Argumentam que a medida coercitiva imposta para o caso de não-cumprimento da antecipação dos efeitos da tutela deferida é ilegal por ser incompatível com a natureza da providência a ser executada (condenatória), pois esta consiste em obrigação de pagamento de quantia em dinheiro; a decisão de segundo grau que se está buscando executar não impôs a referida pena.

Sustentam que o meio executivo a ser adotado no caso em exame é o da expropriação dos bens dos devedores, com penhora, alienação forçada e entrega do produto ao credor, não o da coerção, que é próprio para as tutelas mandamentais; a efetivação da decisão antecipatória que possui caráter condenatório ocorre na forma do art. 588, conforme prescreve o § 3º do art. 273, não se aplicando o disposto nos arts. 461 e 461-A, todos do Código de Processo Civil; "por óbvio ele (credor) não pode ter mais com uma decisão provisória, do que teria com uma definitiva".

Pugnam pelo provimento do reclamo para que lhes "seja cancelada a imposição de multa pecuniária".

Juntaram os documentos de fls. 9 a 70.

Em seguida trouxeram precedente jurisprudencial que entendem agasalhar a tese defendida – fls. 74 a 78.

Pelo despacho de fls. 79 e 80 foi indeferido o pedido de efeito suspensivo.

Em sua resposta, o agravado inicialmente defende que o recurso carece de objeto em razão de manifestação judicial posterior que majorou a multa aplicada no *decisum* recorrido e ressalvou a possibilidade de apreensão de valores depositados em conta corrente; portanto, a decisão impugnada "não mais subsiste conforme foi proferida".

No mérito, sustenta que a decisão agravada está de acordo com o comando do acórdão que concedeu a tutela antecipada; a verba devida possui caráter alimentar, necessária à sua subsistência, sendo possível a adoção das medidas previstas nos arts. 461 e 461-

A, ambos do CPC, visando à efetivação da determinação judicial já transitada em julgado; "não se trata de simples obrigação pecuniária, mas, principalmente, da imposição da obrigação de fazer a distribuição dos haveres devidos em decorrência da ilegal exclusão do agravado dos quadros societários"; a pena de multa foi fixada para evitar o inadimplemento da obrigação vincenda.

Requer, pois, seja julgado prejudicado o agravo, por falta de objeto, ou, sucessivamente, pugna pelo seu desprovimento.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto com o objetivo de afastar a pena de multa no valor de R$ 200,00/dia, em caso de não adimplemento, pelos agravantes, "até o 5º dia útil dos meses subseqüentes ao mês do primeiro pagamento", da "importância de R$ 2.000,00, mensal", fixada em antecipação de tutela nos autos da ação de apuração e cobrança de haveres proposta pelo ora recorrido.

Inicialmente cumpre afastar a alegação trazida pelo agravado, de perda do objeto do reclamo.

É que a decisão prolatada no processo principal após a interposição deste agravo, pertinente ao ponto que se está aqui examinando, cuidou tãosomente de majorar o valor da multa, sem tratar, até porque já tinha deliberado anteriormente a respeito, do cabimento da medida coercitiva.

Destarte, persiste íntegro o comando do *decisum* agravado objeto desta irresignação, qual seja, possibilidade de aplicação da multa, devendo-se passar à análise da sua manutenção.

Destaca-se que o acórdão concessivo da antecipação da tutela, o qual busca o agravado executar, deferiu-a como adiantamento do valor a ser reembolsado em favor do sócio excluído ao final da demanda e porque presente o requisito do fundado receio de dano irreparável, com espeque no art. 273 do Código de Processo Civil.

Prescreve o § 3º do citado dispositivo que a "efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A".

Os recorrentes defendem a tese de se tratar no caso de tutela condenatória – pagamento de quantia em dinheiro –, o que denotaria ser o meio executivo escolhido pela decisão inadequado ante a incompatibilidade com a natureza da providência a ser efetivada, pois aplicável *in casu* apenas o disposto no art. 588 do CPC.

Não se desconhece a corrente que entende ser inaplicável nas pretensões pecuniárias antecipatórias, sob o argumento de ausência de dispositivo legal expresso autorizador e porque a execução definitiva da sentença não comporta tal medida, a imposição da multa como meio coercitivo para a efetivação daquela.

Contudo, "vê-se, pois, sem muitas dificuldades, que a técnica da execução provisória do art. 588, nada obs-

tante aplicável 'no que couber' para fins de efetivação da tutela antecipada genérica, por si só não responde aos anseios dos jurisdicionados ou aplicadores do direito, tornando-se não raramente ineficaz ou inoperante no plano fatual da satisfatividade perseguida pelo autor que demonstra em cognição sumária o requisito da verossimilhança somado ao perigo de dano ou defesa temerária" (Figueira Júnior, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil:* vol. 4, tomo I: Do processo de conhecimento, arts. 270 a 281 – coordenação de Ovídio Araújo Baptista da Silva, SP, Ed. RT, 2001, p. 245).

E prossegue o ilustre Juiz de Direito catarinense:

"Não vislumbramos qualquer óbice em realizar hodiernamente interpretação sistemática aos arts. 273 e 461, objetivando colher a essência da melhor técnica a ser empregada ao conseguimento da efetivação da tutela antecipatória genérica, em face da desoladora remissão ao regime obsoleto da execução provisória que, de regra, não traz em seu bojo qualquer estado de satisfação ao vencedor da demanda".

Analisando, mais adiante, a possibilidade de o regime execucional da tutela provisória ser diverso daquele que se desenvolverá em definitivo, conclui o citado doutrinador que: "com base em uma nova concepção jurídica das ações condenatórias, ou seja, diversamente do entendimento clássico que fixa os seus contornos à obtenção de uma sentença de mérito de procedência e simples exortação, e, por conseguinte, desprovida de auto-executividade", "se as tutelas antecipatórias são providências de naturezas emergenciais, satisfativas e interinais, as suas técnicas haverão de adequar-se ao objeto litigioso (o bem da vida) e às necessidades prementes do autor, sob pena de frustrar-se em termos práticos. Por isso, a referência do § 3º do art. 273, às técnicas do art. 588, II e III, do CPC, com a ressalva da expressão 'no que couber', é regra meramente programática, porquanto ao se verificar no caso concreto que o regime do Livro II que prevê citação, penhora, eventuais embargos etc., inviabilizará a satisfação emergencial do autor, *deverá* o juiz, impreterivelmente e sob pena de pôr em risco o bem da vida em questão, a ponto de vir a perder a demanda o seu próprio objeto, ao proferir a sua decisão, estabelecer por interpretação sistemática deste dispositivo com o art. 461 e seus parágrafos, bem como em sintonia com os escopos teleológicos e axiológicos (sociais, políticos, jurídicos e econômicos) do próprio instituto da tutela antecipada, o regime de efetivação da providência concedida naquele ato" (p. 261 e 262).

Comungamos do entendimento esposado por último, tendo em mente que o processo civil hodierno tem buscado meios que tornem efetiva a prestação jurisdicional, com a proteção do bem da vida de forma eficaz, sem deixar de respeitar o devido processo legal assegurado aos litigantes.

Convém salientar que o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, autorizador da tutela antecipada em execução, foi fundamentado – fl. 53 –

no fato de o agravado possuir sua fonte de renda na atividade profissional (professor) que exercia na empresa recorrente, deixando de auferi-la com a sua exclusão do quadro societário. Assim, foi fixado um valor a título de verba alimentar para que possa o recorrido prover sua subsistência enquanto se discute o real valor que tem a receber.

Destarte, com mais razão se mostra possível, diante da natureza alimentar da obrigação de pagar, a adoção de medidas que possam tornar a execução da tutela antecipada eficaz, com a conseqüente efetividade da prestação jurisdicional.

Válido é citar, porque análogo ao caso em exame, precedente jurisprudencial do egrégio Tribunal de Justiça do vizinho Estado do Paraná:

"A multa cominatória, mesmo em se tratando de tutela antecipada para pagamento de soma em dinheiro, não se revela incompatível com a sistemática e a finalidade do provimento, pois se destina a compelir o devedor a adimplir sua obrigação, servindo mesmo como meio coercitivo. Trata-se de mecanismo apto a viabilizar a adequada e efetiva prestação da tutela jurisdicional" (Ap. Cív. n. 163557-6, de Curitiba, rel. Des. Airvaldo Stela Alves, j. em 27-4-05).

Do corpo do acórdão extrai-se a seguinte lição de Luiz Guilherme Marinoni:

"Não há razão para que a tutela do crédito pecuniário deva ser prestada unicamente por meio da execução por expropriação, uma vez que o custo e a lentidão dessa forma de execução, como é sabido por todos, desestimulam o acesso à justiça e trazem intolerável acúmulo de trabalho aos juízos [...].

"Se a multa já vem sendo utilizada, com enorme sucesso, para dar efetividade diante das obrigações de fazer (fungível ou não fungível), de não fazer e de entregar coisa, não há qualquer razão para a sua não-utilização em caso de soma em dinheiro. Como explica Taruffo, é incorreto pensar que a multa somente possa ser aplicada quando impossível o uso de alguma forma de execução por sub-rogação. [...]

"Atualmente, a multa não deve ser pensada como algo que deve incidir no local em que a execução direta não pode atuar, mas sim como instrumento que tem vinculação única com a efetividade da tutela pecuniária [...].

"[...] o objetivo da multa, em relação à sentença que impõe o pagamento de soma, é de convencer o devedor a pagar. É claro que a multa pode não lograr esse intento, como pode acontecer em relação às obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa, quando, então, o valor da multa deverá ser cobrado através da execução por expropriação" (*in* "A efetividade da multa na execução da sentença que condena a pagar dinheiro", www.jus.com.br/doutrina).

Mais adiante prescreve o julgado:

"A imposição da multa, por sua vez, destina-se à efetivação concreta do provimento antecipatório, em consonância com o princípio da inafastabilidade e da efetividade da tutela jurisdicional.

"Neste contexto, é oportuno trazer à colação o seguinte julgado:

'[...] a questão que se coloca é se é possível em caso de condenação em quantia certa estabelecer tal tipo de sanção.

'[...] Nos dias atuais, as medidas coercitivas vêm-se caracterizando como instrumento de concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de tal sorte que o seu emprego não pode ser excluído de maneira apriorística. Como bem pondera Marcelo Lima Guerra (*Execução Indireta*, São Paulo, RT, 1998, p. 54), 'o juiz tem o poder-dever de, mesmo e principalmente no silêncio da lei, determinar as medidas que se revelem necessárias para melhor atender aos direitos fundamentais envolvidos na causa, a ele submetida'. E o Jurista, com toda pertinência, invoca o ensinamento de Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 256), no sentido de que, na falta de lei que concretize determinado direito fundamental, 'o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exeqüibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa'. Tal significa, no âmbito do processo de execução, que o juiz tem o poder-dever de, mesmo e principalmente no silêncio da lei, determinar os meios executivos que se revelem necessários para melhor atender à exigência de prestação de tutela executiva eficaz (Marcelo Guerra, ob. cit., p. 57)'".

E prossegue:

"'No campo da execução por quantia certa não se passa de modo diverso, justificando-se o emprego de medidas coercitivas, como a *astreinte*, por concretizar o valor constitucional protegido da efetividade da tutela jurisdicional. Por tal razão, o uso de tais medidas não pode ser obstado nem por expressa disposição infraconstitucional, muito menos pelo silêncio dessa legislação. Dessa forma, como observa ainda aqui Marcelo Guerra (ob. cit., p. 186), 'sempre que a aplicação de alguma medida coercitiva, inclusive a multa diária, revelar-se capaz de superar esses obstáculos e contribuir para uma satisfação mais pronta e efetiva do crédito objeto da execução, ela pode ser utilizada, desde que, é óbvio, não se violem outros bens constitucionalmente protegidos'. E em abono da tese o doutrinador cita o escólio de Michele Taruffo *(Note sul diritto alla condanna e all´esecuzione*, p. 666 a 668)' (Ação Rescisória n. 599263183, TJ/RS, rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, 6ª CC, j. 26-4-2000).

"É certo que a sanção pecuniária não deve ser imposta àquele destituído de patrimônio, notadamente por sua finalidade coercitiva, pois 'a multa tem efetividade em relação àqueles que possuem patrimônio – como os bancos, seguradoras, construtoras etc. –, porém verificam que, diante do sistema

processual atualmente estruturado para execução, é muito melhor calar que pagar. *O que se pretende com a multa, em resumo, é evitar que o sistema processual continue a ser utilizado para alimentar a injustiça'* (*in* Luiz Guilherme Marinoni, ob. cit., p. 3)" (grifei).

Faz-se referência ainda a acórdãos desta Corte de Justiça que autorizaram a fixação de multa no caso de descumprimento de tutela antecipada concedida em obrigação de pagar quantia certa relativa à verba de natureza alimentar: Ap. Cív. n. 2004.025590-0, de Palhoça, rel. Des. Wilson Augusto Nascimento, e Ap. Cív. n. 2003.007632-8, da Capital, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato.

Por fim, quanto ao fundamento de que o acórdão que deferiu a tutela antecipada não previu multa, portanto esta não poderia ser fixada pelo Juízo *a quo*, melhor sorte não socorre aos recorrentes, pois a execução da medida antecipatória deve dar-se de maneira eficaz perante o Julgador de primeiro grau, sendo deste a competência para tomar as medidas cabíveis com intuito de implementar no mundo fático aquele *decisum*.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzi.

Florianópolis, 8 de setembro de 2005.

Alcides Aguiar,
Presidente e Relator.

Declaração de voto vencido do Des. Gastaldi Buzzi

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Centro Educacional Geração Ltda. e outros contra Sérgio Luiz Sarkis, de decisão interlocutória que determinou o pagamento de multa no valor de R$ 200,00, majorada posteriormente para R$ 1.000,00, por dia de descumprimento, caso os agravantes não efetuassem o depósito mensal de R$ 2.000,00, montante arbitrado por este egrégio Tribunal de Justiça a título de antecipação de tutela no bojo de demanda ajuizada pelo agravado, voltada à apuração de haveres de sócio retirante de sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

O eminente Relator votou no sentido de manter a deliberação recorrida, admitindo a incidência de multa diária para o caso de descumprimento da ordem de depósito, citando precedente do TJPR, dois julgados desta Corte, da relatoria dos eminentes Des. Wilson Augusto do Nascimento e Marcus Tulio Sartorato, e doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e do juiz catarinense Joel Dias Figueira Júnior, dentre outros articulados anexos ao voto apresentado em sessão.

Todavia, ousei divergir da maioria desta colenda Câmara, destacando os brilhantes fundamentos lançados no voto do Relator, porquanto inexistente previsão normativa autorizando a fixação de *astreintes* como medida de apoio para compelir a parte a solver dívida de dinheiro, cumpre ao beneficiado pela decisão que deferiu a antecipação de tutela postular a realização de medidas

sub-rogatórias (constrição e alienação), caso não haja adimplemento voluntário da obrigação.

Ademais, salvo equívoco, não foi indicado, tanto pela douta maioria quanto pelos precedentes colacionados ou doutrina citada, como se operaria a própria exigência da multa, porquanto reconhecida a possibilidade de sua incidência, também se deveria explicar o modo de efetivação da cobrança das *astreintes*, garantindo a eficácia do comando principal e fixando sua observância, sob pena de tornar-se uma medida inócua à resolução do conflito, mormente quando, em seu lugar, poder-se-ia seguir com medidas expropriatórias diretas, respeitantes ao patrimônio da empresa obrigada.

Nesse sentido:

Súmula 500, STF: "Não cabe a ação cominatória para compelir-se o réu a cumprir obrigação de dar".

Ou, ainda, do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Recurso especial. Previdenciário. Violação dos artigos 461, § 1º, e 644, do CPC. Multa pecuniária. Obrigação de dar. Obrigação de fazer. Descumprimento de ordem judicial. É possível a fixação de multa diária por atraso na implantação de benefício previdenciário, em razão de tratar-se de obrigação de fazer. No caso, impôs-se à autarquia multa diária pelo descumprimento de não pagar valores definidos em execução, ou seja, obrigação de dar. Não incidência dos arts. 632 e 644 do CPC. Recurso conhecido e provido para afastar a multa" (REsp n. 643669/MG, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, j. 18-11-2004).

Portanto, destacando o grande respeito pelo ilustre Relator, voto no sentido de não aplicar multa cominatória para obrigar os agravantes ao cumprimento da tutela antecipada.

Gastaldi Buzzi

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.000934-5, DE SÃO JOÃO BATISTA

Relator: Des. Alcides Aguiar

Execução de título extrajudicial – Nota promissória – Citação havida em execução anterior extinta sem julgamento do mérito – Ajuizamento de ação idêntica com base no mesmo título – Interrupção do prazo prescricional – Inteligência dos artigos 172 do antigo Código Civil e 219 do Código de Processo Civil – Título não prescrito por ocasião do ingresso da última execução – Recurso provido.

Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a citação válida em processo extinto, sem julgamento do mérito, com exceção dos casos previstos nos incisos II e III do artigo 267 do Código de Processo Civil, interrompe o prazo prescricional.

O prazo prescricional interrompido pela citação válida somente tem seu curso reiniciado após o trânsito em julgado do processo extinto sem julgamento do mérito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.000934-5, da comarca de São João Batista (vara única), em que é apelante Banco do Brasil S.A., sendo apelados Empreiteira de Mão de Obra DLB Ltda. e Ciro Marcial Roza:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, prover o recurso.

Custas na forma da lei.

Empreiteira de Mão de Obra DLB Ltda. e Ciro Marcial Roza ajuizaram, perante o juízo da Vara Única da comarca de São João Batista, embargos em face da execução que lhes move Banco do Brasil S.A., alicerçada em nota promissória na importância de R$ 147.024,60 (valor atualizado até a data da propositura da ação).

Aduziram que o título em questão, emitido em 5-11-92, com vencimento em 18-11-92, foi alcançado pela prescrição, que no caso é de três anos, inexistindo, dessa forma, título hábil para o manejo da execucional.

O embargado ofereceu impugnação, afirmando a higidez do título, sob o argumento de que a citação válida ocorrida no trâmite da execução anteriormente promovida com base na mesma nota promissória, extinta sem julgamento do mérito, interrompeu o prazo prescricional. Sustentou que o dia 18-6-97, data em que transitou em julgado o processo extinto, é o marco do novo prazo prescricional.

Réplica às fls. 46 a 49.

Às fls. 51 a 54, sobreveio sentença julgando procedentes os embargos, sob o fundamento de que o fato de a ação de execução anteriormente ajuizada ter sido extinta sem julgamento do mérito prejudicou a interrupção da prescrição pela citação. Por fim, condenou o vencido ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado em 15% sobre o valor da causa.

Inconformado, o vencido apelou reiterando a tese de que a citação do apelado na primeira execução interrompeu o prazo prescricional do título. Insurge-se mais em relação à condenação que lhe foi imposta a título de verba honorária, postulando sua redução.

Após apresentação de resposta pelos recorridos, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

Objetiva o apelante a reforma da sentença que declarou a prescrição do título executado.

Menciona nas razões recursais que o prazo prescricional da nota promissória foi interrompido ante a citação realizada na execução anteriormente fulcrada na mesma nota promissória, de forma que a sentença objurgada contrariou o artigo 219 do Código de Processo Civil, bem como os artigos 172 e 173 do antigo Código Civil.

Para melhor elucidação, é necessário fazer um breve retrospecto dos fatos ocorridos no transcorrer do processo.

Verifica-se nos autos que a nota promissória de fl. 9 da Execução n. 062.00.000521-7 teve seu vencimento no dia 18-11-92.

Consta dos autos que o ora recorrente ajuizou a primeira ação de execução – n. 2.403/95 – contra os apelados em 30-3-95 (fl. 17), objetivando o recebimento da quantia representada pela aludida nota promissória, sendo a Empreiteira de Mão de Obra DLB Ltda. e Ciro Marcial Roza citados em 10-5-95 e 23-9-95, respectivamente (fl. 19). Oferecidos embargos à execução, estes foram julgados procedentes, tendo o juiz monocrático julgado – em data de 19-8-96 – extinto o processo de execução, sem julgamento do mérito, com base no artigo 267, I, c/c artigo 614, II, do Código de Processo Civil.

Interposto recurso de apelação, a decisão impugnada foi mantida por este egrégio Tribunal, sendo o acórdão publicado no "Diário da Justiça" do dia 2-6-97, que circulou no dia 3-6-97.

Nova ação de execução foi ajuizada pelo recorrente em 27-4-00 – n. 062.00000521 –, sendo os executados regularmente citados em 17-5-00 e 24-5-00, conforme certificado à fl. 39v. e petição de fl. 43 dos autos da execução acima mencionada.

Opostos embargos à execução, o Juiz de primeiro grau em 23-8-2000 extinguiu o processo, com julgamento do mérito, sob o entendimento de que o título em questão estava prescrito. Fundamentou, outrossim, que, com a extinção sem o julgamento do mérito da primeira execução, a interrupção da prescrição ficou prejudicada, ou seja, "é como se não tivesse havido interrupção e, via de conseqüência, o prazo prescricional teve contagem normal, não se interrompendo e muito menos se suspendendo" (fl. 52).

O ponto central da controvérsia é se ocorreu interrupção ou não da prescrição para a execução da nota promissória ora executada, diante da citação ocorrida na execucional anteriormente ajuizada pelo credor e lastreada no mesmo título, extinta sem o julgamento do mérito.

Da leitura dos autos, vislumbra-se que os executados Empreiteira de Mão de Obra DLB Ltda. e Ciro Marcial Roza foram regularmente citados em 10-5-95 e 23-9-95, respectivamente, acerca do objeto da primeira execução, con-

forme certidão exarada pelo Oficial de Justiça no verso do mandado de execução de fl. 19 dos embargos.

Prescreve o artigo 219 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".

Por sua vez, prevê o artigo 172 do antigo Código Civil, vigente à época dos fatos:

"Art. 172. A prescrição interrompe-se:

"I – Pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente".

Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a citação válida em processo extinto, sem julgamento do mérito, com exceção dos casos previstos nos incisos II e III do artigo 267 do Código de Processo Civil, interrompe o prazo prescricional.

Nesse mesmo sentido, lecionam os eméritos Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, 7. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 599 e 602:

"Extinção do processo e interrupção da prescrição. Ainda que o processo seja extinto sem julgamento do mérito, tendo sido válida a citação, houve interrupção da prescrição (RTJ 98/213; JSTF 171/187; RTFR 134/3; Tornaghi, Coment., II, 158)".

E:

"Extinção do processo sem julgamento do mérito. Sendo válida, a citação interrompe a prescrição, ainda que posteriormente o processo seja extinto sem julgamento do mérito (RTFR 134/3)".

Colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"Recurso especial. Previdenciário. Processual civil. Prescrição. Interrupção. Ação de revisão de benefício previdenciário.

"Art. 219 do CPC: 'A citação válida interrompe a prescrição ainda que o processo seja extinto sem julgamento do mérito, salvo as hipóteses do art. 267, incisos II e III, do CPC'. Recurso conhecido, mas desprovido" (REsp n. 231314 / RS, rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca).

Também:

"Processual civil. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Prequestionamento. Dissídio configurado. Prescrição. Interrupção. Citação. Extinção do processo sem julgamento de mérito.

"Não há que se falar em omissão no julgado hostilizado, quando a parte, ao interpor embargos declaratórios, não suscita a matéria que pretende ver examinada.

"Inadmissível o recurso especial, quando não ventiladas na decisão recorrida as questões federais suscitadas.

"Modernamente, a citação válida interrompe, não só a prescrição, mas 'todos os prazos extintivos previstos em lei' (CPC, art. 220). Apenas em raros casos isso não será possível. Um deles é a perempção, fenômeno processual resultante da extinção do processo, por três vezes, por negligência do autor que, não promovendo os atos e diligências que lhe competirem, abandonar a causa por mais de trinta dias (CPC, art. 267, III, c/c art. 268, § 1º). *Destarte, em regra, a citação válida interrompe a prescrição, ainda que o processo venha a ser extinto por inépcia da inicial*. Recurso a que se dá provimento" (REsp n. 238222/SP, rel. Ministro Castro Filho) (sem grifo no original).

Ainda:

"Prescrição. Interrupção. Citação havida em ação idêntica anterior, julgada extinta sem conhecimento do mérito.

"A citação válida operada em ação anterior, intentada com o mesmo objetivo, mas julgada extinta por sentença terminativa, tem o efeito de interromper a prescrição. Precedentes. Recurso especial não conhecido" (REsp n. 90454/RJ, rel. Min. Barros Monteiro).

E:

"Processual civil. Interrupção da prescrição. Processo extinto, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade passiva *ad causam*. Interpretação dos arts. 172 e 175 do Código Civil de 1916 e do art. 219 do CPC. Correção monetária dos cruzados novos retidos. Plano Collor. Março de 1990. Segunda demanda, ajuizada contra o Bacen, após cinco anos da primeira ação contra a CEF. Transcurso do prazo prescricional. Decreto n. 20.910/32.

"1. A citação válida em processo extinto, sem julgamento do mérito, excepcionando-se as causas de inação do autor (art. 267, incisos II e III, do CPC), interrompe a prescrição. Precedentes.

"2. Considera-se formalmente válida a citação revestida dos requisitos de modo, tempo e lugar bem como a realizada na pessoa indicada na inicial como o demandado. Deveras, a citação nula, ou seja, eivada de vício formal, não interrompe a prescrição.

"3. Consectariamente, validamente citada pessoa cuja legitimidade seja controversa, havendo, inclusive, aparência de correta propositura, como, *in casu*, não se exclui o efeito interruptivo da prescrição.

"4. A *ratio essendi* dos arts. 172 e 175 do Código Civil revogado e do art. 219 do CPC é a de favorecer o autor diligente na proteção do seu direito.

5. Raciocínio inverso conspiraria contra a dicção do art. 219 do CPC e do art. 172 Código Civil, bem como do art. 175 do CC, o qual preceitua que 'A prescrição não se interrompe com a citação nula por vício de forma, por circunducta, ou por se achar perempta a instância, ou a ação' [...]" (REsp n. 511121/MG, rel. Min. Luiz Fux).

Ademais, vale frisar que o prazo prescricional interrompido pela citação válida somente tem seu curso reiniciado após o trânsito em julgado do processo extinto sem julgamento do mérito.

Extrai-se do Superior Tribunal de Justiça:

"Embargos de declaração. Efeitos modificativos. Contradição. Processual civil. Interrupção da prescrição. Processo extinto, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade passiva *ad causam*. Interpretação dos arts. 172 e 175 do Código Civil de 1916 e do art. 219 do CPC. Correção monetária dos cruzados novos retidos. Plano Collor. Março de 1990. Segunda demanda, ajuizada contra o Bacen, após cinco anos da primeira ação contra a CEF. Transcurso do prazo prescricional. Decreto n. 20.910/32.

[...]

"8. Deveras, o prazo prescricional interrompido pela citação válida somente reinicia o seu curso após o trânsito em julgado do processo extinto sem julgamento do mérito. Tanto mais que, se assim não fosse, a segunda ação também seria extinta por força da litispendência.

"9. Neste sentido, a sábia lição de Cândido Rangel Dinamarco (*in* 'Instituições de Direito Processual Civil'. vol. II, 3. ed., 2002, Malheiros, p. 89), *verbis*: '423. Reinício da fluência do prazo prescricional. Detido o curso do prazo prescricional pela citação, ele não recomeça a fluir logo em seguida, como ocorre nos demais casos de interrupção da prescrição. A citação é uma causa interruptiva diferenciada: segundo o art. 202, par., do Código Civil, a prescrição interrompida por ela só se reinicia depois do último ato do processo para interromper – ou seja, a prescrição se interrompe no momento indicado pelo art. 219 do Código de Processo Civil e seu curso permanece impedido de fluir durante toda a litispendência (sendo extraordinários os casos de prescrição intercorrente, que só se configuram quando a longa paralisação do processo é fruto exclusivo da desídia do demandante). Tendo fim a litispendência pela extinção do processo, o prazo recomeça – e, como é natural às interrupções de prazo, quando a contagem volta a ser feita desconsidera-se o tempo passado antes da interrupção e começa-se novamente do zero (o dia em que o processo se considerar extinto será o *dies a quo* no novo prazo prescricional). Obviamente, se o processo terminar com a plena satisfação do direito alegado pelo credor – contrato anulado pela sentença, execução consumada, bem recebido etc. – nenhum prazo se reinicia, simplesmente porque o direito está extinto e nenhuma ação ainda resta por exercer em relação a ele'.

"10. Consectariamente, em tendo ocorrido o trânsito em julgado da sentença da primeira ação proposta contra a CEF, que foi extinta, sem julgamento do mérito, em 12-5-1998 (fl. 38), a segunda demanda, ajuizada contra o Bacen, em 5-11-1998, não foi atingida pela prescrição qüinqüenal do Decreto n. 20.910/32.

"11. Embargos de declaração com fins modificativos para afastar a prescrição da ação" (EDcl no REsp n. 511121/MG, rel. Min. Luiz Fux).

Dessa forma, levando em consideração que o lapso prescricional para o manejo de ação de execução de nota

promissória é de 3 (três) anos, a contar do vencimento, conforme se depreende do art. 77, c/c os artigos 70 e 71, da Lei Uniforme (Dec. n. 57.663/66) e tendo ocorrido o trânsito em julgado da sentença da primeira execução proposta, que foi extinta, sem julgamento do mérito, em 18-6-97, é de se salientar que a promissória não se encontrava ainda prescrita quando do ingresso da última execução, já que, tendo sido esta ajuizada em 27-4-00, a prescrição somente ocorreria em 18-6-00.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para, reformando a sentença de mérito, julgar improcedentes os embargos, devendo a execucional prosseguir em seus ulteriores termos. Condenam-se os embargantes ao pagamento integral das custas e dos honorários advocatícios arbitrados em R$ 5.000,00 (§§ 3º e 4º, art. 20, CPC).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Gastaldi Buzzi.

Florianópolis, 8 de setembro de 2005.

Alcides Aguiar,
Presidente e Relator.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2005.007755-6, DE BIGUAÇU

Relator designado: Des. Pedro Manoel Abreu

Embargos infringentes. Restituição e repetição do indébito de mensalidades. Prestação de serviços educacionais. Código de Defesa do Consumidor. Devolução dos valores cobrados a mais. Embargos parcialmente acolhidos.

O fato de os alunos terem colado grau, mesmo sabedores do pagamento de valores correspondentes a serviço não prestado pela instituição de ensino, não tem o condão de implicar em possível renúncia daquele crédito (Des. Rui Fortes).

O princípio da autonomia universitária não pode ser utilizado como justificativa para violar outros direitos consti-

tucionalmente 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. 2002.024119-4, de Joaçaba, rel. Des. Volnei Carlin, j. 17-3-05).*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2005.007755-6, da comarca de Biguaçu, em que são embargantes Adelino Senem e outros e embargada Fundação Universidade do Vale do Itajaí – Univali:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso.

Custas de lei.

1. Cuida-se de embargos infringentes opostos por Adelino Senem Cardoso e outros contra acórdão proferido por esta Corte de Justiça em julgamento de recursos de apelação em sede de ação de repetição de indébito que movem os embargantes contra a instituição de ensino, ora embargada.

A colenda Terceira Câmara de Direito Público, ao apreciar os recursos de apelação, decidiu, por unanimidade, rejeitar as preliminares de intempestividade e cerceamento de defesa e, no mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso da Univali e julgar prejudicado o recurso dos autores. Vencido o eminente Des. Rui Fortes que votou no sentido de dar provimento ao recurso dos autores, determinando a devolução em dobro das quantias pagas, e de julgar prejudicado o recurso da Univali.

Inconformados, os embargantes pugnaram pela aplicação do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, ressaltando não se tratar de engano justificável. Ressaltaram a inconsistência da tese de que teriam aceitado passivamente o ilícito administrativo cometido pela embargada. Por fim, requereram a manutenção da sentença proferida em primeiro grau, acrescida da devolução em dobro das quantias pagas indevidamente, nos termos do voto vencido.

Após, foram apresentadas as contra-razões.

Em seu parecer, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela desnecessária intervenção do Ministério Público no feito.

2. Dá-se provimento parcial ao recurso.

2.1. Por diversas oportunidades, o tema da restituição e repetição do indébito do pagamento de mensalidades referentes à prestação de serviços

educacionais já foi alvo de amplos debates nas Câmaras de Direito Público e neste colendo Grupo de Câmaras.

Em que pesem entendimentos contrários e os judiciosos fundamentos da r. decisão proferida pela Terceira Câmara de Direito Público, na qual atuou como relator o eminente Des. Cesar Abreu, vislumbra-se que, de fato, assiste razão, em parte, aos autores/embargantes, pautando-se pelos fundamentos a seguir expostos e na linha de inúmeros precedentes jurisprudenciais desta Corte de Justiça.

Um dos direitos básicos do consumidor, segundo o art. 6º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11-9-1990), é o de proteção contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. E são consideradas abusivas aquelas cláusulas contratuais que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade" (art. 51, inciso IV). Nesse contexto se encontra inserida a cláusula do contrato firmado entre as partes que obriga o acadêmico a pagar mensalidades por créditos de aulas que não recebeu.

Nesse norte, com a devida vênia, transcreve-se excerto do voto vencido do eminente Des. Rui Fortes, entendimento em perfeita consonância com as razões deste voto:

"Dissenti, *data venia*, da douta maioria, por entender que, se os alunos efetuaram o pagamento de créditos mensais extras ao longo de determinado semestre, justo seria o recebimento das aulas correspondentes ou a devolução daquela quantia, sob pena de a instituição de ensino estar locupletando-se ilicitamente. Por esse motivo é que os autores pleitearam a devolução dos créditos correspondentes às aulas não ministradas pela Univali.

"O pleito está fundamentado no fato de não ter ocorrido a prestação do serviço (aulas) na proporção correspondente aos valores mensalmente pagos pelos alunos. Em suma, enquanto os demandantes pagavam por uma quantia correspondente a 20 (vinte) créditos mensais, recebiam a título de serviços o equivalente a 16 (dezesseis) créditos. Tais fatos estão incontroversos nos autos.

"Em contrapartida, nota-se que a instituição recorrente não apresentou qualquer prova convincente acerca dos motivos do cancelamento das aulas correspondentes ao crédito objeto de repetição, ou mesmo as razões da manutenção da cobrança dos 4 (quatro) créditos correspondentes a serviço não prestado. Logo, a Univali não demonstrou o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito dos autores, consoante preconiza o art. 333, II, do CPC.

"Dessa forma, entendo que, demonstrada a cobrança de valor incompatível com o serviço prestado, exsurge o dever de a instituição de ensino devolver o excesso cobrado no passado, consoante dispõem os arts. 964 e 965 do CC/1916. No entanto, tal quantia, em razão de o serviço prestado pela

recorrente ser considerado relação de consumo, estando acobertado pelo Código de Defesa do Consumidor, deve ser devolvida em dobro, conforme preceito insculpido no parágrafo único do art. 42 da Lei n. 8.078/90.

"Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência deste Sodalício:

'Particular – Pagamento de aulas não lecionadas – Pedido de devolução em dobro – Pleito parcialmente procedente para condenar a instituição de ensino a devolver apenas os valores pagos a mais – Recursos interpostos por ambas as partes – Não conhecimento do apelo da ré em razão de sua intempestividade – Conhecimento e provimento do recurso dos autores para condenar a requerida ao pagamento do dobro do valor a ser restituído – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor' (Ap. Cív. n. 2001.019480-5, de Biguaçu, rel. Des. Orli Rodrigues, j. 25-6-02).

"Ainda:

'Direito do consumidor. Ação de repetição de indébito. Prestação de serviços educacionais. Incompatibilidade entre as mensalidades exigidas e a carga horária ministrada. Pagamento indevido comprovado. Dever de reembolso das quantias exigidas a maior.

'Não demonstrada a correspondente prestação dos serviços educacionais, pois a carga horária efetivamente ministrada pela instituição de ensino não atingiu o número de horas de aula previamente contratado pelos alunos, em que pese efetuado o pagamento estipulado nas mensalidades, exsurge o dever de o estabelecimento ressarcir as quantias indevidamente exigidas.

'Prestação de serviços educacionais. Relação de consumo. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Dever de ressarcir em dobro as quantias indevidamente cobradas. Recurso adesivo provido.

'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. 8.078/90, impondo-se a devolução em dobro das quantias exigidas a maior' (Ap. Cív. n. 2000.018418-7, de Biguaçu, rel. Des. Carlos Prudêncio).

"Friso, por fim, que *o fato de os alunos terem colado grau, mesmo sabedores do pagamento de valores correspondentes a serviço não prestado pela instituição de ensino, não tem o condão de implicar em eventual renúncia daquele crédito. Se assim fosse, estar-se-ia impondo dupla penalidade aos alunos; a primeira, centrada na obrigação de permanecerem na universidade mesmo após a conclusão do curso, até que os créditos fossem devolvidos pela Univali, pedido este que jamais seria deferido, consoante resistência verificada nestes autos; a segunda, localizada no fato de que, mesmo concluído o curso superior e impedidos de colarem grau (pois, do contrário, renunciariam aos créditos pagos a mais), estariam abdicando da oportunidade de ingressar no competitivo mercado de trabalho, momento em que, com o próprio esforço, poderiam compensar parcialmente os prejuízos até então sofridos*.

"Diria mais: com todo o respeito aos que sustentam entendimento contrário, penso que *o fato de os alunos terem colado grau independentemente do cumprimento integral da carga horária prevista para o curso nada mais é do que uma infringência administrativa, que deve ser apreciada pelo Ministério da Educação, e não pelo Poder Judiciário.*

"Por estas razões, em síntese, é que proferi voto no sentido de dar provimento ao recurso dos autores e julgar prejudicado o recurso interposto pela Univali" (grifou-se).

Ainda, no julgamento dos Embargos Infringentes n. 2004.002246-8, de Biguaçu, o eminente Des. Vanderlei Romer expôs em suas razões, acompanhadas pelos ilustres Des. Francisco Oliveira Filho, Volnei Carlin e Rui Fortes, que:

"Pelo contexto fático delineado, nota-se que os autores foram levados ao pagamento dessa quantia por acreditarem que a ré cumpriria com sua obrigação, aumentando o número de horas de aula, o que caracteriza, logicamente, o erro no pagamento. A própria universidade, aliás, na contestação, asseverou que faria um levantamento no histórico escolar dos acadêmicos a fim de verificar tais alegações, comprometendo-se a repor as aulas não fornecidas cujos créditos haviam sido pagos.

"Por conseguinte, cuidando-se o contrato de prestação de serviços educacionais em referência, de relação de consumo, a devolução em dobro dos mencionados valores, em conformidade com o parágrafo único do art. 42 do CDC, era medida que se impunha. No que tange à cobrança por engano justificável, o que elidiria a devolução em dobro do *quantum* indevidamente recolhido, ressalva prevista na parte final do dispositivo supracitado; diante da inversão do ônus da prova, autorizada pelo art. 6º, VIII, do CDC, caberia à ré, fornecedora do serviço, demonstrar sua ocorrência, o que, na hipótese, não fez. Pelo contrário, afirmou, *a posteriori*, que a referida cobrança foi justa.

"Na tese vencedora sustentou-se que 'se houve o descumprimento pela Universidade de sua obrigação pedagógica – na medida em que não prestou as horas de aula devidas –, houve também a aceitação posterior, pelos autores, da conduta incriminada. A colação de grau corresponde a uma verdadeira renúncia tácita, inequívoca, do direito perseguido na ação de repetição de indébito' (fl. 385). E, em seguida, anotou-se: 'Não terá, portanto, direito à repetição aquele que deu alguma coisa para receber um benefício, aceitando-o, sem ressalva e com proveito absoluto, ao argumento de que a entrega da prestação foi ilícita. Seria o mesmo que proclamar o direito em favor daquele que se beneficiou com a prática do ilícito administrativo, autorizando, ainda, sem o desfazimento do ato, a repetição daquilo que desembolsou para obtenção desse proveito' (fl. 386).

"Com efeito, os recorrentes, como comprova o documento de fls. 68 a 75, demonstraram que não permaneceram inertes à cobrança reputada indevida, solicitando ao presidente da

entidade representativa estudantil que apurasse tais irregularidades.

"Ademais, não se pode argumentar que sua colação de grau implicaria renúncia ao direito à repetição. O fato é que lhes foram cobrados créditos excedentes às aulas prestadas, situação que fora por eles contestada, esperando os acadêmicos que a universidade tomasse as providências necessárias, quais sejam, devolvesse os respectivos valores ou fornecesse as aulas. Seria inconcebível cogitar que os autores, para ajuizarem a presente *actio*, não pudessem colar grau; com isto, estar-se-ia, na verdade, punindo-os duplamente, porquanto, mesmo efetuando pagamento superior ao efetivamente devido, estariam – salvo se renunciassem ao direito à repetição – impossibilitados de colar grau, não adquirindo, assim, o título de bacharel em direito a que reconhecidamente faziam *jus".*

Nessa senda, 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. 2002.024119-4, de Joaçaba, rel. Des. Volnei Carlin, j. 17-3-05).

2.2. Uma vez caracterizada a relação de consumo existente entre os alunos/autores e a instituição de ensino, afastada a tese de que o fato da colação de grau importaria em renúncia ao direito de repetição do indébito, necessário tratar da questão da devolução em dobro das quantias pagas indevidamente.

Nesse ponto, passo a declarar voto vencido, por entender merecedora de reparo a decisão monocrática, ora restabelecida.

O Magistrado de origem reconheceu o direito à restituição, mas não em dobro, argumentando que não ficou demonstrada a hipótese assentada no *caput* do art. 42 do CDC, qual seja, exposição do consumidor inadimplente ao ridículo, ou sua submissão a constrangimento ou ameaça, entendendo, ainda, que o engano na cobrança foi perfeitamente justificado.

A meu ver, o contrato de prestação de serviços educacionais firmado entre os litigantes trata-se de relação de consumo, regido, portanto, pelos ditames do Código de Defesa do Consumidor, conforme já mencionado.

Prescreve o referido diploma:

"Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

"Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso,

acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável".

A repetição de indébito aqui tratada representa, de um lado, a mera reposição do *quantum* justo e efetivamente devido (restituição dos valores pagos indevidamente) e, de outro, a indenização pelo dano causado pela cobrança a mais (restituição em dobro).

O *caput* do art. 42 do CDC prevê o princípio geral aplicado a todas as cobranças de débitos resultantes de relações de consumo, não se confundindo, portanto, com o direito à devolução dos valores pagos em excesso. A devolução em dobro é garantida a todos os consumidores que tenham pago quantia indevida, não tendo, para tanto, por ocasião da cobrança, de ser expostos ao ridículo ou submetidos a constrangimento ou ameaça. Elidindo-se a parcela indenizatória, e somente esta, na hipótese de engano justificável, conforme estabelecido na parte final do dispositivo.

Diante da inversão do ônus da prova, autorizada pelo art. 6º, VIII, do CDC, caberia à ré, fornecedora do serviço, demonstrar a ocorrência de engano justificável na cobrança indevida, o que, no caso, não o fez. Pelo contrário, asseverou que a referida cobrança foi justa, uma vez que os serviços educacionais referentes aos créditos pagos foram efetivamente prestados.

Salienta-se que o Código de Defesa do Consumidor não exige, para a devolução em dobro, apenas a má-fé na cobrança; esta devolução é devida ainda que tenha havido culpa, ou seja, exige apenas que se cobre indevidamente sem uma justificativa plausível para tanto, diferentemente, portanto, da previsão do art. 1.531 do Código Civil de 1916.

Logo, presente a hipótese prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC, entendi que os autores teriam direito à devolução em dobro da quantia paga em excesso à instituição de ensino.

Nesse norte, confira-se julgado deste Tribunal, já citado anteriormente:

"Apelação cível. Ação de repetição de indébito. Contrato de prestação de serviços educacionais. Fundação Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Conjunto probatório suficiente ao convencimento do magistrado. Correta apreciação das provas produzidas. Prazo de decadência do art. 26, II, do CDC. Inaplicabilidade por tratar-se de desvio de contrato em razão de cobrança indevida, e não vício de serviço. Incidência da prescrição vintenária prevista no Código Civil de 1916. Norma mais benéfica. Impossibilidade de compensação ante a ausência de certeza e liquidez da dívida. Preliminares rejeitadas. Desproporcionalidade entre as mensalidades cobradas e as aulas ministradas. Créditos pagos a maior. Engano justificável não demonstrado. Restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente. Art. 42, parágrafo único, do CDC. Recurso dos autores provido. Recurso da Univali desprovido" (Ap. Cív. n. 2002.007206-6, de Biguaçu, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 9-10-2003).

E mais:

"Direito do consumidor. Ação de repetição de indébito. Prestação de serviços educacionais. Incompatibilidade entre as mensalidades exigidas e a carga horária ministrada. Pagamento indevido comprovado. Dever de reembolso das quantias exigidas a maior.

"Não demonstrada a correspondente prestação dos serviços educacionais, pois a carga horária efetivamente ministrada pela instituição de ensino não atingiu o número de horas de aula previamente contratado pelos alunos, em que pese efetuado o pagamento estipulado nas mensalidades, exsurge o dever do estabelecimento ressarcir as quantias indevidamente exigidas.

"Prestação de serviços educacionais. Relação de consumo. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Dever de ressarcir em dobro as quantias indevidamente cobradas. Recurso adesivo provido.

"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. 8.078/90, impondo-se a devolução em dobro das quantias exigidas a maior" (Ap. Cív. n. 2000.018418-7, de Biguaçu, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 2-10-2001).

Na mesma senda:

"Repetição de indébito – Fundação Universidade do Vale do Itajaí – Mensalidades – Carga horária de disciplinas – Créditos cobrados e não lecionados – Autonomia universitária – Inteligência do artigo 207 da Carta Magna – Proteção ao consumidor – Artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da Constituição da República Federativa do Brasil – Relação de consumo – Prática abusiva – Artigo 6º, inciso IV, da Lei n. 8.078/90.

"Não se deve afastar a aplicação da norma constitucional que trata da autonomia universitária, no entanto, impõe-se concluir que atuar com autonomia não significa atingir direitos dos consumidores consagrados em mesmo grau hierárquico.

"Provada a cobrança de valores indevidos dos autores que, ao cursarem as disciplinas do 5º (quinto) e 6º (sexto) períodos, pagaram *quantum* superior ao número de créditos que foram efetivamente lecionados, resta configurada a prática abusiva, consoante o disposto no artigo 6º, inciso IV, da Lei n. 8.078/90.

"Restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente – Artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

"Tratando-se de cobrança extrajudicial e de típica relação de consumo, e não tendo a fornecedora do serviço provado hipótese de engano justificável, mostra-se devida a repetição em dobro da quantia indevida" (Ap. Cív. n. 2002.007205-8, de Biguaçu, rel. Des. Volnei Carlin, j. 4-9-2003).

"Ação de repetição de indébito – Julgamento antecipado – Possibilidade – Cerceamento de defesa inocorrente

– Decadência prevista no art. 26, II, do CDC – Inaplicabilidade ao caso – Prestação de serviços educacionais por universidade – Aulas pagas e não ministradas – Cobrança indevida – Engano injustificado – Créditos pagos a maior – Restituição – Recurso desprovido.

"Não ocorre cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide quando há nos autos prova documental suficiente para formar o convencimento do julgador, mormente quando o próprio réu não nega os fatos narrados pelo autor, embora sustente conseqüência jurídica distinta.

"O prazo decadencial de noventa dias previsto no art. 26, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor é aplicável à reclamação por vício aparente ou de fácil constatação no fornecimento de serviço ou de produto durável, de modo que não se aplica à ação de repetição de indébito destinada a reaver quantias pagas por aulas que não foram ministradas pela instituição educacional. Inexistindo prazo decadencial estabelecido em lei, a prescrição correspondente da ação movida sob a égide do Código Civil de 1916 é vintenária.

"Tendo a Universidade cobrado mensalidades com base em créditos que previam número de aulas superior às que efetivamente foram ministradas, deve restituir os valores desembolsados pelo aluno, eis que indevidamente pagos a maior, não cabendo invocar, aqui, a globalidade do proveito acadêmico para a sua formação, já que o direito a receber o serviço educacional no montante contratado é protegido pelo Código de Defesa do Consumidor" (Ap. Cív. n. 2003.022009-7, de Biguaçu, rel. Des. Jaime Ramos, j. 31-8-2004).

2.3. O MM. Juiz condenou a Universidade a restituir à autora a quantia de R$ 17.472,00, com juros de mora e correção monetária calculados a partir do ajuizamento da ação (dezembro de 2001), o que é incorreto, primeiro, porque a atualização monetária incide a partir do vencimento de cada mensalidade e os juros de mora são devidos somente a partir da citação, já que é ela que torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor (art. 219 do Código de Processo Civil).

Assim é que, de ofício, corrige-se a parte dispositiva da sentença para que a condenação da ré tenha por base os valores das mensalidades, que foram pagos a mais, com a correção monetária pelo INPC a partir do vencimento de cada mensalidade e os juros legais de mora (0,5% ao mês) desde a data da citação válida.

2.4. Mantém-se a condenação da ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da condenação, com base no art. 20, § 3º, do CPC, de acordo com o estabelecido na sentença.

Por esses fundamentos, acolhem-se parcialmente os embargos infringentes a fim de, nos termos do voto vencido, reformar o acórdão prolatado pela colenda Terceira Câmara de Direito Público para restabelecer a sentença proferida em primeiro grau, determinando a devolução do valor pago com atualização monetária a partir do efeti-

vo desembolso e juros de mora a contar da data da citação da ré. Prejudicado o recurso da instituição de ensino. Fiquei vencido quanto à devolução em dobro dos valores exigidos a mais.

3. Por todo o exposto, dá-se provimento parcial aos embargos infringentes, por maioria de votos, a fim de determinar a devolução do valor pago com atualização monetária a partir do efetivo desembolso e juros de mora a partir da citação. Vencidos os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto, Luiz Cézar Medeiros, Cesar Abreu e Francisco Oliveira Filho que negavam provimento aos embargos infringentes. Quanto à devolução do valor em dobro, ficaram vencidos os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu, Volnei Carlin, Vanderlei Romer e Rui Fortes.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto, Volnei Carlin, Luiz Cézar Medeiros, Vanderlei Romer, Rui Fortes, Cesar Abreu e Nicanor da Silveira. Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Antenor Chinato Ribeiro.

Florianópolis, 14 de setembro de 2005.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto vencido;
Pedro Manoel Abreu,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto

1. Quando à questão principal, divergi da douta maioria pelos fundamentos que constam do acórdão embargado, da lavra do eminente Desembargador Pedro Manoel Abreu (fls. 1.005 a 1.018); em relação à restituição em dobro da quantia cobrada dos autores pela Fundação Universidade do Vale do Itajaí – Univali, pelas razões que passo a expor.

Prescreve o Código de Defesa do Consumidor:

"Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

"Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável".

A respeito da matéria, da jurisprudência colaciono os julgados que seguem:

"O art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor não se aplica quando o objeto da cobrança está sujeito à controvérsia na jurisprudência dos Tribunais" (REsp n. 528.186, Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

"No caso, não cabe a restituição em dobro, na guarida do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, ausentes os seus pressupostos, considerando que o tema dos juros e encargos cobrados pelas instituições financeiras tem suscitado controvérsia judicial, até hoje submetida a

incidência do Código de Defesa do Consumidor nas operações bancárias ao exame do Supremo Tribunal Federal" (REsp n. 505.734, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

"Além disso, a repetição deve ser feita de forma simples, não em dobro, posto que inaplicável o disposto no parágrafo único do artigo 42 do CDC, porque a repetição dobrada somente beneficia o consumidor inadimplente exposto ao ridículo ou de qualquer modo constrangido ou ameaçado" (TRF 4ª R., AC n. 2003.04.01.025863-3, Juíza Vânia Hack de Almeida).

"Entende-se aplicável a repetição do indébito em dobro, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, tão-somente naquelas hipóteses em que há prova de que o credor agiu com má-fé, nos contratos firmados no âmbito do SFH" (TRF 4ª R., AC n. 2000.71.00.017844-9, rel. Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon).

"1. A cobrança de dívida já paga não rende ensejo à dobra do valor cobrado em excesso ou a maior quando não comprovada a má-fé de quem exige a dívida.

"2. Não provada a má-fé de quem cobra dívida já paga em parte, sem ressalvar a parte recebida, não tem cabimento a restituição em dobro disciplinada pelo parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor" (TJDF, Ap. Cív. n. 2003.061008550-5, rel. Des. João Batista Teixeira).

"A penalidade prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC tem como pressuposto a falha no serviço de cobrança nos contratos regidos pelo diploma legal referido, não incidindo quando fulcrada em cláusula contratual posteriormente considerada abusiva pelo poder judiciário" (TJDF, AC n. 2003.071011337-5, rel. Des. Carmelita Brasil).

"O parágrafo único do art. 42 do CDC não exige a prova do pagamento com erro, bastando a cobrança de quantia indevida para possibilitar a devolução do excesso, que deverá ser igual ao pago a maior e não em dobro, uma vez ausente a má-fé do apelante, que apenas repassou os encargos" (TJRS, AC n. 70007532013, rel. Des. Paulo Augusto Monte Lopes).

No mesmo sentido é a lição de Arruda Alvim:

"Todavia, se nos afigura muito difícil, principalmente tendo em vista o vulto que pode ser atingido por determinadas cobranças, que a jurisprudência venha a entender que somente causas objetivas (como, por exemplo, o citado equívoco bancário) poderão evitar a restituição em dobro do indevidamente pago, desprezando-se sempre o elemento subjetivo (boa-fé).

"Parece-nos, na verdade, que em uma e outras hipóteses ('boa fé' e 'engano justificável') têm um alcance equivalente, de forma que, incorrendo o fornecedor em erro escusável, não lhe deverá ser aplicada a sanção pecuniária prevista no parágrafo único, deste artigo, bastando-lhe é claro devolver ao consumidor, monetariamente corrigida, a quantia indevidamente cobrada" (Código do consumidor comentado, RT, 2. ed., 1995, p. 224 e 225).

2. No caso em exame, não há prova de que os autores foram expostos ao ridículo ou de qualquer modo constrangidos a efetuar o pagamento da dívida. Cumpre destacar que o pagamento não se deu no último ano letivo, ou seja, nem mesmo possível preocupação com a possibilidade de não obterem o diploma poderia constituir indireto meio coercitivo de cobrança.

Só o fato de quatro, dentre nove desembargadores, reconhecerem que a cobrança foi lícita revela a ausência de má-fé por parte da credora.

3. É o que tinha a declarar.

Newton Trisotto

Declaração de voto vencido do Exmo Sr. Des. Luiz Cézar Medeiros

Ementa aditiva:

Ensino superior – Contrato de prestação de serviços educacionais – Horas de atividade inferiores à prevista – Ação de repetição de indébito – Pedido julgado improcedente.

'"Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para receber um benefício, aceitando-o, sem ressalva e com proveito absoluto, ao argumento de que a entrega da prestação foi ilícita. Seria o mesmo que proclamar o direito em favor daquele que se beneficiou com a prática do ilícito administrativo, autorizando, ainda, sem o desfazimento do ato, a repetição daquilo que desembolsou para obtenção desse proveito' (Ap. Cív. n. 2001.009182-8, rel. Des. Cesar Abreu)" (EI n. 2004.002246-8, rel. Des. Newton Trisotto).

O Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, no julgamento dos Embargos Infringentes n. 2004.002246-8, adotando o voto do Des. Cesar Abreu, proferido na Apelação Cível n. 2001.009182-8, exauriu a matéria e deu o equacionamento que se conforma integralmente com o meu entendimento. Por estas razões, como substrato de minha razão de decidir, adoto a fundamentação e os argumentos consignados por Sua Excelência:

"Consta do acórdão embargado:

'Pois bem, cuida-se no caso de ação de repetição de indébito proposta por acadêmicos do Curso de Direito que tiveram diminuídos em sua carga horária alguns créditos sem que tivesse ocorrido, em contrapartida, a redução das mensalidades escolares.

'Argumenta a Universidade que, com o julgamento antecipado, houve cerceamento de defesa. Entretanto, essa argüição mostra-se insubsistente, eis que a hipótese não é isolada, havendo nos autos, de outra parte, elementos e documentos suficientes para a prolação da tutela jurisdicional, sendo despicienda a dilação probatória.

'Aplica-se aqui a orientação jurisprudencial no sentido de que 'o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento' (REsp n. 66.632/SP, rel. Min. Vicente Leal, DJU de 18-6-2001, p. 199).

'De outro vértice, afirmou a apelante que os requerentes gozavam de situações distintas, havendo que se apreciar caso a caso. No entanto, nada consta a respeito na peça defensiva, sendo inadmissível sua argüição somente agora, em grau recursal, para alicerçar pedido de nulidade da decisão por omissão na apreciação de documentos.

'Ademais, se não sob a ótica enfocada, repito, apenas na apelação, o Togado *a quo* certamente apreciou a documentação carreada, tanto que consignou que todos os documentos juntados comprovam os fatos alegados pelas partes.

'No mérito, consta da Portaria n. 1.886, de 30 de dezembro de 1994, do Ministério da Educação e do Desporto, em seu art. 1º, que 'o curso jurídico será ministrado no mínimo de 3.300 horas de atividades, cuja integralização se fará em pelo menos cinco e no máximo oito anos letivos'.

'Ampliando essa exigência, a Univali ao apresentar sua proposta pedagógica fixou a grade curricular em 11 (onze) semestres letivos, com uma carga horária total de 3.390 horas de aula, contemplando todas as disciplinas oriundas das categorias de matérias fundamentais e profissionalizantes, preconizadas na Portaria Ministerial antes referida (art. 6º).

'A Universidade com essa proposta pedagógica propõe-se a habilitar o acadêmico ao exercício de profissão liberal. A diplomação depende, entretanto, do atendimento do número de horas de aula exigidas.

'Realizou-se, assim, um contrato de prestação de serviços em que a Universidade se propõe a ministrar 3.390 horas de aula, conferindo ao acadêmico o diploma ao final do curso, sendo obrigação deste, durante todo o período letivo, o pagamento das mensalidades escolares que se relacionam com os créditos ministrados a cada semestre.

'A colação de grau depende do atendimento desses requisitos, aliás, impostos pelo Ministério da Educação como pressuposto ao exercício da profissão.

'A Universidade, em contestação, argumenta no sentido de que se não foram ministradas as aulas regulamentares a solução seria a reposição das horas de aula faltantes, nunca a devolução em dinheiro, mesmo porque com esse pedido o contrato de prestação de serviço de ensino não se completaria, impedindo a colação de grau ao final do curso.

'Ocorre que foi proposta ação de repetição de indébito, vale dizer, ação para devolução dos valores percebidos sem a contraprestação devida.

'A demanda foi instaurada quando os autores ainda cursavam a faculdade. Tratando-se de demanda pessoal, a prescrição segue as disposições do art. 177 do CC, sendo, portanto, vintenária.

'Mas não é esta a questão fundamental.

'Ocorreu, a toda evidência, na fundamentação dos autores, uma que-

bra no programa pedagógico na medida em que não foi alcançado o objetivo do semestre letivo, correspondente ao 5º período. Houve um déficit nos créditos necessários a sua regular conclusão.

'Essa circunstância, entretanto, não comprometeu o avanço curricular, tendo os autores, sem qualquer impedimento ou obstáculo ao término da prorrogação acadêmica, alcançado a colação de grau, a que tudo leva a crer, pelo menos é o que registra a sentença (fl. 197).

'Há aqui, obviamente, um ilícito administrativo pedagógico.

'A sentença impugnada, no particular, entendeu que não era sua a obrigação, mas administrativa, de âmbito interno da Universidade, do exame da possibilidade ou não da conclusão do curso de graduação, pelos créditos não realizados. Assiste-lhe, em parte, razão.

'Não competia ao Togado, nos limites da ação proposta, tratar da colação de grau e do atendimento dos requisitos a ela inerentes.

'Entretanto, não podia olvidar que a questão apresenta-se relevante para a solução da controvérsia, diante da circunstância principiológica de que não cabe ao Judiciário emprestar seu braço forte em apoio de quem cometeu ou coonestou com a prática de um fato ilícito.

'In casu, se houve o descumprimento pela Universidade de sua obrigação pedagógica – na medida em que não prestou as horas de aula devidas –, houve também a aceitação posterior, pelos autores, da conduta incriminada. A colação de grau corresponde a uma verdadeira renúncia tácita, inequívoca, do direito perseguido na ação de repetição de indébito.

'Oswaldo Opitz e Silva Opitz, em obra intitulada Mora no Negócio Jurídico (Saraiva, 2. ed., 1984, p. 40), assinala que 'a declaração de vontade 'tácita' pode ser induzida de atos positivos do renunciante, como quando este procede de maneira incompatível com a sua posição de titular de direito. Excepcionalmente, a renúncia também pode ser induzida do silêncio'.

'Clóvis Beviláqua (*in* Direito das Obrigações, 2. ed., Livraria Magalhães, Bahia, p. 165), ao tratar da remissão e renúncia da dívida, esclarece:

'Remissão é perdão, liberação graciosa da dívida. Poderá ser feita pela entrega, ao devedor, do título constitutivo da obrigação ou por outro qualquer modo capaz de traduzir a vontade de desobrigar o devedor, por se despir o credor dos atributos que lhe davam direito a exigir a execução da obrigação.

'Renúncia da dívida é o ato pelo qual o credor abre mão de seu direito, ou substituindo-o por outro, e, neste caso, será um contrato oneroso, ou sem indenização alguma, e, então, será um ato de liberalidade.

'Remissão e renúncia gratuita importam no mesmo quanto a seus resultados, extinguindo-se por elas as dívidas como se tivesse efetuado o pagamento'.

'Ora, com a ação de repetição de indébito os autores pretendiam a devolução do dinheiro desembolsado por ausência da contraprestação respectiva. No espectro dessa demanda restaria à Universidade a obrigação de oportunizar a concretização desses créditos não ministrados, para o efeito da regular conclusão do curso.

'A demora da demanda fez surgir um fato novo – que não deve ser desconsiderado, qual seja, a colação de grau, sem ressalvas por parte da Universidade ou dos autores.

'Cumpria então aos autores resistirem à colação de grau, por desatendida uma exigência legal e regulamentar, por não satisfeitas as 3.390 horas de atividades pedagógicas.

'O artigo 971 do Código Civil pode e deve ser invocado, pelos princípios aos quais está vinculado.

'Diz o dispositivo que não pode repetir aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei.

'Manuel Inácio de Carvalho Mendonça (*in* Doutrina e Prática das Obrigações, Tomo I, Rio de Janeiro : Forense, 1956, p. 500) consigna:

'A solução romana tem sido geralmente repelida pelos Códigos modernos. Ali havia distinções na repetição da prestação feita por coisa futura, mas ilícita, *ob turpem causam*.

'Com efeito, se a *turpitudo* só existia em quem recebeu *turpiter receptum* a repetição tinha lugar. Se existisse no *tradens* alguma desonestidade *turpiter datum* a repetição não se dava, mesmo quando o *recipiens* também a tivesse.

'As legislações modernas não distinguem. A repetição é negada a quem quer que tenha dado coisa para obter fim ilícito e o *accipiens* que por ele recebeu é equiparado a quem recebe de má-fé e como tal tratado.

'A esse caso é em tudo equiparado o da dívida de jogo, que não poderá ser repetida'.

'Essa verdade denunciada por Carvalho de Mendonça traduz-se no tradicional princípio, consagrado em todos os tempos, de que ninguém pode ser atendido invocando a própria torpeza: *nemo auditur propriam turpiditudinem allegans.*

'A conivência com a falta, manifestada inequivocadamente pela colação de grau, exclui a possibilidade de quem assim age contar com o auxílio do direito. Não terá, portanto, direito à repetição aquele que deu alguma coisa para receber um benefício, aceitando-o, sem ressalva e com proveito absoluto, ao argumento de que a entrega da prestação foi ilícita. Seria o mesmo que proclamar o direito em favor daquele que se beneficiou com a prática do ilícito administrativo, autorizando, ainda, sem o desfazimento do ato, a repetição daquilo que desembolsou para obtenção desse proveito.

'Portanto, a repetição implicaria em desfazer.

'Não se pode pretender repetição do indébito sem desfazimento do ato jurídico, no caso, a colação de grau'.

Concordo com os fundamentos reproduzidos, os quais adoto, e nego provimento ao recurso".

Por essas razões é que ousei divergir da douta maioria e votar no sentido de negar provimento ao recurso.

Luiz Cézar Medeiros

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu

Divergi da douta maioria e votei no sentido de negar provimento aos embargos infringentes pelas mesmas razões declinadas no voto de fls. 941 a 949.

Cesar Abreu

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho

Quedei vencido (fl. 1.004), subscrevendo, por brevidade, as considerações dos eminentes Des. Newton Trisotto (fls. 1.020 a 1.022); Des. Luiz Cézar Medeiros (fls. 1.024 a 1.028) e Des. Cesar Abreu (fl. 1.030), as quais incorporo a esta manifestação.

Esses os motivos da divergência.

Francisco Oliveira Filho

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu

1. Ousei dissentir da douta maioria por entender ser aplicável, na espécie, a devolução em dobro das quantias pagas indevidamente, nos termos do item 2.2 da fundamentação do acórdão de fls. 1.005 a 1.018.

Pedro Manoel Abreu

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin

Divergi da douta maioria e fiquei vencido, votando no sentido de promover a devolução em dobro dos valores indevidamente pagos, pelas mesmas razões já expostas pelo Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, no item 2.2 do voto de fls. 1.005 a 1.028.

Volnei Carlin

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer

Dissenti da maioria por entender que os presentes embargos infringentes devem ser providos para a condenação da ré ao pagamento em dobro dos valores indevidamente recolhidos.

Isso porque ficaram amplamente comprovados nos autos a cobrança indevida pela instituição de ensino e o respectivo pagamento pelos autores, que recolheram mensalidades correspondentes a 20 créditos, quando lhes foram ministradas, tão-somente, aulas equivalentes a 16 créditos.

A propósito, veja-se a declaração de voto vencido que proferi nos autos dos Embargos Infringentes n. 2004.002246-8, de Biguaçu, caso análogo ao presente. A saber:

"Pois bem. Pelo contexto fático delineado, nota-se que os autores foram levados ao pagamento dessa quan-

tia por acreditarem que a ré cumpriria com sua obrigação, aumentando o número de horas de aula, o que caracteriza, logicamente, o erro no pagamento. A própria universidade, aliás, na contestação, asseverou que faria um levantamento no histórico escolar dos acadêmicos a fim de verificar tais alegações, comprometendo-se a repor as aulas não fornecidas cujos créditos haviam sido pagos.

"Por conseguinte, cuidando-se o contrato de prestação de serviços educacionais em referência, de relação de consumo, a devolução em dobro dos mencionados valores, em conformidade com o parágrafo único do art. 42 do CDC, era medida que se impunha. No que tange à cobrança por engano justificável, o que elidiria a devolução em dobro do *quantum* indevidamente recolhido, ressalva prevista na parte final do dispositivo supracitado; diante da inversão do ônus da prova, autorizada pelo art. 6º, VIII, do CDC, caberia à ré, fornecedora do serviço, demonstrar sua ocorrência, o que, na hipótese, não fez. Pelo contrário, afirmou, *a posteriori*, que a referida cobrança foi justa.

"Na tese vencedora sustentou-se que 'se houve o descumprimento pela Universidade de sua obrigação pedagógica – na medida em que não prestou as horas de aula devidas –, houve também a aceitação posterior, pelos autores, da conduta incriminada. A colação de grau corresponde a uma verdadeira renúncia tácita, inequívoca, do direito perseguido na ação de repetição de indébito' (fl. 385). E, em seguida, anotou-se: 'Não terá, portanto, direito à repetição aquele que deu alguma coisa para receber um benefício, aceitando-o, sem ressalva e com proveito absoluto, ao argumento de que a entrega da prestação foi ilícita. Seria o mesmo que proclamar o direito em favor daquele que se beneficiou com a prática do ilícito administrativo, autorizando, ainda, sem o desfazimento do ato, a repetição daquilo que desembolsou para obtenção desse proveito' (fl. 386).

"Com efeito, os recorrentes, como comprova o documento de fls. 68 a 75, demonstraram que não permaneceram inertes à cobrança reputada indevida, solicitando ao presidente da entidade representativa estudantil que apurasse tais irregularidades.

"Ademais, não se pode argumentar que sua colação de grau implicaria renúncia ao direito à repetição. O fato é que lhes foram cobrados créditos excedentes às aulas prestadas, situação que fora por eles contestada, esperando os acadêmicos que a universidade tomasse as providências necessárias, quais sejam, devolvesse os respectivos valores ou fornecesse as aulas. Seria inconcebível cogitar que os autores, para ajuizarem a presente *actio*, não pudessem colar grau; com isto, estar-se-ia, na verdade, punindo-os duplamente, porquanto, mesmo efetuando pagamento superior ao efetivamente devido, estariam – salvo se renunciassem ao direito à repetição – impossibilitados de colar grau, não adquirindo, assim, o título de bacharel em direito a que reconhecidamente faziam *jus*".

Essas são, em síntese, as razões que me levaram a dissentir da douta maioria.

Vanderlei Romer

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Rui Fortes

Dissenti, *data venia*, da douta maioria, pelos mesmos fundamentos sustentados pelo eminente Des. Pedro Manoel Abreu, no item 2.2 do acórdão de fls. 1.005 a 1.018.

Rui Fortes

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2004.022725-6, DE JOAÇABA

Relator designado: Des. Newton Trisotto

Direito ambiental – Ação civil pública – Edificação de prédio à margem de rio – Distância prevista no Código Florestal não respeitada – Pedido de demolição – Conversão em indenização – Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – Embargos infringentes providos.

Não há razão de direito que justifique a demolição de prédio destinado à exploração de supermercado tão-somente por não ter sido respeitada a distância da margem de rio prevista no art. 2º do Código Florestal (Lei n. 4.771, de 1965), se: a) foi edificado com licença do município, observada a sua legislação, e em local onde já havia outra construção; b) do total da área tida como de preservação permanente (1.320m²) apenas foram invadidos 44m²; c) não havia mata ciliar a ser preservada.

Se da demolição do prédio nenhum benefício resultar ao meio ambiente e, por via de conseqüência, à sociedade, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e também a teoria do fato consumado, positivada nos arts. 1.258 e 1.259 do Código Civil, autorizam a conversão da obrigação de fazer (demolição) em obrigação de dar (indenização). O quantum *do prejuízo que suportaria o dono do prédio com a sua demolição parcial deve ser transmudado em indenização a ser aplicada na recuperação da mata ciliar, destinatária da tutela judicial reclamada pelo autor na demanda aforada.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2004.022725-6, da comarca de Joaçaba (1ª Vara Cível), em que

é embargante Octaviano Zandonai & Cia. Ltda. e embargado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por maioria de votos, dar provimento ao recurso.

Sem custas.

I – Relatório

O representante do Ministério Público aforou ação civil pública contra o município de Joaçaba e a empresa Octaviano Zandonai & Cia. Ltda.

O litígio tem origem na construção de prédio destinado à exploração de supermercado, segundo o autor, com infringência ao art. 2º do Código Florestal (Lei n. 4.771/65).

Julgado improcedente o pedido, o demandante interpôs tempestiva apelação, provida pela Segunda Câmara de Direito Público. Na ementa do acórdão, inscreveu o relator Desembargador Francisco Oliveira Filho:

"'A União fica adstrita à edição de normas gerais, embora nem sempre seja claro em que se distinguem as normas gerais das não gerais. Essa legislação da União não exclui o poder dos Estados e do Distrito Federal, suplementarmente, de disporem sobre a mesma matéria. Deve-se entender por suplementarmente o seguinte: na inexistência de lei federal os Estados e o Distrito Federal legislarão livremente, sem restrições. A sobrevinda, contudo, ou a preexistência de uma lei federal sobre a matéria só tornam válidas as disposições que não contrariem as normas gerais da União' (Bastos, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 22. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 306).

'O ato de invalidação incide sobre um ato administrativo inválido, isto é, produzido sem a devida atenção ao ordenamento jurídico. O objeto do ato de invalidação é, comumente, um ato administrativo ilegal e eficaz, de natureza abstrata ou concreta' (Gasparini, Diógenes. Direito administrativo. 6. ed. rev., atual. e aum., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 104 a 106).

'Na proteção ao meio ambiente não se requisita tombamento patrimonial ou dominialidade pública como condição da ação, mas apenas a existência de interesse público na sua preservação. Da mesma forma, basta a probabilidade de dano (visa impedir), não sendo lógico esperar sua ocorrência para depois reprimi-lo"' (Ap. Cív. n. 1998.000924-3, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Pelas razões expostas na ementa aditiva, divergi da douta maioria:

"'A invasão de área mínima de terreno, com a construção concluída de valioso prédio, resolve-se com a indenização e não com a demolição' (REsp n. 77.712, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar). Essa solução – incorporada ao Código Civil (arts. 1.258 e 1.259) –, calcada no princípio da razoabilidade, é aplicável também às questões relativas ao meio ambiente. Não se justifica a demolição de prédio edificado com au-

torização do Município, às margens de rio, se nenhum benefício direto e imediato resultar ao meio ambiente. O *quantum* do prejuízo que suportaria o dono da obra com a sua demolição parcial deve ser convertido em indenização e aplicado em obras de recuperação da mata ciliar que com a ação o autor buscava proteger" (fls. 390 a 393).

Inconformada, a vencida formulou tempestivos embargos infringentes (fls. 425 a 433).

O embargado deixou transcorrer *in albis* o prazo para responder ao recurso (fl. 437).

Para a Procuradora de Justiça Hercília Regina Lemke, impõe-se a manutenção do *decisum*.

II – Voto

1. Reafirmo os fundamentos do voto vencido:

"1. Nos perímetros urbanos de centenas de cidades brasileiras foram construídas avenidas às margens dos rios. Como exemplo, cito a bucólica e maravilhosa cidade de Blumenau.

"É certo que esse fato não legitima a ação da apelada. Nos casos em que a construção é clandestina, tenho-me manifestado pela sua demolição (Apelações Cíveis n. 1996.012388-1 e 1996.009712-0). Não raro, o rigor se justifica até mesmo para inibir a prática de atos prejudiciais ao meio ambiente. No entanto, 'em direito não há lugar para absolutos', no expressivo dizer de Teori Albino Zavascki (Antecipação da tutela, Saraiva, 1999, 2. ed., p. 152) e não se pode ignorar a lição contida em vetusto brocardo jurídico: *summum jus*, *summa injuria*.

"2. *In casu*, como fatos incontroversos extrai-se dos autos que: a) a apelada edificou o prédio com autorização do Município; b) parte do prédio está localizada em área de preservação permanente assim definida no Código Florestal (Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, art. 2º, *a,* I); c) há dezenas ou centenas de outros prédios construídos às margens do Rio do Peixe sem a observância da distância de trinta metros das suas margens (o que é público e notório, e revelam as fotografias – fls. 149 a 151); d) construiu a apelada em local em que já havia outro prédio; e) nenhuma árvore foi abatida.

"A demolição de parte do prédio causará à apelada prejuízo de elevada monta, sem nenhum benefício direto e/ou imediato ao meio ambiente. À vista das peculiaridades do caso, penso que a conversão da obrigação de demolir o prédio em indenização mais se harmoniza com os princípios de Justiça e com os objetivos finalísticos de toda a legislação relativa ao meio ambiente, solução sugerida pelo patrono da apelada nos memoriais apresentados e na tribuna, quando do julgamento do recurso.

"O *quantum* da indenização deverá corresponder ao valor do prejuízo que sofreria a apelada com a demolição de parte do prédio e deverá ser inteiramente aplicada na restauração parcial da mata ciliar às margens do Rio do Peixe.

"Há precedentes dos tribunais pátrios que, conquanto não se refiram expressamente a questões relacionadas ao meio ambiente, respaldam essa solução:

'A invasão de área mínima de terreno, com a construção concluída de valioso prédio, resolve-se com a indenização e não com a demolição' (REsp n. 77.712, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

'Se a obra é de notório interesse público, não se justifica a sua demolição uma vez já concluída. É judiciosa a sentença que manda indenizar a área invadida e adjudica esta à nunciada' (Ap. Cív. n. 31.047, rel. Des. João Martins).

'Não é *extra petita* a decisão que, simplesmente, adotando o bom senso, converte demolição em indenização – Restando demonstrado que o desfazimento de obra edificada em terreno alheio é excessivamente oneroso, converte-se a demolição em indenização no valor correspondente' (TAMG, Ap. Cív. n. 200302229-9, Juiz Nepomuceno Silva).

'Só em casos extremos se admite demolição de obra já praticamente terminada, devendo o pleito, se realmente comprovado o prejuízo, limitar-se à indenização, ante o interesse social na preservação de construções' (TJRJ, AC n. 35.680, rel. Des. Paulo Pinto, *in* Código de Processo Civil anotado, Alexandre de Paula, Editora Revista dos Tribunais, 1993, 5. ed., vol. IV, p. 3.556).

"Deles não discrepa a doutrina:

'A jurisprudência tem-se orientado no sentido de optar pela indenização, quando a área invadida por obra nova for mínima, o réu estiver de boa-fé e lhe for oneroso o levantamento de edificação parcialmente feita' (Ernani Fidélis dos Santos, Manual de direito processual civil, Saraiva, 1996, 4. ed., p. 54).

'Substituição do embargo por indenização – Antes mesmo de se examinar o problema da cumulação de pedidos, entre eles o indenizatório, que se pode conter no procedimento em exame (adiante, n. 429), convém referir a construção jurisprudencial que admite a substituição do embargo, ou da demolição quando seja o caso, pela indenização do valor do prejuízo causado.

'Vem de longa data essa orientação, e cada vez mais se firma: se a obra nova ocupa parte pouco expressiva do terreno vizinho, de tal sorte que o prejuízo econômico representado pela interdição ou demolição seria desproporcionalmente superior ao sofrido pelo autor, pode ser iníqua a opção pela alternativa mais onerosa. Assim, tem-se julgado que o infrator indenizará ao vizinho o prejuízo causado pela invasão, mantendo-se e concluindo-se a obra. Em certos casos, tem-se recorrido a essa solução também quando a obra é pública, caso em que se consuma verdadeira desapropriação indireta.

'Embora a tese possa encontrar certas resistências, seja a partir de argumentos de direito material (tratar-se-ia de uma forma não prevista em lei de expropriação), seja com objeções de

direito processual (julgamento *extra petita*), o certo é que, pelo menos em alguns casos, a solução apontada é a única apta a fazer verdadeira e boa justiça. O que se dever observar, sim, é que em tal hipótese o julgamento é de procedência da ação; a pretensão do autor é acolhida como se ele, implícita e alternativamente, houvesse pedido a indenização' (Adroaldo Furtado Fabrício, Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 2001, 8. ed., vol. VIII, tomo III, p. 494 e 495).

"Por derradeiro, anoto que essa construção pretoriana foi incorporada ao Código Civil:

'Art. 1.258. Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

'Parágrafo único. Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção'.

'Art. 1.259. Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder à vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagamento as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro'".

2. Embora o recurso não comporte suscitação de matéria estranha àquela que constitui a divergência, penso que algumas considerações se fazem necessárias:

2.1. No expressivo dizer do Des. Pedro Manoel Abreu, "o juiz deve ater-se à lógica do razoável ao decidir, consultando, dentre outros fatores éticos e jurídicos, as conseqüências reais que decorrerão da decisão" (Exceção de Suspeição n. 2000.011939-3).

Essa lapidar locução está compreendida e decorre da aplicação dos *princípios* da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, acerca dos quais da doutrina colho as lições que seguem:

"O vocábulo *razoabilidade* é relacionado à noção de razoável, termo, esse, de grande abertura semântica. Assim, na linguagem coloquial, pode significar conformidade à razão, moderado, harmônico, comedido, aceitável, adequado, justo, legítimo, proporcional, ponderado, sensato, etc. Ou seja, a dimensão semântica do termo 'mostra uma densa ambigüidade, porque fixa suas próprias raízes em um *humus* linguístico inadequado à determinação de uma unitária esfera de significado.

"Em direito, *razoabilidade* evoca significados não menos indeterminados

e equívocos, e, no contexto lingüístico do direto constitucional, a obscuridade do termo não diminui, pois 'a linguagem jurídica, por utilizar-se da linguagem natural, é marcada pela vaguidade e ambiguidade de seus termos, fenômeno que se verifica claramente na análise das diferentes concepções e aplicações do princípio da razoabilidade'. Assim, afirma-se que o dever de razoabilidade é 'mais fácil de ser sentido do que conceituado; o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva'. Ou seja, há dificuldade em afirmar-se critérios claros de argumentação que justifiquem e facilitem o controle intersubjetivo da utilização da razoabilidade, paradoxalmente quando a própria razoabilidade é relacionada aos 'processos da argumentação racional e os seus resultados (e, nesse sentido, é razoável o que é provido de razão, mas igual adjetivação acompanha também um discurso que persuade pela validade dos argumentos sustentados)'.

"Gino Scaccia, ao dedicar-se ao tema da *ragionevolezza*, individuou as principais acepções em que se utiliza o termo no discurso jurídico. Assim, pode entender-se a razoabilidade: (a) como igualdade, relacionada à idéia de não-discriminação; (b) relacionada ao conteúdo da disposição em si considerada, como um parâmetro de legitimidade constitucional, 'andando a sancionar a falta de algum fundamento racional da norma ou sua deformidade em relação à estrutura do real'; (c) no sentido de compatibilidade 'lógica da norma com sua dimensão sintática ou a coerência da disposição com outra do mesmo ato normativo' ou em relação à lógica do ordenamento; (d) como um imperativo geral que 'compara a legitimidade constitucional das leis à sua capacidade de corresponder à expectativa de justiça no caso concreto'; e, por fim, entende-se razoabilidade como (e) proporcionalidade, notadamente no que respeita à adequação de um meio normativamente previsto aos fins que se pretende alcançar.

[...]

"A parcela da doutrina que recorre ao direito norte-americano para compreender a razoabilidade é uníssona em enfatizar sua origem e função de 'coibir os desmandos do Poder Público não somente quanto à sua estética processual, mas também quanto ao seu conteúdo, quanto à substância do ato estatal'. Nesse sentido, a razoabilidade encontra suas raízes na origem do devido processo legal anglo-saxão, que 'remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Carta, de 1215', a qual, modernamente, desdobra-se na cláusula do *due process of law*, presente nas 5ª (*due process of law*) e 14ª (*equal protection cause*) emendas à Constituição norte-americana.

[...]

"É em razão do devido processo legal substantivo 'que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral', pela análise do *test of reasonableness*, que estabelece 'a exigência de lei isonômica,

isto é, a necessidade de que a lei não estabeleça diferenciações arbitrárias'.

[...]

"Em que pese seu aspecto fluido, a razoabilidade entendida como *rule of reasonableness* pode ser decomposta em três aspectos, quais sejam: (a) a verificação da legitimidade dos fins pretendidos pelo Estado; (b) a análise da adequação dos meios prescritos em relação aos fins visados; (c) a aceitabilidade dos atos legislativos ou das decisões judiciais, aferida de acordo com o postulado da justiça, expresso pelo 'sentimento comum de uma dada época'" (A compreensão jurídica do dever de razoabilidade, Cássio Machado Cavalli, Revista de Direito Constitucional e Internacional 50/220-226).

"O denominado princípio da proporcionalidade, ao qual freqüentemente associa-se a razoabilidade, surgiu no âmbito do direito administrativo alemão, como meio de limitação do poder da administração, para somente após migrar para o direito constitucional. Isso em razão da concepção segundo a qual o poder conferido ao legislador era ilimitado dentro dos parâmetros formais impostos pela Constituição. O administrador, ao contrário, estava sujeito ao princípio da reserva da lei, no sentido de que o ato administrativo que 'imponha alguma restrição ou ônus ao particular depende, para sua validade, de um fundamento legal'. Em razão da II Guerra Mundial, com a afirmação de regimes totalitaristas, 'os juristas se deram conta de que existem leis injustas', razão pela qual passou-se a limitar o poder de legislar, pois 'a legislação formalmente perfeita e editada conforme as regras procedimentais previstas no ordenamento jurídico poderia estar em tamanha contradição com a idéia de justiça que perderia completamente a sua vinculatividade'. Ou seja, o 'legislador passou a ter sua atuação aferida a partir do parâmetro representado pelos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados'. Assim, evoluiu-se do princípio da reserva legal para 'o princípio da 'reserva da lei proporcional'. Esse princípio significa que o legislador está adstrito aos direitos fundamentais, no sentido de que há um controle da medida em que os direitos fundamentais serão restringidos na busca de determinados fins e um controle dos meios para atingir-se determinados fins. Assim, a 'proporcionalidade com a função de estabelecer limites à atividade estatal e de garantir ao máximo a liberdade dos cidadãos pressupõe, de um lado, a existência mesma do Estado e, de outro, a garantia de direitos individuais'. 'No momento em que se reconheceu o princípio da reserva legal como sendo o da reserva da lei proporcional, passou a ser admitida a possibilidade de impugnação e eliminação, não apenas das medidas administrativas desproporcionais, mas também das leis que, ofensivas à relação entre os meios e os fins, estabelecem restrições aos direitos fundamentais'" (Cássio Machado Cavalli, ob. cit., p. 227 e 228).

"3. O princípio da proporcionalidade também conhecido princípio da proibição do excesso, pode ser entendido como princípio do Estado de Direito, ou direito fundamental, que vai desdobrar-se em vários aspectos ou até

requisitos. A solução adotada para a efetivação do ato ou medida deve ser adequada a seu fim ou fins. Deve ser conforme nos fins que justificam a sua adoção. É o meio e fim. Pode ser invocado no exame do ato discricionário ou do ato vinculado, com a clássica oposição doutrinária de impedimento das razões desses atos. Também pode ser invocado no exame da finalidade das leis, com impugnação de regra de liberdade do legislador.

"Como o cidadão deve ser protegido pelos atos estatais, as vantagens para o cidadão são as mais amplas, claro superado pelo interesse público ou coletivo. Para fugir a essa proteção, a ação deve estar apoiada na impossibilidade de outra ação ou meio a não atingir o cidadão. A necessidade material será invocada para justificar o ato. Na dimensão temporal justifica-se num espaço a ação examinada. A ação circunscreve-se às pessoas ou grupos não podendo ter a abrangência total ou ilimitada. Em outras palavras, a ação poderia efetuar-se por outro meio mais eficaz?" (Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade, Roberto Rosas, Revista dos Tribunais, 783/12).

2.2. Os princípios mencionados têm estreita vinculação com a *teoria do fato consumado*. Acolho-a em circunstâncias excepcionalíssimas, como a retratada no acórdão do Agravo de Instrumento n. 2003.017797-3:

"Em face da vedação legal acima referida (Lei n. 9.394/96), os tribunais não reconhecem direito à matrícula em curso superior a candidato que não tenha concluído o ensino médio. Excepcionalmente, têm admitido que 'a conclusão do segundo grau e a efetivação da matrícula, por força de medida judicial, após o exame vestibular, tornaram a situação irreversível' (REsp n. 90.957, Min. Hélio Mosimann; REsp n. 37.146, Antônio de Pádua Ribeiro).

"Esse entendimento foi edificado na teoria do fato consumado, que, no dizer do Ministro Félix Fischer, 'pressupõe uma situação ilegal consolidada no tempo, em decorrência da concessão de liminar. Inaplicabilidade desse entendimento para se reconhecer o direito sobre situação que ainda não ocorreu (nomeação de candidato aprovado *sub judice* em concurso público)' (MS n. 6.215).

"Para rebater os fundamentos dessa teoria, valho-me dos argumentos do Ministro Moreira Alves:

'Não desconheço que esta Corte tem, vez por outra, admitido – por fundamento jurídico que não sei qual seja – a denominada 'teoria do fato consumado', desde que se trate de situação ilegal consolidada no tempo quando decorrente de deferimento de liminar em mandado de segurança.

'Jamais compartilhei esse entendimento que leva a premiar quem não tem direito pelo fato tão só de um Juízo singular ou de um Tribunal retardar exagerada e injustificadamente o julgamento definitivo de um mandado de segurança em que foi concedida liminar, medida provisória por natureza, ou de a demora, na desconstituição do ato administrativo praticado por força de liminar posteriormente cassada, resultar de lentidão da máquina administrativa.

'No caso, não ocorre sequer hipótese dessa espécie.

'Com efeito, em fevereiro de 1985, a ora agravante impetrou mandado de segurança, alegando que havia muitos anos vinha lecionando 'Educação Moral e Cívica' e 'Organização Social e Política do Brasil' em virtude do critério de que a escolha para lecionar tais disciplinas era, em primeiro lugar, o do tempo e exercício na escola, e, em segundo lugar, a licenciatura específica, razão por que requeria que fosse respeitado esse critério de classificação. Obtida a liminar, em 1º de novembro de 1985, a sentença de primeiro grau denegou a segurança pela consideração de que a ora agravante não tinha habilitação específica naquelas disciplinas e as vinha lecionando porque o Ministério da Educação facultava que professores sem essa licenciatura as ensinassem na falta de professores com formação específica; assim sendo, tratava-se de exceção que não gerava direito adquirido de ter preferência em face dos docentes com formação específica, quando estes concorressem ao magistério das citadas disciplinas.

'Esta sentença foi confirmada por acórdão de 10 de junho de 1986.

'Portanto, a liminar perdurou, apenas, por alguns meses, e o recurso extraordinário só pode ser apreciado pela alegação de ofensa ao § 3º do artigo 153 da Constituição. Ora, admitir – como por vezes tem feito esta Corte – que se mantenham situações de fato consolidadas no tempo por atraso da prestação jurisdicional não implica sustentar (o que o Tribunal jamais fez) que há direito adquirido à preservação de quaisquer situações de fato, por qualquer motivo, se prolongam no tempo. Para que haja direito adquirido se faz necessária a existência de um direito, o que, nesses casos, não ocorre a toda evidência' (AgRgAI n. 120.893).

"Reconheço que circunstâncias especiais podem justificar o acolhimento da teoria do *fato consumado*. Quando, *v.g.*, o direito vindicado está alicerçado em norma legal de interpretação ambígua ou em fatos a respeito dos quais paira razoável dúvida. E, por óbvio, desde que não resulte em prejuízo a terceiro. Não deve ser adotada quando a ausência de direito é manifesta".

2.3. Os princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, bem como a *teoria do fato consumado,* positivada nos arts. 1.258 e 1.259 do Código Civil, também devem ser levados em consideração no caso em exame porque paira controvérsia quanto à incidência das restrições contidas no Código Florestal (Lei n. 4.771/65, art. 2º) aos imóveis localizados em área urbana.

A *quaestio* foi percucientemente analisada pelo Desembargador César Abreu no julgamento da Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2004.019089-1. Do acórdão, destaco o excerto que segue:

"Superado, assim, o tema vinculado à competência para a aplicação do Código Florestal nas áreas urbanas, que é do próprio Município, com even-

tual 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, entre 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 das 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 ao 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 10.932, de 15-8-2004), que 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 complementado, 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. 3°, dispondo 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 das legislações estaduais e municipais pertinentes.

'§ 1º Considera-se loteamento a subdivisão da 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 à edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

[...]

'§ 4º Considera-se lote o terreno servido de infra-estrutura básica cujas dimensões atendem aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe.

[…]

'Art. 3º Somente será permitido 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 aos 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 o 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, lembra-se, o postulante fez-se presente junto à edilidade, haja vista o que informam, 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 na 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 que 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. 7.903, 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, 3. 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".

3. Pelas razões acima expostas, dou provimento aos embargos infringentes, restabelecendo a sentença.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator designado, por maioria, deram provimento aos embargos infringentes. Vencidos os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Volnei Carlin, Sônia Maria Schmitz e Newton Janke.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu, Vanderlei Romer, Cesar Abreu e Jaime Ramos. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer a Exma. Sra. Procuradora de Justiça Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 8 de junho de 2005.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto vencido;
Newton Trisotto,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin

Ementa aditiva do voto do Des. Volnei Carlin (art. 148, § 3º, do Regimento Interno, publ. DJSC n. 10.033, de 14-8-98).

Embargos infringentes – Poder de legislar em matéria ambiental – Competência suplementar dos municípios – Plano diretor – Área de preservação permanente – Impossiblidade de

minorar restrição prevista no Código Florestal.

A proteção ambiental é um dos valores basilares que inspiram o ordenamento jurídico brasileiro. A Legislação Ambiental é prevista num feixe de normas não codificado, disciplinando a Constituição as diretrizes gerais a serem seguidas (art. 225), tendo o Código Florestal (Lei n. 4.771/65, e alterações posteriores, e a Lei n. 6.938/65 sido recepcionados pela nova ordem jurídica trazida pelo constituinte originário de 1988.

O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01), regulamenta os artigos 182 e 183 da CRFB e estabelece diretrizes gerais da política urbana. Em seus arts. 2º e 39, disciplina que as regras de utilização da propriedade urbana serão previstas no plano diretor.

Entretanto, tal norma não tem o condão de facultar aos municípios a retirada da qualidade de "preservação permanente" de uma determinada área, nem tampouco de reduzir a restrição estabelecida pelo Código Florestal, sob o escopo de promover a função social da propriedade urbana, até porque o disposto no artigo 182 da CRFB é claro ao se referir a tal objetivo.

Por força da noção de proteção máxima ao meio ambiente, é corrente a possibilidade de os Estados e Municípios, em atendimento aos seus interesses particulares, ampliarem as determinações contidas nas normas federais, sendo vedado, contudo, restringi-las.

Responsabilidade civil por danos ambientais – Recomposição da área degradada c/c demolição – Conversão da condenação demolitória em indenização – Ofensa ao princípio da máxima reparação do dano ambiental.

O princípio que circunda as condenações por lesões ao meio ambiente é o da máxima reparação do dano ambiental, que se traduz na ausência de limites para recomposição do bem lesado, visando sempre ao restabelecimento do *status quo ante.*

Deixa-se, portanto, a faculdade de substituir a recomposição do patrimônio ambiental lesado pelo pagamento de indenização para os casos de impossibilidade, a qual deve ser medida diante das necessidades do meio ambiente, ou seja: a constatação de viabilidade de aceitar o pagamento de indenização, em vez de recompor o ecossistema ao que era antes da agressão, não deve ser embasada nas dificuldades de sua realização pelo degradador, nem tampouco sopesadas em interesses comerciais, os quais, nesta matéria, devem ser deixados à margem, para a elevação do cuidado e manutenção de um meio ambiente saudável e ecologicamente preservado.

Ora, a barganha de recomposição do prejuízo pela quantificação do dano em valores distorce os vetores basilares de proteção encampados pela CRFB e acarreta a tendência odiosa de beneficiar o poluidor provido de recursos financeiros, desprezando a ordem normativa vigente, de forma a negar sua aplicação aos casos conformes.

A discussão dos presentes autos cinge-se à possibilidade de converter em indenização pecuniária a obrigação de demolir edificação erigida às margens do Rio do Peixe, no município de Joaçaba.

O Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido elaborado na ação civil pública movida pelo Ministério Público por danos ao meio ambiente (fls. 219 a 230), por entender que a edificação objeto da ação havia sido regularmente construída, segundo as disposições do plano diretor da Municipalidade.

O ente ministerial apelou às fls. 233 a 245, repisando os argumentos da inicial, sustentando que se trata de efetivo dano ambiental em área de preservação, pugnando para que houvesse a reforma do *decisum*.

O acórdão recorrido reformou a sentença, por maioria de votos, por compreender nulo o alvará anteriormente concedido pelo Município, uma vez que a obra em questão está sendo realizada em área de preservação permanente, ordenando a recomposição e a recuperação da área degradada com a demolição da parte do imóvel incompatível com o Código Florestal.

No presente recurso, pugna o embargante pelo acolhimento do pleito infringente com a conseqüente modificação do aresto, uma vez que, em seu entendimento, é possível a conversão da responsabilidade de demolir a edificação em indenização pecuniária.

A decisão recorrida, da lavra do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho, foi assim ementada:

"Ação civil pública – Edificação às margens do Rio do Peixe – Alvará concedido pelo Município em desacordo com o Código Florestal –- Preponderância de norma federal sobre norma municipal – Competência legislativa suplementar – Anulação – Possibilidade – Dano ecológico presumido – Provimento do apelo – Sucumbente isento da condenação em honorários – Provimento parcial por maioria – Divergência apenas preconizando a conversão da obrigação de fazer (demolição do prédio) em indenização.

"A União fica adstrita à edição de normas gerais, embora nem sempre seja claro em que se distinguem as normas gerais das não-gerais. Essa legislação da União não exclui o poder dos Estados e do Distrito Federal, suplementarmente, de disporem sobre a mesma matéria. Deve-se entender por suplementarmente o seguinte: na inexistência de lei federal os Estados e o Distrito Federal legislarão livremente, sem restrições. A sobrevinda, contudo, ou a preexistência de uma lei federal sobre a matéria só tornam válidas as disposições que não contrariem as normas gerais da União" (Bastos, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 22. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 306).

"O ato de invalidação incide sobre um ato administrativo inválido, isto é, produzido sem a devida atenção ao ordenamento jurídico. O objeto do ato de invalidação é, comumente, um ato administrativo ilegal e eficaz, de natureza abstrata ou concreta" (Gasparini,

Diógenes. Direito administrativo. 6. ed. rev., atual. e aum., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 104 a 106).

"Na proteção ao meio ambiente, não se requisita tombamento patrimonial ou dominialidade pública como condição da ação, mas apenas a existência de interesse público na sua preservação. Da mesma forma, basta a probabilidade de dano (visa impedir), não sendo lógico esperar sua ocorrência para depois reprimi-lo" (Ap. Cív. n. 1998.000924-3, da Capital, Des. Nilton Macedo Machado) (fls. 380 a 389).

Pelas razões apontadas no voto vencedor, entendeu a Câmara condenar o apelado embargante à recomposição e recuperação da área degradada com a conseqüente demolição do que for incompatível com o Código Florestal.

No tocante à condenação demolitória, divergiu o Exmo. Des. Newton Trisotto, exarando voto no sentido de que a demolição do prédio, pelo fato de causar prejuízo de elevada monta ao proprietário, sem nenhum benefício direto e/ou imediato ao meio ambiente, à vista das peculiaridades do caso, poderia ser convertida em indenização.

Colhe-se do referido voto:

'"A invasão de área mínima de terreno, com a construção concluída de valioso prédio, resolve-se com a indenização e não com a demolição' (REsp n. 77.712, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar). Essa solução, calcada no princípio da razoabilidade, é aplicável também às questões relativas ao meio ambiente. Não se justifica a demolição de prédio edificado com autorização do Município, às margens de rio, se nenhum benefício direto e imediato resultar ao meio ambiente. O *quantum* do prejuízo que suportaria o dono da obra com a sua demolição parcial deve ser convertido em indenização e aplicado em obras de recuperação da mata ciliar que com a ação o autor buscava proteger.

"1. Nos casos em que a construção é clandestina, tenho-me que 'nos perímetros urbanos de centenas de cidades brasileiras foram construídas avenidas às margens dos rios. Como exemplo, cito a bucólica e maravilhosa cidade de Blumenau'.

"É certo que esse fato não legitima a ação da apelada. Nos casos em que a construção é clandestina, tenho-me manifestado pela sua demolição (Apelações Cíveis n. 1996.012388-1 e 1996.009712-0). Não raro, o rigor se justifica até mesmo para inibir a prática de atos prejudiciais ao meio ambiente. No entanto, "em direito não há lugar para absolutos", no expressivo dizer de Teori Albino Zavascki (Antecipação da tutela, Saraiva, 1999, 2. ed., p. 152) e não se pode ignorar a lição contida em vetusto brocardo jurídico: *summum jus, summa injuria*" (fl. 390).

A análise da possibilidade de substituir a obrigação de demolir construção erigida em área de preservação ambiental por prestação pecuniária perpassa necessariamente pelo cotejo das normas de direito ambiental aplicáveis à questão de fundo.

A proteção ambiental é um dos valores basilares que inspiram o orde-

namento jurídico brasileiro. A legislação ambiental é prevista num feixe de normas não codificado, sendo que a Constituição dita as diretrizes gerais a serem seguidas, dispondo que:

"Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Para o efetivo resguardo do bem ambiental, o texto constitucional discorre sobre as obrigações a serem seguidas pelos órgãos públicos para sua defesa, nota-se:

"§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

"VII – proteger a fauna e a flora, *vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies* ou submetam os animais à crueldade" (grifou-se).

Dessa maneira, embora a diretriz primordial a ser perseguida pelo direito ambiental seja a prevenção, visando evitar a ocorrência de danos aos bens protegidos, uma vez ocorrido o prejuízo, deve este ser reparado na exata medida de sua violação.

Nesse norte, o próprio texto constitucional preceitua que as condutas ou atividades lesivas ao patrimônio ecológico sujeitarão os infratores às sanções penais, civis e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano (art. 225, § 3º, CF).

A tutela do ambiente no Brasil tem, portanto, respaldo constitucional e, não por outra razão, vem elevada à categoria de direito fundamental, uma vez que indispensável à dignidade da vida de toda a humanidade.

Fixada a premissa inarredável acerca da obrigação de recompor o patrimônio ambiental em casos de degradação, é preciso que se estabeleçam os limites e prerrogativas dessa reparação.

Inicialmente a controvérsia nos autos reside no conflito entre lei federal, *in casu*, o Código Florestal (Lei n. 4.771/65) e o Plano Diretor do Município (Lei n. 1.731/91).

A esse respeito, a Constituição da República Federativa do Brasil determina:

"Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

"VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição".

E continua a Carta Magna sobre a competência dos Municípios:

"Art. 30 – Compete aos municípios:

"I – legislar sobre assuntos de interesse local.

"II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

[…]

"VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano".

Dessarte, do exame conjunto dos dois dispositivos (princípio da unidade da Constituição), é possível concluir que, hodiernamente, o Município tem, em área ambiental, competência suplementar às normas editadas pela União, Estados e Distrito Federal.

Em conformidade com a principiologia de defesa do patrimônio ambiental irradiante da Constituição, a Lei n. 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), em seu art. 14, § 1º, estabelece que:

"Art. 14. [...].

"§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente".

O Código Florestal (Lei n. 4.771/65 e alterações posteriores), do mesmo modo que a Lei n. 6.938/81, foi recepcionado pela nova ordem jurídica trazida pelo constituinte originário de 1988. Regulamentando o caso em debate, do seu texto, extrai-se:

"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 será:

"1 – de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

"2 – de 50 (cinqüenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinqüenta) metros de largura;

"3 – de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinqüenta) 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".

Equivocadamente escorada na competência conferida pela Constituição, o Plano Diretor do Município (Lei n. 1.731/91), pelo que se colhe dos autos, estabeleceu norma menos restritiva do que a prevista no Código Florestal, exigindo que as construções distendam apenas 15 metros da margem do Rio do Peixe.

O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01) regulamenta os artigos 182 e 183 da CRFB e estabelece diretrizes gerais da política urbana e, em seus arts. 2º e 39, disciplina que as regras de utilização da propriedade urbana serão previstas no plano diretor.

Entretanto, tal norma não tem o condão de facultar aos municípios a retirada da qualidade de "preservação permanente" de uma determinada área, nem tampouco de reduzir a restrição estabelecida pelo Código Florestal, sob o escopo de promover a função social da propriedade urbana, até porque o disposto no artigo 182 da CRFB é claro ao se referir a tal objetivo.

No que toca às áreas de preservação permanente, elas estão perfeitamente colacionadas na legislação federal acima transcrita, a qual não foi revogada por lei posterior, nem poderia, já que convive pacificamente no universo jurídico, não ensejando a presença de nenhuma antinomia.

Sobre essas áreas, é importante colacionar a doutrina de Celso Pacheco Fiorillo:

"As florestas de preservação permanente estão previstas nos arts. 2º e 3º da Lei n. 4.771/65 e podem ser criadas por dois modos: por efeito da lei e por ato declaratório.

"As florestas de preservação permanente por efeito de lei estão previstas no art. 2º do Código, sendo assim denominadas porque a sua criação decorreu da própria lei. Importante verificar que a proteção encartada em algumas alíneas não tem por objetivo imediato tutelar a vegetação, mas, sim, outros recursos naturais, como o solo e a água.

"Deve ser ressaltado que a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no seu art. 18, determinou que as florestas e demais vegetações de preservação permanente que tivessem sido criadas por lei e ostentassem a condição de naturais fossem transformadas em estações ecológicas ou reservas ecológicas" (*in Curso de direito ambiental brasileiro*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88).

Por força da noção de proteção máxima do meio ambiente, é corrente a possibilidade de os Estados e municípios, em atendimento aos seus interesses particulares, ampliarem as determinações contidas nas normas federais, sendo vedado, contudo, restringi-las. Observa-se o entendimento doutrinário a respeito:

"Pela primeira vez em nossa história política, a Constituição de 1988 contemplou o meio ambiente em capítulo próprio, considerando-o como *bem de uso comum do povo* e essencial à qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo e defendê-lo, para as gerações presentes e futuras (art. 225). Referindo-se a Poder Público, a competência abrange os três níveis de Governo, mas a Carta distinguiu a *competência executiva comum*, que cabe a todas as entidades estatais (art. 23, VI), da *competência legislativa concorrente*, que é restrita à União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24, VI e VII). Aos Municípios cabe apenas *suplemen-*

tar a legislação federal e estadual 'no que couber' (art. 30, II), o que significa que só podem fazê-lo nos assuntos de predominante interesse local" (Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 24. ed., São Paulo: Malheiros, 1999 p. 520) (sem grifo no original).

"Também por autorização constitucional, certas regras Gerais da área urbana serão determinadas pela União, como verdadeira limitação ao conteúdo da lei municipal sobre a ordenação do solo urbano, em razão da redação do art. 21, incisos IX e XX, CF/88. Ambos os dispositivos dão um sentido de homogeneidade do desenvolvimento urbano, ou seja, atua a União na 'limitação à matéria da legislação municipal'" (Moraes, Luís Carlos Silva de. Código Florestal Comentado, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 46).

Especificamente, sobre a vedação aos municípios de restringirem as normas federais de cunho ambiental, destaca-se:

"Além disso, a legislação municipal que regula o uso do solo urbano deve, da mesma forma, ater-se às prescrições gerais da União, na esfera de sua competência. Por exemplo, se norma geral da União, como é o caso do Código Florestal, disciplina determinada matéria, não pode o Município, alegando autonomia, legislar diminuindo a restrição geral*. Pode, até criar novas restrições na proteção do meio ambiente, porém não afastar as existentes na lei geral"* (Freitas, Vladimir Passos. A constituição federal e a efetividade das normas ambientais. 2. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 70) (sem grifos no original).

Isso representa o reconhecimento, pelo constituinte, da importância que tem a gestão unificada ou conjunta da coisa pública. Entretanto, ele resguardou a superlativa competência da União e preveniu as normas gerais, por ela postas, em termos de parâmetros constitucionais, de não serem arranhadas ou invadidas pela legiferação concorrente dos Estados e dos municípios.

Dessa forma, impõe-se a supremacia da Legislação Federal (Código Florestal) sobre o plano diretor do município.

Ademais, como é cediço, não se pode prescindir da licença ambiental. Entretanto, no caso em estudo, a Fundação do Meio Ambiente não foi sequer consultada e, via de conseqüência, muito menos concedeu a referida licença. O coordenador regional da Fatma, em resposta à solicitação feita pelo representante ministerial da Comarca, afirmou que:

"1) *A edificação que Octaviano Zandonai e Cia. Ltda. teria a pretensão de construir neste local, de acordo com a Lei n. 4.771 de 15/09/81, alterada pela da Lei n. 7.802 de 18/07/89, não possui amparo legal*, segundo relatório técnico apresentado (fotocópia em anexo) pois o Rio do Peixe neste local requer mais de 22 (vinte e dois) metros de área de preservação permanente (art. 2º item *a*).

"2) *A Fundação do Meio Ambiente – Fatma, até a presente data não rece-*

beu nenhum pedido desta entidade jurídica, Octaviano Zandonai e Cia. Ltda., acerca da viabilidade de construção neste local" (ofício de fl. 30) (sem grifo no original).

No relatório técnico de viagem, o agente fiscal da Fatma corroborou o exposto, aduzindo:

"Em vistoria realizada no terreno onde foi edificada uma construção para um supermercado, na Rua Roberto Trompowski.

"Foram realizadas diversas medições no terreno, tendo como medidas: 44,23m na lateral esquerda da construção, lateral direita 60,23m, frente 41,85m, e fundos 44,00 conforme croqui em anexo:

"Verificado todas essas medidas que compreende o empreendimento ficou uma sobra de 22m da construção para o Rio do Peixe da lateral esquerda e 30m da lateral direita. às margens do rio tem várias árvores nativas.

"Conclusões: *O terreno onde foi edificada a construção está em área de preservação permanente (APP) vindo em desacordo com o Código Florestal"* (relatório técnico de vigem de fl. 31) (grifou-se).

Em síntese: a argumentação do embargante sobre a licitude da construção, porque escorada em licença concedida pela municipalidade, não pode prosperar, visto que o ente federativo local, ao conceder alvará de construção, em área não edificante sem consultar a Fundação do Meio Ambiente, alijou-a de suas funções.

É necessário frisar, outrossim, que a não-realização de estudo ambiental para concessão da licença para construir causa incerteza quanto à largura do rio no local exato, de forma a não se poder afirmar, de plano, a distância a qual as obras deveriam respeitar. Entretanto, mesmo que se tome por base a largura mínima estabelecida no Código Ambiental (art. 2º, *a,* 1) que prevê "30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura" fácil é perceber a irregularidade da construção que no lado esquerdo encontra-se fincada a 22 metros da margem, podendo essas metragens ser alteradas caso se constate uma distância superior a 10 metros entre uma margem e outra.

É sob essa ótica que o exame da degradação ambiental deve ser realizado, e, assim, diante da constatação do meio ambiente lesado, a reconstituição deve ser sempre integral, buscando-se a completa recomposição do ecossistema degradado.

O princípio que circunda as condenações por lesões ao meio ambiente é o da máxima reparação do dano ambiental, que se traduz na ausência de limites para recomposição do bem lesado, visando sempre ao restabelecimento ao *status quo ante.*

O dano ambiental é tema central da obra de José Rubens Morato Leite, o qual é categórico em colocar a reparação, em primeiro lugar na escala de deveres, àquele que foi condenado por ferir o ambiente, observa-se:

"Na esfera do direito ambiental brasileiro, o legislador, por intermédio

dos arts. 4º, inciso VII, e 14, § 1º, ambos da Lei n. 6.938/81, e 225, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, estabeleceu ao degradador a obrigação de restaurar e/ou indenizar os prejuízos ambientais. A *opção do legislador indica que, em primeiro plano, deve-se tentar a recomposição do bem ambiental e, quando inviável esta, partir-se para a indenização por sucedâneo ou compensação"* (*in* Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 216) (sem grifo no original).

Na mesma linha, completa Édis Milaré:

"A regra, pois, é buscar-se, por todos os meios razoáveis, ir além da ressarcibilidade (indenização) em seqüência ao dano, garantindo-se, ao contrário, a fruição do bem ambiental. Aquela, como já alertamos, não consegue recompor o dano ambiental. *O valor econômico não tem o condão – sequer por aproximação ou ficção – de substituir a existência de fruição do meio ambiente ecologicamente equilibrado*. O trabalho do legislador, por conseguinte, visa a garantir essa possibilidade de fruição e, só excepcionalmente, o ressarcimento monetário da lesão" (*in* Direito do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 337).

Deixa-se, portanto, a faculdade de substituir a recomposição do patrimônio ambiental lesado pelo pagamento de indenização para os casos de impossibilidade.

É necessário frisar que tal impossibilidade deve ser medida diante das necessidades do meio ambiente, ou seja: a constatação de viabilidade de aceitar o pagamento de indenização em vez de recompor o ecossistema ao que era antes da agressão não deve ser embasada nas dificuldades de sua realização pelo degradador, tampouco sopesando interesses comerciais, os quais, nessa matéria, devem ser deixados à margem para a elevação do cuidado e manutenção de um meio ambiente saudável e ecologicamente preservado.

Ora, a barganha de recomposição do prejuízo pela quantificação do dano em valores distorce os vetores basilares de proteção encampados pela CRFB e acarreta a tendência odiosa de beneficiar o poluidor provido de recursos financeiros, desprezando a ordem normativa vigente, de forma a negar sua aplicação aos casos e a incidir unicamente sobre degradadores despidos do poder de oferecer uma prestação pecuniária pelo seu ato.

Desse modo, a indenização só será permitida quando impossível a reconstrução do bem lesado, o que não é o caso dos autos.

Em julgado que versou sobre a construção de posto de combustível dentro da faixa de proteção ambiental no mesmo município em que se localiza a obra em debate, este Relator já teve oportunidade de manifestar seu convencimento, *verbis*:

"Ação civil pública – Proteção ao meio ambiente – Conflito entre lei federal e municipal – Competência legislativa constitucional concorrente – Lei municipal de caráter supletivo.

"O município, por meio de seus órgãos ambientais responsáveis, terá competência supletiva para estabelecer normas e procedimentos com vistas a adequá-los às peculiaridades locais. Ademais, qualquer ato da administração pública não pode ter o condão de permitir dano ao meio ambiente, que goza de proteção constitucional.

"Ação civil pública – Cominação de multa diária – Opção do juiz – Dosagem na fixação – Critérios e finalidades.

"A aplicação de multa diária, *ex officio* ou a pedido do autor (art. 11 da Lei n. 7.347/85; art. 84, § 4º, da Lei n. 8.078/90 e art. 461, § 4º, CPC), representa um meio de efetividade da decisão, criando modelos legais, sem impor sanções arbitrárias, que funcionam como meio de coação, positiva ou negativa, para que a obrigação seja adimplida ou torne o prejuízo incomensurável quando decorrente do seu não-atendimento.

"A multa discricionária, condenatória e subsidiária, deve ser fixada de forma compatível e suficiente, de modo que a *astreinte* se revele onerosa caso haja descumprimento do decidido. Atua, portanto, como elemento indutor, constrangendo o devedor da prestação jurisdicional no sentido de viabilizar a consecução do objetivo primordial da ação, que é a tutela específica do interesse metaindividual. Enfim, a multa fixada deve influir no ânimo do devedor, levando-o a cumprir a obrigação que lhe incumbe, sempre guardando adequação com sua situação financeira e mantendo seu valor intimidativo, como preconiza o senso comum, que opera no nível do controle social formal (Lei, Ministério Público, Polícia e Justiça) e informal (mídia e opinião pública)" (Ap. Cív. n. 2001.000831-4, de Joaçaba, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 11-4-02).

Ainda sobre edificações erigidas em área de preservação permanente na mesma Municipalidade, julgou esta Corte:

"Administrativo – Meio ambiente – Área de preservação permanente – Código Florestal – Alvará de construção – Inviabilidade.

"Age dentro da lei a administração municipal que nega concessão de alvará para a construção de edifício em área destinada por lei federal à preservação permanente.

"Não afronta o princípio da razoabilidade a aplicação de norma que visa à proteção do meio ambiente quando as restrições por ela imposta são proporcionais ao fim a que se destina, qual seja, a garantia e manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, erigido pela Lei Fundamental como direito e dever de todos.

"A degradação já existente não deve servir de mote a que o Poder Público, inclusive o Poder Judiciário, chancelem novas agressões" (ACMS n. 2004.002238-7, de Joaçaba, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. em 1º-7-04) (sem grifo no original).

Do corpo desse último acórdão, extrai-se:

"Assim, se a obra que o impetrante pretende construir não respeita a distância de 100 metros do Rio do Peixe, e se este possui de 50 a 200 metros de largura, equivocou-se o Magistrado ao deferir a segurança em flagrante desrespeito à legislação ambiental vigente e perfeitamente válida (Lei n. 4.771/65), posto que, como visto, em perfeita sintonia com o sistema de valores que a Carta Política brasileira visa realizar".

Traz-se do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgado que bem se aplica ao caso em apreciação, observa-se:

"Direito público não especificado – Ação civil pública – Direito ambiental. O restabelecimento ao *status quo ante* foi alcançado com as providências adotadas pelo apelado junto ao ambiente agredido – *Indenização que só terá cabimento caso a reparação específica dos danos* in natura *não se mostre viável"* (Ap. Cív. n. 70004439063, rel. Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. em 24-4-03)" (sem grifo no original).

Ademais, atenta-se que as razões do voto vencido, como consta em seu corpo (fl. 391), foram respaldadas em legislação e julgados que não se aplicam à situação em estudo. Os arestos ali acostados dizem respeito a casos em que são discutidos direitos particulares, ora de vizinhança, ora de construir, sendo debatidos apenas bens disponíveis, nos quais é perfeitamente possível a conversão de condenação demolitória em indenização.

Contudo, tratando-se de bens ambientais, mormente às margens de rios, a situação se apresenta diferente. Trata-se de área de preservação permanente que se encontra sob a égide protetiva de todo o ordenamento, por sua importância à manutenção de ecossistemas essenciais.

Por todas as razões expostas, sendo o meio ambiente um bem supremo a ser resguardado, pertencente em igual monta a toda sociedade e também às futuras gerações, divergi da douta maioria e fiquei vencido, votando pelo desprovimento dos embargos infringentes.

Volnei Carlin

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho

Quedei vencido, consoante infere-se da certidão de julgamento (fl. 452), ratificando, entretanto, os fundamentos do acórdão da colenda Segunda Câmara de Direito Público (fls. 380 a 389), do qual fui relator. A infringência, porém, é restrita à transformação da demolição em verba indenizatória. Entendo que isso é inviável por cuidar a espécie de direito indisponível. É bom lembrar que o interesse da empresa irresignada não pode se sobrepor ao difuso, sendo pertinente a demolição, com a plena restauração do curso do Rio do Peixe. Em verdade, não há obstáculo para a enérgica medida, afastando qualquer exceção que justifique, *data venia*, entendimento em sentido contrário.

A indisponibilidade do direito difuso prepondera tranqüilamente na hipótese.

Esse o motivo do dissenso.

Francisco Oliveira Filho

Declaração de voto vencido da Exma. Sra. Desa. Sônia Maria Schmitz

Votei vencida pelas mesmas razões expendidas nas declarações de voto dos eminentes Des. Volnei Carlin (fls. 467 a 482) e Francisco Oliveira Filho (fl. 484), as quais subscrevo.

Sônia Maria Schmitz

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Newton Janke

Acompanhei os fundamentos externados no douto voto vencido do eminente relator originário, Des. Volnei Carlin.

Newton Janke

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.000968-7, DE SÃO DOMINGOS

Relator: Des. Volnei Carlin

Apelação cível – Embargos à execução fiscal – Inépcia da inicial e nulidade da CDA – Inteligência do art. 105 do CTN.

Conforme dispõe o CTN (art. 105), a legislação aplicável em matéria tributária é aquela vigente à época da ocorrência do fato gerador.

Assim, o novo CTM de São Domingos (LC n. 003/2001) não pode retroagir para estabelecer requisitos atinentes ao ajuizamento da execução fiscal.

Execução fiscal – Embargos do devedor – Prescrição da possibilidade de cobrança da Fazenda Pública.

Interposta a execução fiscal fora do intervalo de cinco anos, contados da constituição definitiva do crédito, flui o revés prescricional contra a Fazenda Pública.

IPTU – Isenção não concedida em caráter geral — Prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei.

O primeiro requisito para que se possa beneficiar da isenção de IPTU, não concedida em caráter geral, é que o sujeito passivo da exação faça prova, com a autoridade administrativa competente, de que o seu imóvel está dentro da hipótese abrangida pela norma.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.000968-7, da comarca de São Domingos, em que é apelante Batista Valentini, sendo apelado o município de São Domingos:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, rejeitar a preliminar de inépcia da inicial e prover parcialmente o recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Batista Valentini apelou da sentença, proferida nos autos de embargos à execução fiscal promovida pelo município de São Domingos, que entendeu não se ter operado o lapso prescricional para a cobrança do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana e, além disso, que não foram cumpridos os requisitos necessários ao deferimento da isenção do tributo (fls. 298 a 306).

Alegou, preliminarmente, que a inicial executória é inepta pois não atende aos requisitos estabelecidos pelo Código Tributário Municipal. No mérito, que se operou a prescrição da possibilidade de cobrança do IPTU. Ademais, que é isento do tributo, uma vez que, além de aposentado, recebe menos de dois salários mínimos por mês (fls. 309 a 316).

O recurso não foi contra-arrazoado (fl. 320) e a Procuradoria-Geral de Justiça deixou de opinar por entender inexistente interesse jurídico que justificasse a sua atuação (fls. 325 a 328).

II – Voto

Antes que se adentre no mérito, necessária se faz a análise da preliminar aventada pelo apelante no sentido de que a inicial executória seria inepta por desatender aos requisitos estabelecidos pelos artigos 11 a 27 c/c art. 31 da Lei Complementar n. 003/2001 (Código Tributário do Município de São Domingos) e de que a Certidão de Dívida Ativa (CDA) fere o disposto no artigo 429 do mesmo estatuto.

De plano, há de se esclarecer que ao caso se aplica a legislação vigente à época do fato gerador do tributo, conforme disposição expressa do Código Tributário Nacional, em seu ar-

tigo 105: "A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa [...]".

Portanto, aos fatos geradores arrolados às fls. 4 a 9 (autos da execução fiscal), correspondentes aos exercícios de 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000, aplica-se o disposto na Lei n. 1.085/1997, antigo CTM, uma vez que a citada LC n. 003/2001 (CTN atual) entrou em vigor apenas em 21-12-2001, com eficácia, em razão do princípio da anterioridade, a partir de 1º de janeiro de 2002 (fl. 151), conforme dispõe o seu artigo 479: "Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir de 1º de janeiro de 2002".

Destarte, rejeita-se a preliminar aventada, uma vez que ao caso dos autos não se aplicam os dispositivos arrolados pelo apelante.

No mérito, há duas questões a serem analisadas: 1) a prescrição quanto ao exercício de 1996; e 2) a isenção do IPTU.

Assim, no que diz respeito ao lapso temporal para a cobrança, pelo município, do IPTU de 1996, dispõe o CTN em seu artigo 174: "A ação para a cobrança prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data de sua constituição definitiva".

Sobre o tema, já se decidiu: "A partir da data da constituição definitiva passa a transcorrer o lapso prescricional para a cobrança pela Fazenda Pública Estadual, a teor do art. 174 do CTN" (Ap. Cív. n. 2005.004719-9, de Criciúma, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 25-5-2005).

No mesmo sentido:

"Tributário e processo civil – Execução fiscal – Prescrição de crédito da Fazenda Pública – Hipótese não configurada – Ação ajuizada antes do término do lapso temporal – Interrupção do decurso do prazo com a citação do devedor – Efeitos que retroagem à data da propositura da *actio*.

"Uma vez interrompida a prescrição tributária com a citação pessoal do devedor (CTN, art. 174, I), esses efeitos retroagem até a data da propositura da *actio* (CPC, art. 219, § 1º c/c art. 263). Logo, ajuizada a execução fiscal antes de findo esse prazo, não há que se falar em prescrição do crédito da Fazenda Pública.

"Se a citação do devedor ocorreu após o lapso temporal dos cinco anos, mas a ação foi ajuizada antes, não pode o credor ser punido quando não deu causa à demora da convocação do executado" (AR em Ap. Cív. n. 2004.000752-3, de Criciúma, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 9-12-2004).

"Execução fiscal – Embargos – Prescrição – Inocorrência – Exegese do § 1º do art. 219 do cânone processual – Demora da citação não ocasionada pelo credor – Súmula 106/STJ – Recurso provido – Reexame necessário prejudicado.

"Sendo a ação proposta dentro do prazo prescricional, não pode o credor ser penalizado quando não deu causa à demora na citação do devedor.

"Súmula 106/STJ: 'Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da argüição da prescrição ou decadência'.

"*Ex vi* do § 1º do art. 511 do Cânone Processual, a interposição do reclamo pelo Município está dispensado de preparo" (Ap. Cív. n. 2003.001562-0, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, (j. em 11 de agosto de 2003).

In casu, vislumbra-se que a constituição definitiva do IPTU de 1996 ocorreu em 30 de setembro do mesmo ano (fl. 4 da execução), enquanto que a execução fiscal foi proposta em 28 de dezembro de 2001 (fl. 2v.), ou seja, já decorrido o lapso prescricional, o que implica na impossibilidade de cobrança do exercício de 1996.

Por último, resta saber se o apelante é isento do IPTU dos anos de 1997, 1998, 1999 e 2000.

Salienta-se que, conforme explicitado anteriormente, aos exercícios em análise se aplica o disposto no antigo CTM, isto é, Lei n. 1.085/1997, que passou a ter eficácia em de 1º de janeiro de 1998. Logo, impossível analisar a respeito da isenção quanto ao ano de 1997, uma vez que não foi juntado pelo apelante o CTM que vigorava neste período.

No que tange aos anos de 1998, 1999 e 2000, dispõe o artigo 84 da Lei n. 1.085/1997 no que diz respeito à hipótese isentiva em que o apelante pretende o seu enquadramento:

"Art. 84. Fica isento do Imposto o bem imóvel:

"IV – pertencente a aposentado, idoso com mais de 65 anos, portadores de deficiência física ou mental e pais de excepcional, e contribuinte proprietário com renda familiar de até dois pisos nacionais de salário, possuidores de um único imóvel, urbano ou rural, e que nele residam, *mediante apresentação de requerimento justificado até o dia 28 de fevereiro de cada exercício"* (grifou-se).

Destarte, observa-se claramente que o CTM tratou, quanto ao IPTU, de isenção não concedida em caráter geral, tendo em vista a necessidade de comprovação de requisitos exigidos legalmente para que se possa auferir se o imóvel que serve de base para a tributação é isento. Nesse sentido, dispõe o Código Tributário Nacional:

"Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão".

Logo, o primeiro requisito para que se possa beneficiar da isenção de IPTU, conferida pela lei municipal, é que o sujeito passivo da exação faça prova, na autoridade administrativa competente, de que o seu imóvel está dentro da hipótese abrangida pela norma. *In casu*, *referido procedimento administrativo não consta dos autos.*

Salienta-se que este requerimento é necessário em razão de disposição expressa constante no parágrafo único do artigo 175 do Código Tributário Nacional, que explicita o fato de que "a exclusão do crédito tributário não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias, dependentes da obrigação principal cujo crédito seja excluído, ou dela conseqüente".

O tema é abordado por José Souto Maior Borges, em obra específica sobre o tema:

"Pode ocorrer que a lei estabeleça a isenção da obrigação tributária principal, a prestação do tributo, persistindo, na plenitude de sua perfeição, outra relação *ex lege* de direito público, a obrigação tributária acessória.

[...]

"Desta sorte, *a isenção só produz ordinariamente o efeito liberatório da obrigação principal de pagamento do tributo, permanecendo os seus beneficiários sujeitos às disposições legais de controle e vigilância dos requisitos para a sua outorga.*

[...]

Nestas hipóteses, o cumprimento da obrigação tributária acessória constitui, apenas, um requisito para o desfrute da isenção" (*in* Teoria geral da isenção tributária. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 335 e 336).

Portanto, ocorre que, embora a isenção possa existir desde a entrada em vigor da lei concessiva, naquele momento não era possível auferir quem eram os beneficiados pela isenção de determinado tributo, o que só será possível após a constatação caso a caso pela autoridade administrativa, que culminará em um ato indicativo de que o contribuinte possui o imóvel abrangido pela norma isentiva.

Nesse sentido, da lavra deste Desembargador, Ap. Cív. n. 2004.028986-6, de Araranguá, j. em 1º-9-2005. Veja-se, ainda:

"Tributário. Repetição de indébito. Isenção específica. Lei municipal. Efetivação mediante despacho da autoridade administrativa. Recurso desprovido.

"Quando a isenção não for conferida em caráter geral, só pode ser efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento no qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão (CTN, artigo 179)" (Ap. Cív. n. 2005.003632-3, de Balneário Camboriú, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 19-7-2005).

Dessa forma, no que tange ao pedido de isenção para os períodos de 1998, 1999 e 2000, este não pode prosperar, uma vez que não existe comprovação de ter sido efetuado requerimento administrativo nesse sentido até o dia 28 de fevereiro de cada exercício. Nessa senda, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"Tributário. Isenção. IPTU. A lei que desonera do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana imóveis localizados em determinada área

do Município, não todos mas apenas aqueles que reunam determinadas características, *subordinando o deferimento do favor fiscal ao reconhecimento prévio da autoridade administrativa*, cria espécie de isenção a ser concedida caso a caso, sem caráter de generalidade, dependente do implemento das condições exigidas (CTN, art. 179). Recurso especial não conhecido" (REsp n. 13568/RJ, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 29-11-1995) (grifouse).

Ante o exposto, rejeita-se a preliminar de inépcia da inicial executória e de nulidade da CDA porque a citada LC n. 003/2001 (CTN atual) entrou em vigor apenas em 21-12-2001, com eficácia, em razão do princípio da anterioridade, em 1º de janeiro de 2002, não se aplicando ao caso dos autos (exercícios de 1996 até 2000).

No mérito, dá-se provimento parcial ao recurso para reconhecer a prescrição do exercício de 1996, tendo em vista o decurso do lapso temporal de 5 anos para o ajuizamento da execução fiscal, que ocorreu apenas em 28 de dezembro de 2001.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, rejeitar a preliminar e prover parcialmente o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Nicanor da Silveira. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 13 de outubro de 2005.

Volnei Carlin,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2005.013994-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Volnei Carlin

Apelação cível em mandado de segurança – Ambiental – Construção em área de preservação permanente – Demolição – Necessidade de produção de provas – Carência de ação.

No mandado de segurança o interesse de agir está adstrito à verificação da necessidade e adequação do writ *à proteção do direito líquido e certo supostamente lesado. Assim, à evidência de imprescindibilidade de produção de provas, afasta-se a adequação da via eleita e, por conseguinte, o interesse processual, porquanto é vedada a instrução probatória na seara cognitiva estreita da ação mandamental.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.013994-2, da comarca da Capital, em que é apelante Anita Corrêa Skalski e apelada Fundação Municipal do Meio Ambiente — Floram:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Anita Corrêa Skalski impetrou mandado de segurança contra Fundação Municipal do Meio Ambiente – Floram visando afastar a ordem de demolição de sua obra e tornar sem efeito o auto de infração que ensejou o procedimento administrativo.

Sustentou, em síntese, que sua construção não se encontra em área de preservação permanente, sendo, portanto, regular, tornando ilegal a ordem de demolição de seu imóvel.

O Ministério Público manifestou-se pela denegação da ordem diante da ausência de demonstração do direito líquido e certo (fls. 33 e 34).

Sentenciando, o Magistrado *a quo* extinguiu o feito sem julgamento do mérito em face da carência de ação, nos termos do art. 267, VI, do CPC (fls. 35 e 36).

Irresignada, apelou a vencida, sustentando seu interesse de agir diante da existência de ato ilegal da administração a ser atacado, pugnando, ao final, pela reforma da decisão (fls. 43 a 48).

Em contra-razões, a Fundação defendeu o acerto da sentença, requerendo sua manutenção (fls. 51 a 53).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 60 a 68).

II – Voto

Objetiva a impetrante sustar o ato administrativo que determinou a demolição de sua propriedade, após adequado procedimento administrativo, ao argumento de que a construção não se encontra em área de preservação permanente.

Inicialmente, cumpre firmar que o manejo do *writ* contra o ato que determinou a demolição da construção em área *non aedificandi* tem como pressuposto inarredável a juntada de plano de documento capaz de demonstrar a legalidade da obra realizada, ou seja, prova técnica de que o local contestado não é abrangido pela proteção ambiental.

Contudo, evidencia-se que tal prova deve ser produzida judicialmente, mediante perícia, cingindo-se ao crivo do contraditório e da ampla defesa para que se torne hábil a desconstituir o procedimento administrativo regularmente realizado.

Com efeito, o mandado de segurança não é o meio processual a ser

utilizado se houver necessidade de produção de provas, haja vista que a dilação probatória é vedada na via célere deste *writ.* O exame da matéria nesta seara não admite deduções, devendo o direito líquido e certo ser comprovado de plano, de forma inequívoca, já que se trata de procedimento de cognição sumária.

A expressão é definida por Hely Lopes Meirelles, veja-se:

"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. [...] O que se exige é prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante" (*in* Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e *Habeas Data*. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 34 e 35).

No comentário de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Considera-se 'líquido e certo' o direito, 'independentemente de sua complexidade', quando os fatos a que se deva aplicá-lo sejam demonstráveis 'de plano'; é dizer, quando independam de instrução probatória, sendo comprováveis por documentação acostada quando da impetração da segurança, ou, então, requisitada pelo juiz a instâncias do impetrante, se o documento necessário estiver em poder da autoridade que recuse fornecê-lo (art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 1.533)" (Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 145).

Sendo assim, a necessidade de produção de provas para demonstração do direito, no mandado de segurança, fulmina uma das condições da ação, qual seja: o interesse de agir.

O interesse processual está adstrito à observância de dois elementos essenciais, evidenciando-se quando o provimento jurisdicional pleiteado for necessário para assegurar o direito do autor (necessidade) e adequado para tal fim (adequação).

Ensina Luiz Guilherme Marinoni:

"No que diz respeito ao interesse de agir, este repousa sobre o binômio necessidade+adequação. A parte tem 'necessidade' quando seu direito material não pode ser realizado sem a intervenção do juiz. Contudo, além da 'necessidade', exige-se a 'adequação'. Se a parte requer providência jurisdicional incapaz de remediar a situação por ela narrada na fundamentação do seu pedido, também falta o interesse de agir" (*in* Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 67).

No caso em estudo, denota-se a carência de ação da impetrante por

ter-se utilizado da via errônea. Vislumbra-se que a presente ação constitucional não é meio processual adequado para obtenção do fim colimado, haja vista a necessidade de instrução probatória, o que não é permitido na via estreita do *writ* utilizado.

Alexandre Freitas Câmara, acerca da adequação, como corolário do interesse de agir, esclarece que:

"Não basta, porém, que a ida a juízo seja necessária para que o interesse de agir esteja presente. É mister, ainda, que haja o interesse-adequação, ou seja, é preciso que o demandante tenha ido a juízo em busca do provimento adequado para a tutela da posição jurídica de vantagem narrada por ele na petição inicial, valendo-se da via processual adequada" (*in* Lições de direito processual civil, 12. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 128 e 129).

Nelson Nery Júnior acrescenta:

"[...] o autor movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual" (*in* Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 629).

Fica claro que a discussão acerca da ofensa à legislação ambiental dependeria de avaliação fática, exigindo-se a investigação probatória por meio de prova pericial ou, até mesmo, inspeção judicial.

A rigor, as condições da ação permitem ou impossibilitam ou impedem o exame do mérito. Ausente, porém, uma delas, ocorre o fenômeno da carência de ação (art. 301, inciso X, do CPC), o qual acarreta, conseqüentemente, a extinção do processo sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC.

Nesse sentido, já decidiu este Relator:

"Mandado de segurança – Servidor público estadual inativo – Averbação de tempo de serviço prestado em local insalubre – Ausência de prova pré-constituída – Extinção do processo – Aplicabilidade do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

[…]

"Ausente, portanto, qualquer das condições, ocorre o fenômeno da carência de ação (art. 301, X, CPC), o qual acarreta, conseqüentemente, a extinção do processo sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC" (MS n. 2005.000326-9, da Capital, rel. Des. Volnei Carlin, j. 8-6-05).

Por todas as razões trazidas a debate, conclui-se pela carência de ação da impetrante, diante da ausência de interesse de agir, haja vista a impossibilidade de utilização do mandado de segurança para proteção de direitos que imprescindem de produção probatória durante o feito, razão pela qual a extinção do processo sem julgamento do mérito, conforme determina o art. 267, VI, do CPC, é medida que se impõe.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz e Des. Substituto Newton Janke. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jacson Corrêa.

Florianópolis, 22 de setembro de 2005.

Volnei Carlin,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2005.021279-6, DE CAÇADOR

Relator: Des. Nicanor da Silveira

Tributário — Mandado de segurança — Direito líquido e certo de não se sujeitar à exigência fiscal inserida em autos de infração — Débito de ISS sobre operações de leasing *financeiro — Inexistência de prestação de serviço — Inexigibilidade do tributo — Entendimento do STF — Precedentes deste Tribunal — Fundamento suficiente para a concessão da ordem — Sentença reformada — Recurso provido.*

O arrendamento mercantil financeiro, com os seus componentes de compra e venda, locação e financiamento, não envolve nenhuma prestação de serviço e, como tal, não se sujeita à incidência do Imposto Sobre Serviços (ISS).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.021279-6, da comarca de Caçador (2ª Vara), em que é apelante Safra Arrendamento Mercantil S.A. e apelado o município de Caçador:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por maioria, prover o recurso. Vencido o Des. Volnei Carlin, que votou no sentido de negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Safra Arrendamento Mercantil S.A. impetrou mandado de segurança contra o Secretário de Finanças do município de Caçador, surpreendida que foi com a lavratura dos autos de Infração n. 1.153/2004 e 1.124/04, por meio dos quais se pretende exigir ISS sobre operações de arrendamento mercantil supostamente desenvolvidas no município de Caçador.

Relata que, apesar de ter-se defendido na esfera administrativa, por meio de impugnação, demonstrando que o crédito tributário é manifestamente indevido, esta veio a ser indeferida, razão pela qual não lhe restou outra alternativa senão a impetração do presente *mandamus* para resguardar seu direito líquido e certo de não ser exigido crédito tributário relativo a esse imposto: (I) totalmente extinto pela decadência, nos termos do art. 156, V, e 173, I, do CTN; (II) decorrente de atividade que não se encontra no espectro de incidência constitucionalmente delineado para o tributo municipal, uma vez que as operações de arrendamento mercantil não envolvem nenhuma prestação de serviços; (III) por ente político manifestamente incompetente; (IV) constituído em desacordo com os princípios legais e constitucionais que informaram o procedimento administrativo-fiscal.

Requereu a concessão da segurança a fim de que seja reconhecida a insubsistência dos Autos de Infração n. 1.153/2004 e 1.124/04, assegurando o direito líquido e certo de a impetrante não mais se sujeitar à exigência fiscal inserta nos referidos autos, cuja ilegalidade e incostitucionalidade reputa manifestas.

Indeferida a liminar, a autoridade coatora prestou informações pela petição de fls. 287 a 317. Juntou documentos.

Emitido parecer ministerial, sobreveio a sentença na qual o MM. Juiz denegou a ordem.

Inconformada, a empresa impetrante apelou.

Pediu a reforma da sentença para conceder a ordem a fim de assegurar o direito líquido e certo de não se sujeitar à exigência materializada nos referidos autos de infração, repisando os argumentos iniciais.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Corte, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Cid José Goulart Júnior, manifestou-se pelo parcial provimento do recurso.

É o relatório.

II — Voto

Não se deve negar o direito líquido e certo da impetrante de só se submeter à cobrança de tributos legais e constitucionais.

No caso em apreço, a impetração impugna ato concreto, qual seja, a lavratura de auto de infração decorrente do não pagamento de imposto sobre supostas operações de *leasing* financeiro realizadas pelo impetrante.

A questão central, objeto da impetração e trazida à baila na insurgência recursal, reside em saber se é possível ou não a incidência do ISS sobre tais operações.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 116.121-3/SP, proclamou, em controle difuso, a inconstitucionalidade da expressão "locação de bens móveis", constante no item 79 da lista de serviços do Decreto-Lei n. 406/68, com as alterações decorrentes da LC n. 56/87, que, na sua íntegra cons-

tava: "locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil".

Oportuno e necessário, então, reproduzir a ementa da supra-aludida decisão do Excelso Pretório:

"Tributo – Figurino constitucional. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. Imposto sobre serviços – Contrato de locação. A terminologia constitucional do Imposto Sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável – Artigo 110 do Código Tributário Nacional" (RE n. 116.121-3/SP, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, DJ 11-10-00).

Verdade que a declaração de inconstitucionalidade não se estendeu à expressão "arrendamento mercantil"; contudo, a fundamentação dos votos dos membros daquela Corte é expressiva no sentido de que somente incidirá ISS em operações que incorporem prestação de serviço, o que, por certo, não é o caso do *leasing* financeiro.

Aliás, muito recentemente o colendo Grupo de Câmaras de Direito Público, no julgamento dos Embargos Infringentes n. 2004.001789-8, fez prevalecer, com base nos mesmos argumentos, o entendimento no sentido de não ser possível tributar, mediante o ISS, as operações de *leasing* financeiro, não obstante respeitáveis entendimentos em contrário dos eminentes Desembargadores Francisco Oliveira Filho, Volnei Carlin, Cesar Abreu e Cláudio Barreto Dutra. O acórdão ficou assim ementado:

"Tributário – ISS – Operação de *leasing* sobre bens móveis – *Leasing* financeiro – Não incidência – Exegese do art. 156, inc. III, da CF e art. 110 do CTN.

"1. Ao tratar do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Constituição Federal pressupôs a 'prestação de serviços', segundo a conceituação definida no direito privado (CF, art. 156, inc. III, CTN, art. 110).

"A qualificação de operações não condizentes com o significado técnico-jurídico da expressão 'prestação de serviços', para efeito de tributação municipal do ISS, nada mais significa do que a inadmissível e arbitrária manipulação, por lei complementar, da repartição constitucional de competências impositivas, pois o tributo em comento somente pode incidir sobre obrigações de fazer (RE n. 116.121-3/SP, Min. Celso de Mello).

"2. O *leasing* financeiro, ao contrário do *leasing* operacional, não alberga 'prestação de serviço'. Não será por disposição legal que a sua natureza poderá ser alterada. A lei não tem o condão de modificar a essência das coisas ou dos fatos. Definir como prestação de serviço aquilo que essencialmente não o é, traduz-se em uma for-

ma escamoteada de burlar a limitação constitucional de incidência tributária.

"Desse modo, a incidência do ISS sobre operações de *leasing*, prevista no item 79 da relação anexa ao Decreto n. 406/68 e no item 15.09 do novo rol constante da LC n. 116/2003, diz respeito exclusivamente à modalidade de *leasing* operacional ou às atividades do agente financeiro que possam efetivamente ser enquadradas como prestação de serviços e já não estejam sujeitas ao Imposto Sobre Operações Financeiras.

"3. Não se afina com as normas de regência do Imposto Sobre Serviços, e muito menos com a natureza jurídica do tributo, legislação que prevê como base de cálculo o próprio valor do bem alienado, financiado ou locado, acrescido de hipotéticos juros a título de encargos financeiros presumidos" (Embargos Infringentes n. 2004.001789-8, de Criciúma, julgados em 12-5-04).

No corpo desse acórdão, o eminente relator transcreve do voto condutor do julgamento supracitado do STF e agrega fundamentos que assim são reproduzidos:

"Indago se, no caso, o proprietário do guindaste coloca à disposição daquele que o loca também algum serviço. Penso que não. Creio que aí se trata de locação pura e simples, desacompanhada, destarte, da prestação de serviços. Se houvesse o contrato para essa prestação, concluiria pela incidência do tributo.

"Em face do texto da Constituição Federal e da legislação complementar de regência, não tenho como assentar a incidência do tributo, porque falta o núcleo dessa incidência, que são os serviços. Observem-se os institutos em vigor tal como se contém na legislação de regência. As definições de locação de serviços e locação de móveis vêm-nos do Código Civil e, aí, o legislador complementar, embora de forma desnecessária e que somente pode ser tomada como pedagógica, fez constar no Código Tributário o seguinte preceito:

'Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias'.

"O preceito veio ao mundo jurídico como um verdadeiro alerta ao legislador comum, sempre a defrontar-se com a premência do Estado na busca de acréscimo de receita.

"Relembrem-se as noções dos referidos contratos, de que cuidam os artigos 1.188 e 1.216 do Código Civil:

'Art. 1.188. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado, ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

'Art. 1.216. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição'.

"A hipótese assemelha-se ao quadro com o qual se defrontou o Tribunal de Recurso Extraordinário n. 166.772-9/RS, quando veio a glosar a exigência da contribuição social sobre a remuneração paga a administradores e autônomos. O pretexto da incidência estaria na igualização econômica entre o que satisfeito a tal título e o salário, olvidando-se advertência doutrinária sobre a realidade jurídica conceitual, a sobrepor-se ao aspecto simplesmente econômico. Na emenda do precedente, proclamou o Plenário:

'O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito'.

"Cumpre ter presente, sobre a matéria, as palavras de Ulhoa Canto, no que citadas por Gabriel Lacerda Troianelli em artigo publicado sob o título 'O ISS sobre a locação de bens móveis' na revista Dialética de Direito Tributário n. 28. Analisando precisamente o julgamento deste processo que então se iniciara, disse o autor do artigo da irrelevância do aspecto econômico quando contrário ao modelo constitucional do tributo, secundado pela definição dos institutos envolvidos. Eis as oportunas palavras do saudoso tributarista:

'Entre nós, a interpretação econômica não tem sido acolhida, nem pelos autores nem pela jurisprudência. A própria Coordenação do Sistema de Tributação chegou até a afirmar a sua inaceitabilidade, no Parecer Normativo CST n. 563, de 18-8-1971 [...] Entretanto, é comum ler-se em atos ou decisões da Administração ou de tribunais administrativos que ao direito tributário interessam precipuamente os aspectos econômicos (o que é certo), e, por isso, os dispositivos legais, como os atos e fatos, devem ser interpretados com prevalência do respectivo conteúdo econômico, relegada a sua forma jurídica a plano secundário (ilação errada). Na verdade, trata-se de uma simples tentativa de usurpação de poderes que são apenas do legislador; sob o pretexto de interpretar a lei, o que se está tentando é aplicar a sua norma atos e fatos que ela não contempla' (Caderno de Pesquisas Tributárias n. 13. São Paulo: Resenha Tributária, 1989, p. 493).

"Em síntese, há de prevalecer a definição de cada instituto, e somente a prestação de serviços, envolvido na via direta do esforço humano, é fato gerador do tributo em comento. Prevalece a ordem natural das coisas cuja força surge insuplantável; prevalecem as balizas constitucionais e legais, a conferirem segurança às relações Estado-contribuinte; prevalece, ao fim, a organicidade do próprio Direito, sem o qual tudo será possível no agasalho de interesses do Estado, embora não enquadráveis como primários.

"Pela alínea *c*, conheço do recurso do contribuinte e dou-lhe provimento. Declaro a inconstitucionalidade dos dispositivos que prevêem essa incidência".

"Pela importância da matéria e principalmente pela radical alteração do entendimento de há muito pacificado,

é importante também que se registre o voto do eminente Ministro Celso de Mello:

'A questão ora em julgamento neste recurso extraordinário concerne, precisamente, ao tema da alegada inconstitucionalidade da Expressão 'locação de bens móveis' constante do item n. 79 da Lista de Serviços a que alude o art. 8º do DL n. 406/68, na redação que lhe deu a Lei Complementar n. 56/87, bem assim da suposta ilegitimidade constitucional dessa mesma expressão ('locação de bens móveis') inscrita no item n. 78 da Lista de Serviços referida no § 3º do art. 50 da Lei n. 3.750, de 20-12-71, do município de Santos/SP.

'Sabemos que a tributalidade dos serviços de qualquer natureza, não compreendidos na esfera de competência impositiva das demais pessoas estatais, traduz prerrogativa que pertence aos Municípios, os quais, para esse efeito, ainda que em caráter residual (Ricardo Lobo Torres, Curso de Direito Financeiro e Tributário, p. 331, item n. 7.4, 2. ed., 1995, Renovar), dispõem do poder de instituir o ISS relativamente aos serviços definidos em lei complementar editada pela União Federal (CF/69, art. 24, II; CF/88, art. 156, III).

'A lista de serviços é taxativa (RTJ 89/281). O rol que nela se contém constitui numerus clausus, embora admissível a sua interpretação compreensiva (RDA n. 118/155, rel. Min. Thompson Flores). O que se não pode aceitar – até como natural consectário do princípio constitucional da reserva de lei em matéria tributária – é a inovação do rol, para, nele, acrescentar-se, em sede normativa local, categoria de serviços não prevista na lista elaborada pela União Federal (não grifado no original).

'Os itens ora questionados na presente sede recursal extraordinária, constantes das Listas de serviços a que se referem os diplomas legislativos da União Federal e do Município de Santos/SP, tornam tributável, mediante incidência do ISS, a 'locação de bens móveis'.

'É nesse específico ponto, portanto, que reside a controvérsia suscitada na presente causa, cuja discussão torna necessário indagar se se revela juridicamente lícita, para efeito tributário, a qualificação normativa das obrigações fundadas no negócio contratual de locação de bens como atividade caracterizadora de prestação de serviços, para fins de incidência do ISS.

'Tenho para mim, na mesma linha de entendimento exposta por Aires Fernandino Barreto (Revista de Direito Tributário, vol. 38/196), que a qualificação da 'locação de bens móveis', como serviço, para efeito de tributação municipal mediante incidência do ISS, nada mais significa do que a inadmissível e arbitrária manipulação, por lei complementar, da repartição constitucional de competências impositivas, eis que o ISS somente pode incidir sobre obrigações de fazer, a cuja matriz conceitual não se ajusta a figura contratual da locação de bens móveis.

'Cabe advertir, neste ponto, que a locação de bens móveis não se iden-

tifica e nem se qualifica, para efeitos constitucionais, como serviço, pois esse negócio jurídico – considerados os elementos essenciais que lhe compõem a estrutura material – não envolve a prática de atos que consubstanciam um praestare *ou um* facere (não grifado no original).

'Na realidade, a locação de bens móveis configura verdadeira obrigação de dar, como resulta claro do art. 1.188 do Código Civil: *'Na locação de coisas,* uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado, ou não, o uso de coisa não fungível, mediante certa retribuição' (grifo do autor).

"Esse entendimento – que identifica, na figura contratual da locação de bens móveis, a presença de uma típica obrigação de dar, fundada na cessão de coisa não fungível – encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (Silvio Rodrigues, Direito Civil, vol. 3/209 a 211, itens n. 88/90, 23. ed., 1995, Saraiva; Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, vol. III/250 a 254, item n. 238, 5. ed., 1981, Forense; Orlando Gomes, Contratos, p. 328, 330 a 332 e 335, itens ns. 209 e 210 e 214, 7. ed., 1979, Forense, *v.g.*).

"Insista-se, portanto, na asserção de que, para efeito de configuração do contrato de locação de coisas (*locatio rerum*, que se distingue, juridicamente, da *locatio operarum* e da *locatio operis faciendi*), a entrega de coisa não fungível constitui, nos termos de nosso estatuto civil (art. 1.188 c/c o art. 1.189, I), um dos *essencialia negotii*, como acentua Maria Helena Diniz (Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 3/194, 6. ed., 1989, Saraiva):

'A entrega da coisa locada é o principal dever do locador, por ser ela um meio indispensável para a fruição do uso e gozo do bem, o que constitui elemento essencial do contrato de locação. Sem tal entrega, a locação não se efetiva'.

"*O fato irrecusável é um só: a Constituição, quando atribui competência impositiva ao Município para tributar serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência das outras pessoas políticas, exige que só se alcancem, mediante incidência do ISS, os atos e fatos que se possam qualificar, juridicamente, como serviços* (não grifado no original).

"Cumpre assinalar, por necessário, especialmente em face das considerações expostas, *que a legislação tributária, emanada de qualquer das pessoas políticas, não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, para definir ou limitar competências tributárias* (não grifado no original).

"Veja-se, pois, que, para efeito de definição e de identificação do conteúdo e do alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, o Código Tributário Nacional, em seu art. 110, 'faz prevalecer o império do Direito Privado – Civil ou Comercial [...]' (Aliomar Baleeiro, Direito Tributário Brasileiro, p. 687, item n. 2, atualizado pela Professora Misabel Abreu Machado Derzi, 11. ed., 1999, Forense), razão pela qual esta Suprema Corte, para fins jurídico-tributários, não pode recusar, ao

instituto da locação de bens móveis, a definição que lhe é dada pelo Código Civil (art. 1.188), sob pena de prestigiar, no tema, a interpretação econômica do direito tributário, em detrimento do postulado da tipicidade, que representa, no contexto de nosso sistema normativo, projeção natural e necessária do princípio constitucional da reserva absoluta de lei, consoante adverte o magistério da doutrina (Gilberto de Ulhôa Canto, *in* Caderno de Pesquisas Tributárias n. 13/493, 1989, Resenha Tributária; Gabriel Lacerda Troianelli, O ISS sobre a Locação de Bens Móveis, *in* Revista Dialética de Direito Tributário, vol. 28/7-11, 8-9).

"A decisão emanada do Tribunal local – que considerou juridicamente qualificável, como serviço, a locação de bens móveis, tal como relacionada nos itens constantes das Listas de Serviços referidas anteriormente – não pode subsistir, eis que, mais do que desrespeitar o que prescreve o art. 110 do Código Tributário Nacional, transgrediu a Lei Fundamental, que, em matéria tributária, instituiu clara e rígida repartição constitucional de competências impositivas.

"O posicionamento do Supremo Tribunal Federal, pelo que se pode destacar dos votos acima transcritos, está alicerçado nos seguintes fundamentos:

'a) ao tratar do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Constituição Federal pressupôs a 'prestação de serviços', segundo a conceituação definida no direito privado (CF, art. 156, inc. III);

'b) a definição de 'serviços', 'locação de serviços' e 'locação de móveis' devem ser buscadas no âmbito do direito privado, observada a disposição imperativa do art. 110 do Código Tributário Nacional quanto ao conceito, conteúdo, formas e alcance desses institutos;

'c) a definição e limitação das competências tributárias devem prestigiar o postulado da tipicidade e não a interpretação econômica do direito tributário;

'd) o conteúdo político de uma constituição não é conducente ao desprezo do sentido técnico e vernacular das palavras, sendo indesviável a consideração dos institutos consagrados pelo Direito;

'e) somente a prestação de serviços resultante diretamente do esforço humano é fato gerador do ISS, prevalecendo a organicidade do próprio Direito;

'f) tal qual a 'locação de bens móveis', a qualificação de operações não condizentes com o significado técnico e jurídico da expressão 'prestação de serviços' para efeito de tributação municipal do ISS, nada mais significa do que a inadmissível e arbitrária manipulação, por lei complementar, da repartição constitucional de competências impositivas, pois o tributo em comento somente pode incidir sobre obrigações de fazer;

'g) não prevalece o entendimento de que pudesse incidir o ISS sobre a simples entrega de bem a terceiro, levando-se em conta a realidade econô-

mica e a circunstância de manter a coisa em poder daquele com a garantia de uso pacífico'.

"A clareza dos elucidativos pronunciamentos permite – e as partes grifadas contribuem para isso – concluir com segurança que somente as operações resultantes de *'prestação de serviço'*, na sua acepção técnico-jurídica, é que ensejam a incidência do Imposto Sobre Serviços – ISS.

"Não obstante as peculiaridades do *leasing* em relação à locação, os fundamentos expendidos pela Corte Suprema podem e devem ser considerados para afastar a incidência do ISS nos casos de aquisição de bens móveis por intermédio dessa modalidade negocial.

"Assim, *data venia* dos entendimentos em contrário, tenho a firme convicção de que os fundamentos acolhidos pelo Pleno do Excelso Pretório se aplicam como luva ao caso em estudo. O *leasing* financeiro não alberga 'prestação de serviço'. Não será por disposição legal que a sua natureza poderá sofrer alteração. A lei não tem o condão de modificar a essência das coisas ou dos fatos. Definir como prestação de serviço aquilo que essencialmente não o é, traduz-se numa forma escamoteada de burlar a limitação constitucional de incidência tributária.

"Sobre a impossibilidade de a lei tributária mudar o conceito dos institutos adotados, especialmente os de direito privado, para estabelecer a incidência dos tributos, se mostram pertinentes e absolutamente válidas as palavras do Ministro Luiz Gallotti, exaradas em voto vencido que proferiu no Recurso Extraordinário n. 71.758, e citadas pelo Ministro Octávio Gallotti, também no voto vencido que exarou no Recurso Extraordinário n . 116.121-3, antes referido:

'Como sustentei muitas vezes, ainda no Rio, se a lei pudesse chamar de compra o que não é compra, de importação o que não é importação, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição' (RTJ 66, p. 165)**.**

"Em arremate, cumpre salientar que os termos da Súmula 138 do Superior Tribunal de Justiça, ante a nova orientação do Guardião-Mor da Constituição da República, merecem ser revistos. Decompondo-se o contrato de *leasing* financeiro – financiamento, locação e opção de compra – resta indesviável a afirmação categórica de não-incidência do ISS. Em relação ao primeiro dos elementos (financiamento) compete à União a instituição de tributos sobre operações financeiras (CF, art. 153, inc. V). No que diz respeito à locação, o item 79 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/68 mereceu censura do Supremo Tribunal Federal, lembrando novamente que o arrendamento mercantil foi guindado pela Lei Complementar n. 56/97 à condição de espécie do gênero 'locação de bens móveis'. E por fim, a opção de compra, se concretizada, quando muito, ensejaria o pagamento atinente à circulação de mercadorias (no caso, em função do regime de substituição tributária o ICMS já foi pago antecipadamente).

"Ainda que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal tenha sido incidental, não se pode negar o efeito que atinge as legislações inferiores, porque as decisões da Suprema Corte possuem caráter normativo, sem vinculação, é certo, mas normativo. Desse modo, as legislações inferiores que tratam da matéria e que devem obedecer às normas gerais editadas em lei complementar, nos termos do preconizado no art. 146 da Constituição Federal, sofrem de imediato os reflexos do julgamento que declarou inconstitucional a expressão 'locação de bens móveis' constante da Lei Complementar n. 56/87, que deu redação ao Decreto-Lei n. 406/68.

"Embora o § 2º do art. 102 da Constituição Federal disponha sobre o efeito vinculante somente das decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade, não se afigura despropositado adotar como orientação jurisprudencial decisão sobre inconstitucionalidade proferida pelo plenário da Alta Corte. Afinal, se o julgamento se deu em Sessão Plenária, mesmo que não tenha sido proferido em ação declaratória de constitucionalidade, não há que se negar que a decisão expressa o entendimento que adotará doravante" (Embargos Infringentes n. 2004.001789-8).

Com reforço a tudo o quanto já foi dito por ocasião desse voto, é possível concluir com segurança que somente as operações resultantes de "prestação de serviço", na sua acepção técnico-jurídica, é que ensejam a incidência do Imposto Sobre Serviços – ISS, o que não ocorre com as operações de arrendamento mercantil, objeto dos autos de infração impugnados, razão pela qual a segurança deve ser concedida.

Diante do exposto, vota-se pelo provimento do recurso para, reformando a r. sentença, conceder a segurança pleiteada.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, por maioria, prover o recurso. Vencido o Desembargador Volnei Carlin, que votou no sentido de negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Substituto Newton Janke. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Cid José Goulart Júnior.

Florianópolis, 22 de setembro de 2005.

Volnei Carlin,
Presidente, com voto vencido;
Nicanor da Silveira,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin

Ementa aditiva (art. 148, § 3º, do Regimento Interno, publ. DJSC n. 10.033, de 14-8-98).

Apelação cível em mandado de segurança – Imposto sobre serviços –

Arrendamento mercantil – Incidência – Enquadramento no item 79 da lista anexa à Lei Complementar n. 56/87 – Aplicação da Súmula 138 do Superior Tribunal de Justiça.

Tratando-se de empresa que realiza operações relativas a arrendamento mercantil, pertencente ao item 79 da lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 56/87, é devida a cobrança de tributo relativo ao ISS, que deverá ser recolhido pela empresa por ocasião da ocorrência do fato gerador sobre o qual incide o imposto, no caso, quando arrendados veículos automotores.

Sudameris Arrendamento Mercantil S.A. impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Secretário de Finanças do município de Caçador, objetivando a não-incidência do ISS sobre as operações de arrendamento mercantil.

O ponto nevrálgico do recurso que ora se apresenta para exame refere-se à inconstitucionalidade da cobrança do Imposto Sobre Serviços inerente a operações de *leasing*, tributo inserido no item 79 da lista de serviços a que se refere o Decreto-Lei n. 406, de 31 de dezembro de 1968, na redação dada pela Lei Complementar n. 56, de 15 de dezembro de 1987.

A matéria, objeto do recurso, é bastante controvertida, até mesmo no Supremo Tribunal e em ambas as Turmas. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão "locação de bens móveis", inserida nos citados dispositivos (Decreto-Lei n. 406 e Lei Complementar n. 56). O acórdão está assim ementado:

"*Tributo – Figurino constitucional*. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. *Imposto Sobre Serviços – Contrato de locação*. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável – artigo 110 do Código Tributário Nacional" (RE n. 116.121/SP. Tribunal Pleno, rel. Min. Octávio Gallotti, j. em 11-10-00) (sem grifos no original).

O Ministro Octávio Gallotti, entretanto, ao proferir voto no mesmo processo, citando o Ministro Oscar Côrrea, afirmou:

"A questão não é de agora, nem pacífica. A Corte tem-na enfrentado, porém, sem acolher a inconstitucionalidade do item 52 da Lista, em discussões como a do RE n. 106.047 (RTJ 116/811-812), no qual aflora, concluído pela sujeição do *leasing* ao ISS com base nesse mesmo item, com o que lhe valida a imposição nessa hipótese.

"Funda-se o entendimento esposado no acórdão recorrido, acolhido pela Corte, em que 'a locação de bens móveis', embora '[...] não seja locação de serviços ou fornecimento de trabalho, constitui venda de bem imaterial (serviço). Na locação de bens móveis,

o objeto do contrato é a coisa (o bem móvel), jamais o fornecimento de trabalho, embora exista intimamente ligada à locação a função acessória de se manter a coisa a ser locada em estado de bem servir ao seu destino econômico. O que existe, já dissemos, é a venda de um bem imaterial (venda do direito de uso e gozo da coisa, fato que constitui serviço).

'A incidência do ISS sobre a locação de bens móveis é de fácil justificativa. Na locação de bens móveis, o que se tributa é a entrega de um bem móvel a terceiro, por determinado tempo, para seu uso e gozo, mediante remuneração. Como inexiste transferência de propriedade do bem material, pois o bem locado é restituído ao dono, na locação de bens móveis não pode haver a incidência do ICM. O legislador não desejou que a locação de bens móveis deixasse de ser onerada. Daí colocá-la no campo de incidência do único imposto (ISS) que poderia abranger a referida atividade'.

"Em voto no RE n. 113.383-0 assinalei que 'essa orientação tem sido aceita, em face da expressa menção no item 52 da Lista de Serviços aprovada pelo Decreto-Lei n. 834/69, ainda que se possa e deva estranhar, com Geraldo Ataliba, que texto constitucional receba a interpretação ampliativa que a lei lhe dá: o texto constitucional confere aos Municípios a competência para tributar serviços – prestação de serviços e não a locação de coisas; e esta não é serviço.

'Gira, portanto, a controvérsia em torno da conceituação do que seja serviços e a extensão que tem [...]'.

"E acrescentei: 'Já a redação inicial do art. 71, § 1º, do Código Tributário Nacional incluía a 'locação de bens móveis' entre os serviços, o que os textos posteriores explicitaram. É que – pode-se ler em Baleeiro – o imposto de serviços 'reflete a sua anterior conceituação de imposto sobre profissões e indústria, uma das quais é a de alugar veículos, tratores, máquinas, roupas e chapéus de rigor, instrumentos e, em geral, móveis como meio de vida ou habitual atividade remuneradora' (Direito Tributário Brasileiro, ob. cit. p. 293).

'E nós mesmos, cuidamos da conceituação de serviços, mais longamente, no RE 100.799 (RTJ 109/799 e seg.), analisando-o no campo tributário.

'Não há, portanto, falar em violação do art. 24, II, da Constituição Federal se a lei o definiu e explicitou.

'Nem se demonstrou que, pela alínea *c*, se pudesse sustentar a inconstitucionalidade da lei local que o estabeleceu, não comprovado o conflito com a Lei Maior. Frise-se, aliás, que o acórdão recorrido nem aludiu ao texto da lei local. Como não se prequestionaram os artigos 153, §§ 2º e 29, da Constituição Federal, nem os arts. 97, I e III, 109 e 110, do Código Tributário Nacional.

'Nestes termos, inocorrentes as violações apontadas, tendo o acórdão recorrido decidido na linha da jurisprudência deste STF, não conheço do recurso' (fls. 686 a 688).

"Fica essa orientação fortalecida com a leitura de substancioso memo-

rial oferecido, logo quando da remessa do feito, ao Tribunal Pleno, pelo eminente Subprocurador-Geral Moacir Antônio Machado da Silva, em ratificação do parecer proferido às fls. 21 a 24.

"Após situar a controvérsia em se indagar se a palavra 'serviços' foi tomada na acepção econômica, ou diversamente, em sentido técnico-jurídico de direito privado, adverte S. Exa.:

'O vocábulo 'serviços' não corresponde a nenhuma conceituação específica de direito privado. Apóia-se a tese da recorrente, nada obstante, na expressão 'prestação de serviços', utilizada na legislação complementar, procurando enquadrá-la na esfera do contrato de 'locação de serviços', regulado no Código Civil.

'Mas essa colocação, de um lado, inverte a ordem natural de solução do problema, porque busca extrair o conceito de 'serviços', que é subordinante e de ordem constitucional, a partir do significado da expressão 'prestação de serviços', constante da legislação complementar, inteiramente dependente e subordinada.

'E, por outro lado, a locação de bens móveis, à semelhança de várias outras atividades, que não resultam de trabalho prestado por pessoas, foram sempre classificadas como 'serviços', sujeitos ao imposto municipal, na mesma legislação complementar que inseriu a expressão 'prestação de serviço', na definição do fato gerador do aludido tributo' (fl. 3).

"Traça, com percuciência, o histórico da disposição constitucional, a partir da Emenda n. 18, à Carta de 1946 e do Código Tributário Nacional, passando pelos Decretos-Leis n. 406/68 e 834/69 e pela Constituição de 1967 e sua Emenda n. 1. Cita, então, Rubens Gomes de Souza, que também qualifica 'serviços' no sentido de 'uso, utilidade ou préstimo que se tira de certas coisas', para, de tudo, extrair essa assertiva:

'Vê-se, portanto, que a expressão 'prestação de serviços' tem alcance mais amplo na legislação complementar relativa ao ISS, abrigando não apenas as hipóteses compreendidas na chamada 'locação de serviços', disciplinada no Código Civil, como também outras modalidades de serviços, relacionados com as coisas que as empresas ou profissionais autônomos põem à disposição das pessoas.

'Dessa forma, ao contrário do que supõe a recorrente, a legislação complementar apresenta elementos claramente indicativos de que o vocábulo 'serviços', que – repita-se – não denomina instituto, nem corresponde a qualquer conceito ou forma específica de direito privado, não se reduz às hipóteses de trabalho prestado por pessoas' (fl. 5).

"Procura precisar o alcance do art. 110 do Código Tributário Nacional, valendo-se do magistério do saudoso mestre Amilcar de Araújo Falcão:

'Na delimitação do campo de incidência de cada imposto, que é de ordem constitucional, o legislador pode utilizar e freqüentemente se utiliza de conceitos estes que, considerados pelo

Direito para que se lhes confiram efeitos ou qualificações juridicamente relevantes, passam a conceituar-se como fatos jurídicos (cf. Amílcar de Araújo Falcão, Fato Gerador da Obrigação Tributária, 1971, p. 65)' (fl. 6).

"Alerta para a abrangência resultante da expressão 'de qualquer natureza', reiteradamente usada pelas sucessivas disposições constitucionais:

'Na formulação constitucional do campo de incidência do imposto municipal, não se limitou o legislador constituinte a utilizar a expressão 'serviços', mas ainda lhe acrescentou a locução 'de qualquer natureza', que a corrente mais restritiva prefere considerar ociosa ou sem função, muito embora tenha sido sistematicamente adotada em todos os textos constitucionais, desde a Emenda n. 18, de 1965, até a Constituição vigente' (fl. 17).

"Resume a legislação francesa, cuja experiência foi seguida pela Comunidade Econômica Européia e que inspirou a reforma tributária empreendida pela Emenda Constitucional n. 18, de 1965, endossando, a propósito, os conceitos de Bernardo Ribeiro de Moraes:

'Assim, vemos que, com a reforma tributária de 1965, o Brasil reestruturou o seu regime impositivo, para agasalhar um imposto sobre o valor acrescido, onerando, no objetivo final, as vendas em geral: as vendas de bens materiais, limitadas em nosso direito às operações relativas à circulação de mercadorias (mercadorias ou produtos), que ficou com os Estados (ICM); e as vendas de bens imateriais (serviços), de competência tributária dos Municípios (ISS)' (fl. 9).

"Não deixa de aludir, ainda, ao caráter de substituição do antigo imposto de indústria e profissões, o qual, notoriamente, assinalou a criação do imposto sobre serviços, concebido para abarcar todos aqueles 'sobre os quais incidiram os impostos extintos, desde que não incluídos na competência da União e dos Estados, inclusive, portanto, sobre a locação de bens móveis, diversões públicas, etc'.

"Tenho sempre presente a advertência de meu saudoso pai, Luiz Gallotti, em voto, aliás vencido, que proferiu no Recurso Extraordinário n. 71.758, sobre a impossibilidade de a lei tributária mudar o conceito dos institutos adotados, especialmente os de direito privado, para estabelecer a incidência dos tributos:

'Como suscitei muitas vezes, ainda no Rio, se a lei pudesse chamar de compra o que não é compra, de importação o que não é importação, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição' (RTJ 66, p. 165).

"Não poderia, igualmente, ignorar que o nome 'locação de serviços' resíduo tradicionalista do direito romano, utilizado pelo Código Civil Brasileiro, de par com a 'locação de coisas', não esconde a diferença essencial entre um e outro pactos. Mas devo igualmente considerar que não se encontra apoio, no texto constitucional (art. 24,

II, da Carta de 1967), para atrelar estritamente, ao âmbito do contrato denominado 'locação de serviços', a hipótese tributária incidente sobre 'serviços' *tout court*, expressão muito mais ampla que a compreendida naquela espécie contratual típica. Mostra-o com exuberância, o memorial da douta Procuradoria-Geral da República.

"Até mesmo porque da expressão 'de qualquer natureza', gravada na Constituição, há de se extrair algum motivo útil.

"A definição desses serviços foi confiada à lei complementar. Não deve ela fugir daquilo que se possa ter, conceitualmente, como serviço, e sua função primordial é extremar o limite da competência tributária municipal. Mas não há de ser interpretada, unilateralmente, só na exploração da possibilidade de reduzir a área de imposição do imposto municipal, mas livremente atuar no justo espaço desta, traçado pela Constituição, na abrangência dos serviços 'de qualquer natureza'.

"A origem histórica do imposto em questão também não é de abstrair-se, como figura tributária instituída, em substituição ao imposto sobre indústria e profissões, como 'imposto sobre a circulação de bens imateriais' (expressão de Ribeiro de Moraes, realçada por Shacha Calmon, em seus recentes comentários à Constituição de 1988, p. 263) em oposição ao ICM, incidente sobre as vendas materiais, conforme o dualismo concebido pela reforma de 1965.

"A esse contexto histórico tem-se mantido fiel a jurisprudência predominante, na prática de sucessivas Constituições, a partir da Emenda n. 18, de 1965 e, pelos mesmo motivos expostos neste voto, não encontro razão suficiente para alterá-la.

"Conheço do recurso pela letra *c*, porquanto, tendo sido contestado o ato do governo local em face da Constituição Federal, foi julgado válido o primeiro pelas instâncias ordinárias.

"Mas nego-lhe provimento, por não reputar configurada a inconstitucionalidade argüida pela recorrente".

Acresça-se a esse voto, também no RE n. 116.121-3/SP, o do Ministro Carlos Velloso:

"Trata-se de lançamento de ISS sobre locação de guindastes. A sentença julgou improcedentes os embargos à execução ajuizados pela contribuinte. Houve recurso ao Tribunal de Justiça de São Paulo, argüindo-se a inconstitucionalidade do item 52 da Lista de Serviços da Lei Municipal n. 3.750/71, argüição rejeitada, negando-se provimento à apelação.

"Daí o RE [...].

"Tenho, pois, como acertados os conceitos postos no acórdão recorrido, lavrado pelo ilustre Des. Maurício Vidigal:

[...]

'O equívoco da apelante repousa na adoção de conceitos do Direito Civil, quando o próprio Direito Tributário permite a interpretação do texto constitucional. Conforme ensina Bernardo Ribeiro de Moraes, em Doutrina e Prá-

tica do Imposto sobre Serviços, o estudo da legislação comparada, que informou a reforma constitucional, instituidora do Imposto Sobre Serviços, é essencial para a definição da natureza do fato gerador do imposto. Nessa legislação comparada, entendeu-se que 'prestação de serviços é toda operação que não constitua venda de um bem material' (obra citada, p. 99, ed. 1975). Em decorrência disso, 'o conceito de 'prestação de serviços' adotado pela legislação referida não tem o significado do direito civil, relativo ao contrato de simples fornecimento de trabalho (*locatio conductio operarum*) mediante remuneração' (ob. cit., p. 41).

'Para efeitos de incidência do imposto sobre o valor acrescido, o conceito de 'serviço' foi sempre definido por exclusão ao de 'transferência de bens'. A Segunda Diretriz do Conselho da CEE, de 11 de abril de 1967, considera 'transferência de um bem' toda transferência do poder de dispor de um bem material como proprietário (art. 5º), sendo 'prestação de serviços' toda a operação que não constitua transferência de um bem (art. 6º). O mesmo se diga da legislação de Luxemburgo, da Holanda, da Suécia, da Alemanha Federal, da Itália etc.

'Assim o imposto sobre o valor acrescido, quanto à prestação de serviços, onera as atividades econômicas de transferência de bens não materiais, ou melhor, de bens imateriais, isto é, de serviços' (obra e página citadas).

"E mais adiante leciona o mestre: 'o conceito econômico de 'prestação de serviços' (fornecimento de bem imaterial) não se confunde e nem se equipara ao conceito de 'prestação de serviços' do direito civil, que é conceituado como fornecimento apenas de trabalho (prestação de serviços é o fornecimento, mediante remuneração, de trabalho a terceiros). O conceito econômico não se apresentando acanhado, abrange tanto o simples fornecimento de trabalho (prestação de serviços do direito civil) como outras atividades, *v.g.*: locação de bens móveis, transporte, publicidade, hospedagem, diversões públicas, cessão de direitos, depósito, execução de obrigações de não fazer, etc. (vendas de bens imateriais).

'Esse conceito econômico de prestação de serviços é o que foi adotado pelo texto constitucional, à luz do direito comparado e dos objetivos do novo imposto que veio a substituir o antigo imposto de indústrias e profissões que incidia sobre atividades semelhantes. Tanto é assim que o imposto recai, não sobre a prestação de serviços, mas sobre 'serviços de qualquer natureza'. O uso dessa expressão deixa claro que a intenção da Carta Magna não é socorrer-se de definição do direito civil, mas utilizar-se do conceito econômico de serviço. E dentro desse conceito está compreendida a locação de móveis. [...]' (fls. 154 a 156).

"Do exposto, adiro ao voto do eminente Ministro Octávio Gallotti, Relator".

Em seu voto, o Ministro Nelson Jobim complementa:

[…]

"A orientação do Tribunal é pela constitucionalidade do referido item.

"A Segunda Turma já decidiu questão idêntica à dos autos.

"As partes inclusive eram as mesmas.

"Leio no RE n. 112947, Carlos Madeira, DJ 7-8-87:

'Tributário. ISS na locação de bens móveis. O que se destaca [...] na locação de bens móveis, não é apenas o uso e o gozo da coisa, mas sua utilização na prestação de um serviço. Leva-se em conta a realidade econômica, que é a atividade que se presta com o bem móvel, e não a mera obrigação de dar, que caracteriza o contrato de locação, segundo o art. 1.188 do Código Civil. Na locação de guindastes, o que tem relevo é a atividade com eles desenvolvida, que adquire consistência econômica, de modo a tornar-se um índice de capacidade contributiva do Imposto Sobre Serviços'.

"A Primeira Turma posicionou-se no mesmo sentido.

"Transcrevo a ementa do RE n. 106047, Rafael Mayer:

'ISS Arrendamento mercantil de coisas móveis (*leasing*). Incidência do Imposto Sobre Serviços. Subsunção no item 52 da Lista de Serviços.

'Razoável o entendimento de que a prestação habitual, pela empresa, de serviço consubstanciado no arrendamento mercantil (*leasing*) de bens móveis, está sujeita ao ISS, em correspondência à categoria prevista no item 52 da Lista'.

"Acompanho o Relator.

"Conheço do recurso, mas lhe nego provimento" (RE n. 116.121-3/SP).

Por fim, o Ministro Ilmar Galvão arremata votando:

"Senhor Presidente, verifico, primeiramente, que se está diante de dispositivo legal que já se acha em vigor há trinta e dois anos, período de tempo durante o qual nunca teve a sua inconstitucionalidade argüida perante esta Corte.

"Em segundo lugar, diante da afirmativa feita pelo Ministro Celso de Mello, de que o contrato de locação implica uma obrigação de dar, gostaria de observar que, segundo o art. 1.189 do Código Civil, o locador, além de pôr a coisa à disposição do locatário, o que não corresponde com rigor à prestação de dar, é obrigado a manter a coisa no estado e a garantir o uso pacífico dela, comportamento próprio da obrigação de fazer.

"Vale dizer que a locação envolve prestação de serviço. Manter um guindaste em funcionamento envolve serviços de manutenção. Assegurar o uso pacífico exige uma assistência permanente, que implica prestação de serviço.

"Daí, a inclusão do contrato na relação de serviços tributados pelo ISS.

"O que se pretende, nesse caso, é a isenção de tributo sobre uma das atividades econômicas certamente das mais lucrativas, porquanto das mais exploradas presentemente, visto que, não sendo prestação de serviço, muito

menos será circulação de mercadorias. Assim, não serve de base a nenhum dos tributos previstos na Constituição, o que soa inteiramente absurdo, não sendo de ser mantido.

[...]

"A Carta de 67 já trazia o mesmo dispositivo. Não é uma inconstitucionalidade que surgiu em 88. Agora, é realmente de se estranhar que há trinta e dois anos se pague tributo sobre essa atividade e, de repente, é inconstitucional (RE n. 116.121-3/SP).

"Foi tendo como base os votos acima destacados que fiquei vencido na questão pertinente a constitucionalidade ou não do termo 'locação de bens móveis'.

"Veja-se que a empresa embasa sua defesa na mesma decisão do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário n. 116.121-3 de São Paulo) que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão 'locação de bens móveis', constante no item 79 da Lista de Serviços a que se refere o Decreto-Lei n. 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar n. 56/87, entretanto, esta decisão da Suprema Corte tratava de locação de guindaste para construção civil e foi tomada por maioria de votos, vencidos os Ministros Octávio Gallotti (Relator), Carlos Velloso (Presidente), Ilmar Galvão, Nelson Jobim e Maurício Corrêa, votos estes que, no caso dos presentes autos, adoto como fundamentação para a incidência do Imposto Sobre Serviços, não reconhecendo a inconstitucionalidade da expressão 'locação de bens móveis'".

Ademais, a decisão prolatada no controle difuso de constitucionalidade como ocorreu, seja proferida por unanimidade ou por maioria, tem efeitos retroativos; porém tão-somente entre as partes do processo. Sobre o controle de constitucionalidade da lei leciona Alexandre de Moraes:

"Efeitos da declaração de inconstitucionalidade – controle difuso.

"A. Entre as partes do processo (*ex tunc*).

"Declarada *incidenter tanto* a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, desfaz-se, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados. Porém, tais efeitos *ex tunc* (retroativos) somente têm aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração.

"B. Para os demais (*ex nunc*).

"A Constituição Federal, porém, previu um mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, X). Assim, ocorrendo essa declaração, conforme já visto, o Senado Federal poderá editar uma resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucio-

nal por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, que terá efeito *erga omnes*, porém *ex tunc*, ou seja, a partir da publicação da citada resolução senatorial" (*in*: Direito Constitucional. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 593).

Não tendo sido editada a respectiva resolução pelo Senado Federal, a inconstitucionalidade da expressão "locação de bens móveis" prevista no item 79 da Lista de Serviços a que se refere o Decreto-Lei n. 406/68, na nova redação que recebeu pela Lei Complementar n. 56/87, vale somente entre as partes do Recurso Extraordinário n. 116.121-3, e sua declaração incidental de inconstitucionalidade não tem o condão de invalidar, para os demais casos, aquela expressão em destaque.

Outrossim, observa-se do item 79 da Lista de Serviços, dada pela redação da Lei Complementar n. 56, de 15 de dezembro de 1987, o seguinte:

"79. Locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil".

Sem dúvida o RE n. 116.121-3, proferido pelo Tribunal Pleno do STF, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "locação de bens móveis" do supracitado dispositivo legal. No entanto, nada foi mencionado sobre a expressão "arrendamento mercantil", estando, portanto, em pleno vigor.

Nesse sentido:

"Agravo de instrumento – Tutela antecipada em face da Fazenda Pública – Liminar indeferida – Cobrança de ISS – Incidência sobre operações de arrendamento mercantil – Recurso desprovido.

[...]

"*Ex vi* do art. 8º, § 1º, do Decreto-Lei n. 406 de 31 de dezembro de 1968, há competência do Município, incidindo na espécie o tributo *sub judice*, porque no RE n. 116.121-3 argüiu-se a inconstitucionalidade da expressão 'locação de bens móveis', entretanto subsiste a proposição 'arrendamento mercantil'" (AI n. 2003.000265-0, de Itajaí, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. em 28-4-03).

Em recente decisão, o Tribunal gaúcho decidiu que há incidência de ISS sobre as operações de *leasing*:

"Agravo de instrumento. Apelação recebida no efeito devolutivo. ISS. *Leasing*. Incidência. I. Há regra expressa no art. 520, V, do CPC, de que a apelação da sentença que julga improcedentes os embargos à execução deve ser recebida somente no efeito devolutivo. II. Incide ISS sobre *leasing*, que não se confunde com locação. Agravo de instrumento a que se nega seguimento" (TJRS: Agravo de Instrumento n. 70011303310, Primeira Câmara Cível, rel. Des. José Luiz John dos Santos, j. em 1º-4-2005).

No mesmo caminho, do mesmo Tribunal: AI n. 70010740488, Primeira Câmara Cível, rel. Des. Niwton Carpes da Silva, j. em 30-3-2005; AI n. 70009609363, Segunda Câmara Cível, rel. Des. Arno Werlang, j. em 9-3-2005 e Ap. Cív. n. 70009066739, Segunda Câmara Cível, rel. Des. Arno Werlang, j. em 9-3-2005.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já decidiu:

"Tributário. ISS. *Leasing*.

"I – O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, tem incidên-

cia nas operações de Arrendamento Mercantil – (*Leasing*).

"Precedentes.

"II – Recurso provido" (REsp n. 804/SP, rel. Min. Pedro Acioli, DJU 14-5-90, p. 04152).

"Tributário. ISS. Arrendamento mercantil. *Leasing*. Incidência do tributo. LC n. 56/87. Precedentes. 1. Pacificou-se o entendimento jurisprudencial das 1ª e 2ª Turmas do STJ em torno da incidencia do ISS nos contratos de *leasing* que se subordinam às regras do arrendamento mercantil. 2. Inexistente, até 1º-1-88, norma definidora do fato gerador do tributo em casos que tais, o que só veio a ocorrer com a edição da LC n. 56/87, o ISS não incide nas operações de arrendamento mercantil anteriores àquela data" (EREsp n. 5438/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 14-8-95, p. 23.971).

"Tributário – Arrendamento mercantil – Natureza jurídica – Lei n. 6.099/74 – LC n. 56/87 – Incidência do ISS. Contrato misto, em sua origem, o *leasing* tornou-se, entre nós, um negócio típico, nominado e autônomo: a 'locação mercantil' definida e regida pela Lei n. 6.099/74. Não faz sentido, atualmente, a pesquisa em torno de qual contrato prepondera na formação deste novo instituto.

"A prática de 'arrendamento mercantil', antes de 1º de janeiro de 1987, não constituía fato gerador de ISS. A partir daquela data – quando se tornou eficaz a Lei Complementar n. 56/87, o ISS passou a incidir sobre o arrendamento mercantil" (EREsp n. 341/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 8-5-95, p. 12.273).

"Tributário. ISS. *Leasing*.

"– É entendimento predominante desta Corte que a prestação de serviços de *leasing* por empresa, está sujeita à incidência do ISS.

"– Precedente" (REsp n. 558/SP; rel. Min. Américo Luz, DJU 13-3-95, p. 05.268).

"Processual civil e tributário. Medida cautelar para emprestar efeito suspensivo a recurso especial. Requisitos. ISS. Incidência sobre operações de *leasing*. Súmula 138/STJ.

"1. Ausentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, não logra êxito pretensão deduzida em medida cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso especial.

"2. Consoante inteligência da Súmula 138/STJ, incide o ISS sobre contratos de *leasing*.

"3. Agravo regimental desprovido" (AgRg na MC n. 7698/RS, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, *in* DJU de 5-4-2004, p. 203).

A Súmula 138/STJ, por sua vez, dispõe que "o ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis".

Desse modo, pela não ocorrência de inconstitucionalidade na expressão "arrendamento mercantil" e pelo que está disposto no RE n. 116.121-3, vê-se que é possível incidir o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre as operações de arrendamento mercantil.

Por estas razões, divergi da douta maioria e fiquei vencido, votando no sentido de negar provimento ao recurso.

Volnei Carlin

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2005.013289-0, DE PALHOÇA

Relator: Des. Luiz Cézar Medeiros

Processual civil – Ambiental – Responsabilidade solidária – Causador direto do dano e o poder público municipal – Dever de fiscalização – Omissão.

"A ação civil pública poderá ser proposta contra o responsável direto, contra o responsável indireto ou contra ambos pelos danos causados ao meio ambiente. Trata-se da denominada responsabilidade solidária, ensejadora do litisconsórcio facultativo (CPC, art. 46, I) e não do litisconsórcio necessário (CPC, art. 47)" (REsp n. 37.354-9/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2005.013289-0, da comarca de Palhoça, em que é agravante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e agravados Levi Pedro Correia Filho, Ivan Ângelo Taffarel Trois e o município de Palhoça:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Es-

tadual contra decisão interlocutória proferida nos autos de ação civil pública, ajuizada contra o município de Palhoça, Levi Pedro Correia Filho e Ivan Ângelo Taffarel Trois, que ordenou a emenda da inicial para que o processo tramitasse somente com relação a um dos requeridos.

Narrou o agravante que a *actio* fora aforada com vistas à responsabilização dos agravados por danos causados ao meio ambiente, uma vez que Ivan Ângelo Taffarel Trois teria edificado imóvel em área de preservação permanente, utilizando-se, para tanto, dos serviços de Levi Pedro Correia Filho.

Afirmou que há responsabilidade solidária dos três requeridos, sendo o Município responsável por omissão, e os demais, por ação.

O efeito suspensivo foi concedido em despacho de fls. 55 a 57.

O município de Palhoça ofertou contra-razões ao recurso, requerendo fosse mantido o decisório.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Francisco de Assis Felippe, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, mantendo-se o litisconsórcio passivo.

II – Voto

Colhe-se dos autos que a ação civil pública empreendida pelo membro do *Parquet* objetiva a responsabilização dos requeridos pelos danos ambientais derivados de construção em área *non aedificandi*, qual seja, o Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, no município de Palhoça.

O Meritíssimo Juiz proferiu despacho determinando a emenda da inicial, fazendo-se constar apenas um dos requeridos como legitimado passivo, o que motivou a insurgência do representante do Ministério Público proponente da ação.

O recurso merece provimento.

Dispõe o inc. IV do art. 3º da Lei n. 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente:

"Art. 3º – Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

[…]

"IV – poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental".

Nesse sentido é o posicionamento jurisprudencial:

"A ação civil pública poderá ser proposta contra o responsável direto, contra o responsável indireto ou contra ambos pelos danos causados ao meio ambiente. Trata-se da denominada responsabilidade solidária, ensejadora do litisconsórcio facultativo (CPC, art. 46, I) e não do litisconsórcio necessário (CPC, art. 47)" (REsp n. 37.354-9/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

Tudo leva a crer que, no caso em apreço, as pessoas físicas são as responsáveis diretas, e o Município, o responsável indireto, haja vista a omissão na fiscalização da obra.

Da doutrina extrai-se o seguinte ensinamento:

"Toda pessoa física ou jurídica é responsável pelos danos causados ao meio ambiente. Não é diferente em relação à pessoa jurídica de direito público interno. Esta, com maior razão, deve ser responsabilizada pelos danos causados ao meio ambiente por omissão na fiscalização ou pela concessão irregular do licenciamento ambiental. Tal fato, no entanto, não exime de responsabilidade o verdadeiro causador dos danos ambientais.

[...]

"Aplica-se, *in casu*, a responsabilidade objetiva pelo risco integral. Não há que se apurar a culpa, bastando a constatação do dano e do nexo causal entre este e o agente responsável pelo ato ou fato lesivo ao meio ambiente. Reparado o dano pelo Poder Público, este poderá voltar-se contra o causador direto do dano por meio da ação regressiva. Trata-se da denominada responsabilidade solidária.

[...]

"Impera em nosso ordenamento jurídico ambiental a responsabilidade civil objetiva. Não há dúvida quanto à sua aplicabilidade, tendo-se em vista tratar-se de dano difuso. É muito difícil identificar a vítima do dano ambiental. Também é difícil apurar o responsável por este quando envolver várias indústrias ou pessoas.

"Diante dessas dificuldades, adota-se, no direito ambiental, à semelhança do direito civil, o princípio da solidariedade passiva. Essa regra se aplica no direito ambiental com fundamento no art. 942 do Código Civil de 2002 (art. 1.518 do CC de 1916). Assim, havendo mais de um causador do dano, todos responderão solidariamente" (Sirvinskas, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 106 e 107).

Evidenciado, pois, o *fumus boni iuris*.

Quanto ao *periculum in mora*, como observado pelo agravante, o prolongamento desta discussão e a eventual exclusão do município de Palhoça da lide apenas retardarão a prestação jurisdicional, fazendo com que o dano ambiental não possa ser, desde logo, revertido.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, confirmando o despacho de fls. 55 a 57.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, deram provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Francisco de Assis Felippe.

Florianópolis, 23 de agosto de 2005.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Luiz Cézar Medeiros,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2005.014342-2, DE BLUMENAU

Relator: Des. Luiz Cézar Medeiros

Processual civil – Ação de indenização por danos morais movida contra o Estado – Denunciação da lide aos agentes públicos – Introdução de fundamento jurídico novo – Inviabilidade.

A denunciação da lide, nos termos do art. 70, III, do Código de Processo Civil, é imperativa "àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda", não se podendo introduzir fundamento jurídico novo sob pena de violação dos princípios da economia e celeridade processuais.

A ação indenizatória movida contra o Estado tem por fundamento a responsabilidade objetiva. A integração da lide pelos servidores públicos, requerida pela Administração por meio de pedido de denunciação da lide, introduz discussão acerca da culpa ou dolo daqueles, ou seja, introduz fundamento jurídico novo, sendo correta a decisão que indefere pedido neste sentido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2005.014342-2, da comarca de Blumenau, em que é agravante o Estado de Santa Catarina e agravado Dirceu Abel Ponciano:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Vencido o Des. Newton Trisotto.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina contra decisão interlocutória que indeferiu, em ação indenizatória movida por Dirceu Abel Ponciano, pedido de denunciação da lide.

Narrou o Estado de Santa Catarina que o agravado ajuizou ação de indenização por danos morais sob a justificativa de que teria sido torturado e humilhado por policiais militares durante revista no Presídio Regional de Blumenau, tendo o ente público deduzido pedido de denunciação da lide aos agentes acusados da prática danosa.

Aduziu que o requerimento não foi acolhido pelo Magistrado *a quo*, ra-

zão pela qual agravou de instrumento, com pedido expresso de concessão de efeito suspensivo.

Em despacho proferido às fls. 58 e 59, o efeito suspensivo almejado foi denegado, por ausente o *fumus boni iuris*.

Transcorrido o prazo sem apresentação de contra-razões, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral de Justiça, tendo o Dr. Francisco José Fabiano opinado pelo conhecimento e provimento do recurso.

II – Voto

Pretende o agravante, pessoa jurídica de direito público, a reforma do interlocutório que indeferiu pedido de denunciação da lide aos agentes públicos apontados como responsáveis pelo dano sofrido pelo agravado.

Fundamenta sua pretensão no art. 70, inc. III, do Código de Processo Civil e no art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

"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".

"Art. 37. [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Como é sabido, a denunciação da lide se traduz num chamamento à garantia, ou seja, trata-se de uma ação incidente de regresso, proposta pelo denunciante contra o denunciado, nas hipóteses legais, tendo sido instituída em vista dos princípios da economia e celeridade processuais.

Assim, somente será ela admissível se o denunciado estiver obrigado a garantir o resultado da demanda, isto é: a perda da primeira ação automaticamente gera a responsabilidade do segundo garante.

Como ensina a jurisprudência, "só se permite a denunciação da lide, na exegese restritiva necessária que se faz ao inc. III do art. 70 do CPC, quando há relação jurídica de garantia propriamente dita entre o denunciante e o denunciado. A aplicação restrita refere-se aos casos em que a lei ou o contrato asseguram, previamente, à parte o direito regressivo contra o obrigado a indenizar o prejuízo, não assim no caso de mera possibilidade de vir a nascer aquele direito regressivo, *a posteriori*, com a sentença condenatória" (RT 598/171).

Veja-se que não é permitida na denunciação a introdução de fundamento jurídico novo, ausente na demanda originária, que não seja a responsabilidade direta, decorrente da lei ou do contrato, sob pena de retardamento da prestação jurisdicional.

Colhe-se do Superior Tribunal de Justiça o seguinte entendimento:

"A denunciação da lide só deve ser admitida quando o denunciado esteja obrigado, por força de lei ou do contrato, a garantir o resultado da demanda, caso o denunciante resulte vencido, vedada a intromissão de fundamento novo não constante da ação originária" (RSTJ 142/346).

Por isso, "essa responsabilidade do denunciado de compor o prejuízo, seja legal ou contratual, deve ser comprovada pelo denunciante de plano por provas necessárias à própria instrução da ação principal; se assim não for, evidencia-se a introdução de fundamento novo a afastar o instituto" (STJ, 5ª Turma, REsp n. 351.808/MG, rel. Min. Edson Vidigal).

Ora, o Estado responde pelo ato por conta da responsabilidade objetiva prevista no supracitado § 6º do art. 37 da Constituição Federal. Já o preposto tem sua obrigação fundada na responsabilidade subjetiva, conforme se denota da parte final do mesmo dispositivo constitucional. Em outras palavras: enquanto a responsabilidade do Estado pela indenização exsurge de forma direta, a do servidor público fica condicionada à comprovação de que tenha ele concorrido com dolo ou culpa para o desencadeamento dos fatos que culminaram no dano moral.

Percebe-se que a discussão acerca da culpa ou dolo do agente público, que eventualmente reclamará dilação probatória, com prova testemunhal ou até mesmo pericial, é exatamente a introdução de fundamento jurídico novo, vedado na seara da denunciação da lide.

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello, revendo seu posicionamento, obtempera:

"Outra questão é a de saber-se se é aplicável ao tema da responsabilidade do Estado o disposto no art. 70, III, do Código de Processo Civil, de acordo com o qual: 'A denunciação da lide é obrigatória àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda'. Revendo posição anteriormente assumida, estamos em que tem razão Weida Zancaner ao sustentar o descabimento de tal denunciação. Ela implicaria, como diz a citada autora, mesclar-se o tema de uma responsabilidade objetiva – a do Estado – com elementos peculiares à responsabilidade subjetiva – a do funcionário. Procede sua assertiva de que, ademais, haveria prejuízos para o autor, porquanto 'procrastinar o reconhecimento de um legítimo direito da vítima, fazendo com que este dependa da solução de um outro conflito intersubjetivo de interesses (entre o Estado e o funcionário), constitui um retardamento injustificado do direito do lesado, considerando-se que este conflito é estranho ao direito da vítima, não necessário para a efetivação do ressarcimento a que tem direito' (Zancaner, Weida. Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 64 e 65)" (Curso de Direito Administrativo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 893 e 894).

Semelhante é o entendimento de Yussef Said Cahali, que afirma ser "imoral e despropositado pretender servir-se (o denunciante) do mesmo processo instaurado pelo ofendido para inovar a fundamentação da ação, recuperar de terceiro aquilo que já deveria ter pago, na composição do dano sofrido pela vítima" (Responsabilidade civil do Estado, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 186).

Conclui-se, pois, que acertado o decreto judicial hostilizado, uma vez que negou que os agentes penitenciários apontados como responsáveis pelo evento danoso integrassem a lide, haja vista a introdução de fundamento novo, qual seja, a discussão acerca da culpa ou dolo daqueles.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso. Vencido o Des. Newton Trisotto.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Francisco José Fabiano.

Florianópolis, 2 de agosto de 2005.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Luiz Cézar Medeiros,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto

1. Tenho sustentado que "em ação indenizatória aforada contra pessoa jurídica de direito público com fundamento na responsabilidade civil objetiva (CF, art. 37, § 6º), originária de acidente de trânsito, não há deferir a denunciação da lide ao condutor do veículo se incompatíveis os fundamentos da contestação (culpa exclusiva da vítima) com os da lide secundária (culpa do denunciado) ou quando, pelo retardamento na tramitação do processo, causar prejuízo ao autor" (AI n. 2003.006715-9).

Sobre o tema, permito-me reproduzir o voto inserido no acórdão relativo à Apelação Cível n. 1999.000869-0:

"1. A responsabilidade do Estado é objetiva (CF, art. 37, § 6º). No entanto, a regra não é absoluta, como foi bem destacado pelo Desembargador Anselmo Cerello:

'Responsabilidade objetiva do Estado. Inteligência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

'Evidenciado que o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva do particular, afastadas as hipóteses de falha do serviço público, risco administrativo, etc., incogitável a reparação estatal, uma vez que o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 vem consagrar que a responsabilidade objetiva não tem abrangência de impor uma indenização estatal, mesmo na hipótese do ente público não ter concorrido para eclosão do dano' (Ap. Cív. n. 1997.006960-0).

"Há precedente do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido:

'Processual civil – Ação indenizatória contra o Estado – Acidente de trânsito – Denunciação à lide do motorista do veículo oficial – Condições – Impossibilidade – Nulidade do processo – CPC, art. 70.

'Processual – Ação de indenização contra o Estado – Responsabilidade objetiva – Presunção de culpa – Acidente de trânsito – Denunciação da lide – Motorista oficial – (CPC – art. 70).

'I – Na indenização por acidente de trânsito, não existe responsabilidade objetiva do Estado, mas presunção *juris tantum* de culpa.

'II – O Estado – quando réu em processo de indenização por acidente de trânsito – tem direito de denunciar a lide ao motorista que conduzia o veículo oficial.

'III – Requerida a denunciação, em tal processo, é defeso ao Juiz condicioná-la à confissão de culpa, pelo Estado.

'IV – Recurso especial provido para declarar a nulidade do processo' (REsp n. 159.958-0/SP e 163.097/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

"Na contestação, afirma o Estado de Santa Catarina que, 'ao contrário do alegado, nenhuma responsabilidade pode ser imputada ao motorista do veículo oficial, visto que o Sr. Jorge Barouki Júnior na ocasião do evento dirigia de modo imprudente, em velocidade inadequada para o local. A colisão, pois, poderia ter sido evitada se o Sr. Jorge Barouki Júnior tivesse conduzido seu veículo com prudência e velocidade moderada'.

"Se comprovado que o motorista do segurado concorreu para o evento lesivo, o valor da indenização será reduzido. Nessas circunstâncias, é forçoso concluir que o julgamento cerceou o direito à ampla defesa, sendo nulo o processo.

"2. A respeito da denunciação da lide, anota Vicente Greco Filho:

'A denunciação da lide, portanto, é obrigatória, nos casos dos incs. II e III, a fim de que o denunciante, na mesma ação, obtenha o título executivo contra o denunciado (art. 76) a fim de evitar que na eventual ação autônoma de regresso se rediscuta o mérito da primeira ação, cuja sentença não encerra a força da coisa julgada contra aquele que, por não ter sido denunciado, não foi parte no feito.

'Se essa conclusão parece relativamente clara, o mesmo não podemos dizer com o problema relativo ao âmbito das hipóteses de denunciação cabíveis no inc. III.

'Com efeito, tem-se interpretado tal disposição de forma perigosamente extensiva, de modo a possibilitar o chamamento de todos aqueles contra os quais a parte possa ter direito de regresso. Essa interpretação, observe-se desde logo, não é desapoiada pelo texto da lei, onde encontramos expressões como 'obrigado a indenizar, em ação regressiva' (art. 70), 'responsável pela indenização' (arts. 72 e 73) e 'responsabilidade por perdas e danos' (art. 75).

'Todavia, repugnamos interpretação que possa levar ao exercício abusivo do instituto e, ademais, incompatível com os princípios que o informam.

'A denunciação da lide tem por justificativa a economia processual, porquanto encerra, num mesmo processo, duas ações (a principal e a incidente, de garantia), e a própria exigência de justiça, porque evita sentenças contraditórias (por exemplo, poderia ser procedente a primeira e improcedente a de regresso por motivo que, se levado à primeira, também a levaria à improcedência).

'Por outro lado, é importante lembrar que o direito processual adotou o princípio, originário do direito romano, da singularidade da jurisdição e da ação, isto é, os efeitos da sentença, de regra, só atingem as partes, o juiz não pode proceder de ofício e a legitimação e os casos de intervenção são de direito estrito, porque excepcionam os princípios consagrados nos arts. 3º e 6º do Código de Processo Civil.

'Ora, se estendêssemos a possibilidade de denunciação a todos os casos de possibilidade de direito de regresso violaríamos todos esses princípios, de aceitação pacífica no direito processual brasileiro, sem exceção.

'De fato, se admitíssemos a denunciação ante a simples possibilidade de direito de regresso violaríamos a economia processual e a celeridade da justiça, porque num processo seriam citados inúmeros responsáveis numa cadeia imensa e infindável, como suspensão do feito primitivo. Assim, por exemplo, numa demanda de indenização por dano decorrente de acidente de veículo, poderia ser chamado o terceiro, que o réu afirma ter também concorrido para o acidente, a fábrica que montou no carro peça defeituosa, a Prefeitura que não cuidou do calçamento, cabendo, também, à fábrica de automóvel chamar a fábrica de peças e esta, por sua vez, o fornecedor do material. E isto tudo em prejuízo da vítima, o autor primitivo, que deseja a reparação do dano e a aplicação da justiça, mas que teria de aguardar anos até a citação final de todos. Violar-se-ia, também, como se vê, o princípio da singularidade da ação e da jurisdição, com verdadeira denegação de justiça.

'Qual, porém, o critério que deve limitar a denunciação?

'Parece-nos que a solução se encontra em admitir, apenas, a denunciação da lide nos casos de ação em garantia, não a admitindo para os casos de simples ação de regresso, isto é, a figura só será admissível quando, por força da lei ou do contrato, o denunciado for obrigado a garantir o resultado da demanda, ou seja, a perda da primeira ação, automaticamente, gera a responsabilidade do garante.

'Em outras palavras, não é permitida, na denunciação, a intromissão de fundamento jurídico novo, ausente na demanda originária, que não seja responsabilidade direta decorrente da lei e do contrato' (Intervenção de terceiros, Saraiva, 1991, 3. ed., p. 89 a 91).

"Para Milton Flaks, 'cabe a denúncia da lide, portanto, sempre que,

em face da relação de direito material entre as partes envolvidas, ocorrer a possibilidade de decisões contraditórias, na demanda principal e na demanda regressiva, se o terceiro não ficar vinculado à primeira sentença' (Denunciação da lide, Forense, 1984, § 32, n. 145, p. 171).

"Comungo desse entendimento.

"Na hipótese do inc. III do art. 70 do CPC deve ser deferida a denunciação da lide quando a relação de direito material entre o autor e o réu-denunciante for comum àquela existente entre este e o denunciado, havendo a possibilidade de decisões contraditórias se não julgadas simultaneamente as duas causas. É a orientação predominante no Tribunal de Justiça de São Paulo:

'Em que pese a redação aparentemente ampla do art. 70, III, do CPC, em verdade, somente se deve admitir a denunciação à lide daquele 'que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda', se e quando a relação entre réu denunciante e denunciado não importar análise de matéria fática nova, alheia ao pedido formulado pelo autor' (RT 624/65).

'A obrigatoriedade da denunciação nos casos do art. 70, incs. II e III, do CPC limita-se ao interesse da parte de obter, desde logo, o título executivo contra o responsável e ao de evitar o risco de, na ação posterior, perder o direito de regresso por motivo que poderia ter sido oposto ao autor primitivo' (RJTJESP 146/27).

"Especificamente a respeito da denunciação da lide de servidor público, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

'1. O Estado responde pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Sua responsabilidade é objetiva, independe de dolo ou culpa. O agente público causador do dano, por sua vez, indeniza regressivamente a Administração Pública.

"2. Em virtude de direito de regresso existente entre o Estado e o funcionário de seus quadros, é admissível a denunciação da lide, com arrimo no art. 70, III, do CPC, para que o servidor causador do dano integre a relação processual na condição de litisdenunciado' (REsp n. 156.289, rel. Min. Demócrito Reinaldo).

"In casu, se confundem as causas geradoras da responsabilidade atribuída ao denunciante e ao denunciado; há risco de haver decisões conflitantes".

No caso *sub judice*, tenho que a denunciação da lide aos policiais que, na versão do autor, causaram os danos, é recomendável.

2. Pelas razões expostas, dissenti da douta maioria.

Des. Newton Trisotto

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.009424-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Substituto Jaime Ramos

Tributário – ISS – Construção civil – Edificação realizada pela e para a própria construtora em terreno de sua propriedade – Ausência de prestação de serviços a terceiros – Fato gerador não configurado – Ilegalidade da exigência do tributo – Repetição de indébito – Juros e correção monetária – Art. 167 do CTN, Súmula 188 do STJ e Taxa Selic – Recurso parcialmente provido.

"A construção de imóveis feita pela empresa imobiliária, por conta da própria e para revenda, não tem incidência do imposto municipal, pois o ISS somente seria devido se houvesse administração, empreitada ou subempreitada. Além do que o serviço é prestado para a própria pessoa, e não para terceiros" (Sérgio Pinto Martins).

"Na repetição do indébito tributário os juros de mora são devidos do trânsito em julgado da sentença (CTN, art. 167, parágrafo único; STJ, Súmula 188). Até o advento desse termo, sobre o valor de cada parcela indevidamente recolhida incide apenas correção monetária, de acordo com a variação do INPC, parâmetro eleito pelo Superior Tribunal de Justiça para quantificar a perda do poder aquisitivo da moeda (REsp n. 256.427, Min. Franciulli Netto; REsp n. 424.154, Min. Garcia Vieira; REsp n. 152.981, Min. Milton Luiz Pereira); posteriormente, a Taxa Selic – que compreende juros de mora e correção monetária – pois está 'em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional' (CC, art. 406; Lei 9.065, art. 13)" (Des. Newton Trisotto).

Construção civil – Serviços prestados por outras empresas à construtora – Incidência do ISS – Substituição tributária

– Responsabilidade da construtora pelo recolhimento do imposto (arts. 121, parágrafo único, inciso II, e 128, do CTN e 266, inciso II, da Lei Municipal n. 5.054/97) – Sucumbência recíproca.

Nos termos dos arts. 121, parágrafo único, inciso II, e 128, do Código Tributário Nacional, e 266, inciso II, da Lei Municipal n. 5.054/97, a empresa construtora é responsável, por substituição tributária, pelo recolhimento do ISS incidente sobre a prestação dos serviços que ela contratou com terceiros, que eram indispensáveis à construção da obra (concretagem, fundações, pintura, estaqueamento das fundações etc.), vale dizer, aqueles que não prestou para si mesma.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.009424-6, da comarca da Capital, em que é apelante Empreendimentos Imobiliários Zita Ltda., e apelado o município de Florianópolis:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Na comarca da Capital, Empreendimentos Imobiliários Zita Ltda. ajuizou ação declaratória com pedido de restituição de indébito, cumulado com correção monetária, contra o município de Florianópolis, sustentando que construiu em terreno próprio o Residencial Kaynara, não sob o regime de empreitada, mas edificou toda a obra com recursos e mão-de-obra próprios; que somente após a conclusão da obra é que colocou a venda seus apartamentos; que em momento algum executou a obra sob o regime de administração, empreitada ou subempreitada; que, no entanto, ao requerer o "habite-se", o município de Florianópolis condicionou a expedição do documento ao pagamento do ISS sobre sua própria mão-de-obra, tendo sido obrigada a quitar integralmente a ilegal exigência da Municipalidade; que não pode haver cobrança de ISS sobre sua própria mão-de-obra porque o fato gerador do tributo, de acordo com a legislação pertinente, é a prestação de serviços a terceiro e a base de cálculo é o preço do serviço; que, nos termos do parágrafo único do art. 10 do Decreto-Lei n. 406/68, o ISS não incide sobre serviços prestados com vínculo empregatício, como é o caso, mas o Município insiste em cobrar o imposto com fundamento na Lei Municipal n. 3.692/91; que, sendo ilegal a exação, tem direito à restituição do valor que desembolsou a título de pagamento do ISS, conforme autorizam os

arts. 165 do CTN e 81 e 83 da legislação tributária do município de Florianópolis; que o crédito tributário recolhido indevidamente há de ser monetariamente corrigido com base nos índices oficiais.

Citado, o município de Florianópolis contestou alegando, preliminarmente, a inépcia da inicial, uma vez que dela não constou sobre quais os exercícios a autora deseja a declaração de ilegalidade, nem indicou qual o valor pretende ver restituído.

No mérito, disse que o ISS é devido porque, ao contrário do que alega a autora, o prédio foi edificado em regime de incorporação, conforme consta na cláusula XI do Registro e do Memorial de Incorporação; que, nos termos dos arts. 28, parágrafo único, e 48, da Lei Federal n. 4.591/64, os contratos de construção podem ser por empreitada ou administração, firmados diretamente com o construtor, ou incluídos no contrato com o incorporador; que deflui da alínea *b* do art. 31 da mencionada Lei a possibilidade de atribuir ao construtor a iniciativa e a responsabilidade sobre as incorporações; que os documentos juntados comprovam que a autora atua como incorporadora e construtora; que não é apenas a atividade de incorporação imobiliária que gera a incidência do ISS, mas também a de construção; que exigiu da autora o ISS pela atividade de incorporação imobiliária sobre as vendas de unidades autônomas antes da conclusão da obra e pela utilização de mão-de-obra de terceiros na construção do prédio (fundação, terraplanagem, concretagem, impermeabilização, pintura, aberturas etc. – docs. anexos) que são serviços obrigatoriamente realizados por terceiros, e sobre eles incide o ISS a cargo da construtora, por substituição tributária, nos termos do art. 266, inciso II, da Lei Municipal n. 5.054/97; que não procede a alegação de que a autora presta serviço para si mesma, já que os apartamentos foram vendidos ainda no projeto/planta, conforme comprovam as escrituras de compra e venda, o que configura a prestação de serviços a terceiros (art. 29 da Lei Federal n. 4.591/64); que a autora age de má-fé, afrontando a norma do art. 14, incisos I, II e III, do CPC, ao omitir o fato de ter iniciado a venda das unidades autônomas antes da conclusão da obra, razão pela qual incide o ISS (item 32 do Decreto-Lei n. 406/68, com as alterações da LC n. 56/87); que devem ser aplicadas à autora as penas previstas nos arts. 16 e 17, inciso I, c/c o art. 18, todos do CPC.

Os argumentos expendidos pelo Município foram rebatidos pela autora, seguindo-se a manifestação do Ministério Público de primeiro grau, que opinou pela improcedência do pedido.

Sentenciando, o digno Magistrado julgou improcedente o pedido formulado na inicial e, via de conseqüência, condenou a autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, que fixou em 10% sobre o valor da causa, atualizado.

A empresa, entendendo que a sentença é contraditória e omissa, opôs embargos de declaração, que foram rejeitados.

Inconformada, a autora apelou alegando que a exigência do ISS sobre construção e incorporação em nome próprio, mediante mão-de-obra própria, de empreendimento imobiliário, é inconstitucional, por ofensa ao art. 156, inciso III, da CF/88, pois não se trata de prestação de serviços a terceiros; que também é ilegal porque não observou as normas insertas nos arts. 8º, 9º e 10 do Decreto-Lei n. 406/68, e porque não se enquadra no tipo fiscal do item 32 da Lista de Serviços; que o fato gerador do imposto é a prestação de serviços a terceiros, sendo que a base de cálculo é o preço do serviço efetivamente prestado, nela não se incluindo as receitas de terceiros, os descontos e os juros incidentes na realização do negócio jurídico; que, nos termos do parágrafo único do art. 10 do Decreto-Lei n. 406/68, o ISS não incide sobre serviços prestados com vínculo empregatício; que o Município não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance das obrigações de dar, transmudando-as em obrigações de fazer, com vistas à tributação do ISS, nos termos dos arts. 109 e 110 do CTN; que o imposto não incide sobre as atividades (no caso a construção civil) que a pessoa desenvolve para si mesma, em nome e em imóvel próprios (ainda que envolva a contratação de empregados) e, mesmo assim, o Município, com base no art. 259 da Lei Municipal n. 7/97, insiste em cobrar o tributo; que é equivocado o raciocínio de que a incorporação alberga tanto uma compra e venda quanto uma empreitada; que não se trata de um contrato de empreitada, uma obrigação de fazer, mas de um contrato de entrega futura de coisa certa, obrigação de dar; que, sendo ilegal a exação, tem direito à restituição do valor que desembolsou a título de pagamento do ISS, conforme autorizam os arts. 165 do CTN e 81 e 83 da Consolidação da Legislação Tributária do município de Florianópolis; que o crédito tributário recolhido indevidamente há que ser monetariamente corrigido com base nos índices oficiais.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça deixou de intervir por entender inexistente o interesse público.

II – Voto

O recurso deve ser parcialmente provido.

1. Sustenta a empresa apelante que a exigência do ISS sobre a construção e incorporação de empreendimento imobiliário em nome e com mão-de-obra próprios, viola o disposto no art. 156, inciso III, da CF/88, uma vez que não há prestação de serviços a terceiros e, além disso, é também ilegal porque não observou as normas dos arts. 8º, 9º e 10 do Decreto-Lei n. 406/68, e a atividade não se enquadra na tipificação de que cuida o item 32 da Lista de Serviços anexa àquele Decreto-Lei.

O art. 156, inciso III (com redação dada pela EC n. 3/93), da Constituição Federal de 1988, preconiza:

"Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

[...]

"III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar".

Reza o § 3º, nos incisos I (redação dada pela EC n. 37/2002) e II (redação da EC n. 3/93) do art. 156 da Carta Magna:

"§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do *caput* deste artigo, cabe à lei complementar:

"I – fixar as suas alíquotas máximas e mínimas;

"II – excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior".

Sérgio Pinto Martins, acerca desses dispositivos, ensina:

"Como vemos, não há grandes modificações relativas ao ISS feitas pela EC n. 3/93, apenas de redação do § 3º do art. 156 da Lei Maior. A referência que se faz ao art. 155, inciso II, continua a ser em relação ao imposto sobre 'operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e prestações se iniciem no Exterior', pois o inciso II do art. 155 da CF corresponde exatamente à alínea *b* do inciso I do antigo art. 155 da Lei Fundamental. Houve apenas uma modificação dos incisos do art. 155 pela EC n. 3/93.

"O ISS prosseguiu, por conseguinte, tendo uma base econômica de tributação, onerando serviços de qualquer natureza, definidos em lei complementar. A expressão 'não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados' foi substituída por 'serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, inciso II, definidos em lei complementar' [...]. Aquela natureza 'residual' do ISS, conseqüentemente, desapareceu, surgindo, em seu lugar, uma simples exceção: imposto sobre serviços de qualquer natureza, desde que não compreendidos no inciso II do art. 155 do Estatuto Supremo. Os demais serviços, desde que definidos em lei complementar, podem ser onerados pelo ISS (previstos na lista de serviços).

"Como se pode verificar, o atual sistema tributário nacional albergou, em seu elenco de impostos, o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), que se caracteriza pelos seguintes pontos consagrados na Constituição:

"a) o imposto é de competência dos Municípios;

"b) o imposto, pela denominação econômica, é sobre a circulação de serviços, a prestação de serviços a terceiros. O fato gerador da respectiva obrigação tributária é a 'prestação de serviços'; a base de cálculo do imposto é o 'preço do serviço'; e o contribuinte é o 'prestador do serviço';

"c) os serviços onerados pelo imposto municipal são os definidos em lei complementar, não podendo fazer parte da lista os serviços que ficaram na competência dos Estados: 'de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação' (CF, art. 155, II). Há, portanto, uma dependência tributária relativa ao ISS, para que o legislador ordi-

nário municipal institua o imposto, qual seja: a existência de lei complementar" (*Manual do imposto sobre serviços*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 26 e 27).

Os dispositivos infraconstitucionais (Decreto-Lei n. 406/68), vigentes à época da exação, estão assim redigidos:

"Art. 8º O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

"§ 1º Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadoria.

"§ 2º Os serviços não especificados na lista e cuja prestação envolva o fornecimento de mercadorias ficam sujeitos ao imposto de circulação de mercadorias.

"§ 2º O fornecimento de mercadoria com prestação de serviços não especificados na lista fica sujeito ao imposto sobre circulação de mercadorias.(Revogado pela Lei Complementar n. 116, de 31-7-2003).

"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.

"§ 2º Na prestação dos serviços a que se referem os itens 19 [que correspondia aos serviços de construção civil, depois atribuídos ao item 32, da lista trazida pela LC n. 56/87] *e* 20 da lista anexa o imposto será calculado sobre o preço deduzido das parcelas correspondentes. (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 834, de 8-9-1969).

"a) ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços. (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 834, de 8-9-1969).

"b) ao valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto. (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 834, de 8-9-1969).

[...]

"Art. 10. Contribuinte é o prestador do serviço.

"Parágrafo único. Não são contribuintes os que prestem serviços em relação de emprego, os trabalhadores avulsos, os diretores e membros de conselhos consultivo ou fiscal de sociedades (Revogado pela Lei Complementar n. 116, de 31-7-2003).

Já o item 32 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar n. 56/87, estabelece que o ISS incide sobre a "execução por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes e res-

pectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICM)".

O tributarista anteriormente citado traz os conceitos de prestação de serviços, administração, empreitada e subempreitada, respectivamente, para efeito de aplicação desse item:

"Presta-se serviço quando se cede um bem imaterial, pois serviço é bem incorpóreo na etapa da circulação econômica. Tal conceito abrange gama enorme de situações, que vão desde o fornecimento do simples trabalho a terceiro até a cessão de certos direitos, como a locação de bens móveis e a própria cessão de direitos. [...] Prestação de serviços é a operação pela qual uma pessoa, em troca do pagamento de um preço (preço do serviço), realiza em favor de outra a transmissão de um bem imaterial (serviço). Prestar serviços é vender bem imaterial, que pode consistir no fornecimento de trabalho, na locação de bens móveis ou na cessão de direitos. Seu pressuposto é a circulação econômica de um bem imaterial, ou melhor, a prestação de serviços, em que se presume um vendedor (prestador de serviço), um comprador (tomador do serviço) e um preço (preço do serviço). O que interessa, no conceito de serviço, é a existência de transferência onerosa, por parte de uma pessoa a outra, de bem imaterial que se acha na etapa da movimentação econômica.

[...]

"Administração: A construção por administração, também chamada de 'preço de custo' é a de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes, que pagam o custo integral da obra. A construtora constrói e administra a obra, encarregando-se da execução do projeto, pagando o beneficiário um valor mensal que corresponde ao preço de custo da obra (art. 58 da Lei n. 4.591, de 16-12-64), que pode ser fixo ou porcentual sobre seus custos. O construtor, na verdade, assume apenas a direção e a responsabilidade pela obra, prestando os serviços [...].

"Empreitada: A construção por empreitada ocorre quando há edificação por preço fixo ou a preço reajustável por índices previamente determinados (art. 55 da Lei n. 4.591). A empreitada consiste num contrato de Direito Civil em que uma ou mais pessoas se encarregam de fazer uma obra, mediante pagamento proporcional ao trabalho executado. O que interessa, no caso, é o resultado, ou seja, a obra terminada, e não o trabalho. [...] Pouco importa se a empreitada seja de trabalho ou de material: o que interessa é que a execução da obra é considerada serviço, e não venda de material, estando sujeita ao ISS.

"Subempreitada: A subempreitada envolve a prestação de serviços delegada a terceiros, que, no conjunto, irão construir a obra. É comum na construção civil haver a delegação de serviços a terceiros, como de alvenaria, fundação, hidráulica, pastilhas, azulejos, pisos etc., também chamada, hoje, de 'terceirização' dos serviços. Normal-

mente, nesse sistema, a construtora apenas administra a obra, sendo que os serviços, em sua maior parte, são prestados por terceiros, podendo envolver o sistema de construção por administração" (ob. cit., p. 38 a 40, e 100 e 101).

Extrai-se da norma inserta no art. 8º do Decreto-Lei n. 406/68 que o fato gerador do imposto municipal sobre serviços (ISS) é a efetiva prestação de serviços por empresa ou profissional autônomo a terceiros. Vale lembrar, ainda, que os serviços sobre os quais haverá incidência do ISS são aqueles constantes da lista anexa ao referido Decreto-Lei.

Os conceitos de incorporação imobiliária e de incorporador são ditados pela Lei Federal n. 4.591, de 16-12-64, que dispõe sobre o condomínio e as incorporações imobiliárias:

"Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei.

"Parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas. (vetado).

"Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas (vetado) em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

"Parágrafo único. Presume-se a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção, respondendo o alienante como incorporador.

"Art. 30. Estende-se a condição de incorporador aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratem a construção de edifícios que se destinem a constituição em condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras".

Mario Pazutti Mezzari, acerca da incorporação imobiliária e do incorporador, leciona:

"Modalidade empresarial por excelência, *a incorporação imobiliária constitui-se na atividade de um empresário que viabiliza o projeto de um determinado empreendimento, submetendo-o ao regime especial da Lei n. 4.591/64, e faz oferta pública para alienação das unidades futuras, acompanhando e responsabilizando-se pelo empreendimento até seu final*.

"A figura do *incorporador* está delineada no art. 29, *considerando-se como tal aquele que aceita propostas, compromissa ou efetiva a venda de unidades futuras, em edificações inconclusas ou ainda apenas projetadas, coordenando e levando a termo o empreendimento* [...].

"*O incorporador pode ser o construtor da obra*, como também poderá ser o corretor de imóveis interessado em viabilizar o empreendimento e intermediar as vendas.

"Para caracterizar a atividade do incorporador, ter-se-á presente a intenção de, no curso da obra, alienar frações ideais do terreno vinculadas a unidades futuras, fazendo disso uma atividade empresarial" (*Condomínio e incorporação no Registro de Imóveis*. Porto Alegre: Norton, 2002, p. 129 e 130 – original sem destaque).

Fixados os conceitos, conclui-se que a apelante, conforme demonstram os documentos juntados (registro imobiliário dando conta de que o terreno em que foi edificado o prédio é de sua propriedade; guias de recolhimento da previdência social relativas à mão-de-obra empregada na construção; e registros dos empregados da apelante), não foi contratada para executar uma obra de propriedade de terceiros, quer por administração, empreitada ou subempreitada, mas edificou o prédio em seu próprio terreno, por sua própria conta e risco e com a utilização de mão-de-obra própria, daí por que não há falar em incidência do ISS, sobretudo porque não houve a prestação de serviços a terceiros, ainda que tenha havido alienação de apartamentos construídos.

Mais uma vez são de grande valia os ensinamentos de Sérgio Pinto Martins:

"A construção de imóveis feita pela empresa imobiliária, por conta da própria e para revenda, não tem incidência do imposto municipal, pois o ISS somente seria devido se houvesse administração, empreitada ou subempreitada. Além do que o serviço é prestado para a própria pessoa, e não para terceiros" (ob. cit., p. 101).

Mais adiante:

"A jurisprudência já esclareceu que o ISS não incide sobre serviços prestados para a própria pessoa e não para terceiros. O STF entendeu que uma empresa imobiliária que realiza construção para si própria, ainda que para revenda, não é tributada pelo imposto municipal (1ª T., RE 78.927-RJ, j. 23-8-74, rel. Min. Aliomar Baleeiro, 4-10-74, p. 7.258), ainda que tenha por objetivo a revenda (STJ, 2ª T. REsp n. 39.735-9-RJ, j. 21-10-96, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU 1, 11-11-96, p. 43.688)" (ob. cit., p. 176).

É emblemático o valioso precedente da lavra do saudoso Ministro Aliomar Baleeiro ainda quando o item correspondente era o de n. 19, com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 834/69, depois transmudado para item 32, com a Lei Complementar n. 56/87:

"Imposto municipal de serviços – Construção para a própria empresa.

"I. O item 19, da Lista de Serviços Tributáveis pelo Município, do Decreto-Lei n. 834/69, nos termos do art.

24, II, da CF de 1969, só abrange as construções 'por empreitada, subempreitada ou administração'.

"II. A Lista do Decreto-Lei 834 é taxativa e não pode ser ampliada por analogia *ex vi* do art. 97 do CTN. *Não são tributáveis as construções que a empresa imobiliária realiza para si própria, ainda que para revender*" (STF – 1ª Turma – RE n. 78.927/RJ, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. em 23-8-1974; publ. em 2-10-1974 – destaque não original).

Extrai-se da lição de Bernardo Ribeiro Moraes, em obra coordenada por Ives Gandra da Silva Martins, acerca do contribuinte do ISS:

"17. Como o ISSQN é um tributo que onera a circulação de bens imateriais, de serviços, tendo em vista a sujeição passiva tributária relativa ao ISSQN, podemos afirmar:

"a) São contribuintes do ISSQN todas as pessoas que prestam serviços constantes da lista de serviços aprovada por lei complementar. Os pressupostos para a existência do contribuinte estão consignados na existência de efetiva prestação de serviços, com autonomia no exercício dessa atividade. Outros elementos, tais como a existência de estabelecimento fixo, um resultado econômico positivo, são irrelevantes. O contribuinte do ISSQN será, assim, a empresa (unidade econômica organizada para a produção, com prática de atos habituais e autônomos), individual ou coletiva, ou o profissional autônomo (pessoa que pratica atos sem subordinação).

"b) Em contrapartida, não são contribuintes do ISSQN: as pessoas que realizam trabalho para si próprias (inexiste, no caso, venda ou circulação econômica); as pessoas que prestam serviços com relação de emprego (serviços de natureza não eventual e sob dependência), sejam operários, sejam trabalhadores, empregados, servidores públicos, trabalhadores avulsos (inexiste, no caso, a prestação de atividade com autonomia); ou os que prestam serviços na qualidade de diretores ou membros de conselhos consultivo e fiscal de sociedades (inexiste, no caso, autonomia na atividade exercida). É o que dispõe o parágrafo único do art. 10 do Decreto-Lei n. 406, de 1968" (*Curso de direito tributário*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 702).

Do Superior Tribunal de Justiça colhem-se os seguintes julgados atinentes à espécie:

"Tributário – ISS – Construção civil – Não incidência.

"Não está sujeita à incidência do ISS a empresa que, em terreno seu, constrói imóveis, por conta própria, para revenda.

"Recurso não conhecido" (REsp n. 10.054/RJ, rel. Ministro Américo Luz, DJU de 6-5-94, p. 14.263).

"ISS – Construções de edifícios.

"Não fica sujeita ao ISS a parte que promove construções em terrenos de sua propriedade por sua conta e risco, visto ser impossível falar-se em prestação de serviço.

"Recurso provido" (REsp n. 13.385/RJ, rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 6-4-92, p. 4.466).

Logo, como se viu, é indevido o ISS exigido pelo município de Florianópolis sobre a edificação discutida nestes autos (Residencial Kaynara), porquanto realizada em terreno de propriedade da apelante, por sua conta e risco, com utilização de mão-de-obra própria, razão pela qual não ficou caracterizada a ocorrência do fato gerador do ISS, que é a efetiva prestação de serviços a terceiros.

É despiciendo que durante a construção do prédio a autora tenha vendido unidades autônomas, mediante contratos de promessa de compra e venda, como lhe é autorizado pelos arts. 32 e seus parágrafos e 43, da Lei n. 4.591/64, a partir do momento em que registra na matrícula do imóvel a incorporação do edifício. Os promitentes compradores não se tornam empreitantes dos serviços de construção das unidades autônomas que adquiriram somente pelo fato de a aquisição ter ocorrido durante a edificação. Não há como ver uma obrigação de fazer (arts. 878 e seguintes, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos) nessa contratação que tem por objeto uma obrigação de dar coisa certa (arts. 863 e seguintes, do Código Civil de 1916).

Segundo o art. 110 do Código Tributário Nacional, "a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias". Também é enfático o art. 109 do mesmo Estatuto no sentido de que "os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários". Quer dizer que a lei tributária não pode vislumbrar num contrato de promessa de compra e venda uma obrigação de fazer se a lei civil (tanto o Código Civil quanto a Lei n. 4.591/64) o considera como uma obrigação de dar. Esta tem como prestação a entrega de uma coisa, enquanto aquela tem como prestação um ato ou serviço do devedor. Nada impede que para dar o obrigado tenha que fazer o bem, como na venda de unidade em construção. Mas a obrigação principal não deixa de ser a de dar. A construtora que vende o imóvel na planta ou em construção não se torna empreiteira do promitente comprador. A construção continua sob sua exclusiva administração.

A incorporação do edifício feita pela própria construtora também não a torna empreiteira ou executora de serviços em favor de terceiros. Como já se viu, a Lei n. 4.591/64 distingue as hipóteses de incorporação: numa, a construtora proprietária do terreno projeta o edifício, registra na matrícula a incorporação e passa a construí-lo com pessoal e recursos próprios e sob a própria administração, podendo compromissar, desde logo, as unidades autônomas aos compradores; noutra hipótese, o proprietário do terreno contrata a construtora, que se encarrega da incorporação e da construção em favor

daquele, em forma de empreitada, e não em nome próprio. Aquela primeira empresa não tem obrigação tributária relacionada com o ISS, enquanto que a última, que estará prestando serviços a terceiro, é contribuinte do ISS. A hipótese da autora é a primeira.

2. Não obstante, embora não seja devido o ISS sobre os serviços que a apelante prestou para si mesma, já que nessa hipótese não há fato imponível porque não houve prestação de serviços a terceiros, é ela responsável, por substituição tributária, pelo recolhimento do ISS relativo à prestação dos serviços previstos nos itens 32, 33 e 34 da Lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/68, conforme determina o art. 266, inciso II, da Lei Municipal n. 5.054/97 (Consolidação das Leis Tributárias), assim redigido:

"Art. 266. São responsáveis, por substituição tributária, pelo pagamento do imposto sobre serviços de qualquer natureza:

[...]

"II — as pessoas, físicas ou jurídicas, que contratarem a prestação dos serviços previstos nos itens 32, 33 e 34 da Lista anexa ao Decreto-Lei n. 406, de 31 de dezembro de 1969, na redação dada pela Lei Complementar n. 56, de 15 de dezembro de 1987".

Aliás, o art. 266, inciso II, da Lei n. 5.054/97, apenas repetiu a norma do art. 1º, inciso II, da Lei Municipal n. 3.589/91.

Os itens 32, 33 e 34, da Lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar n. 56/87, dispõem:

"32. Execução por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICM);

"33. Demolição;

"34. Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICM)".

A responsabilidade, por substituição tributária, pelo pagamento do imposto é autorizada pelos arts. 121, parágrafo único, inciso II, e 128, do CTN:

"Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

"Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

[...]

"II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei".

"Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade

pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação".

José Eduardo Soares de Melo, comentando o assunto, ensina:

"A substituição consiste na imputação de responsabilidade por obrigação tributária de terceiro – que não praticou o fato gerador – mas que tem vinculação indireta com o verdadeiro contribuinte (empresa ou prestador de serviço).

"Nessa situação, desde logo o legislador afasta completamente o real contribuinte que realiza o fato imponível, prevendo o encargo da obrigação a uma outra pessoa (substituto), que fica compelida a pagar a dívida própria, eis que a norma não contempla dívida de terceiro (substituto)" (*ISS – aspectos teóricos e práticos*. 3. ed., São Paulo: Dialética, 2003, p. 26).

No caso, como se viu, por força do disposto no art. 266, inciso II, da Lei Municipal n. 5.054/97, a apelante é responsável, por substituição tributária, pelo recolhimento do ISS incidente sobre a prestação dos serviços que ela contratou com terceiros, que eram indispensáveis à construção da obra (concretagem, fundações, pintura, estaqueamento das fundações etc.), vale dizer, aqueles que não prestou para si mesma.

Aliás, as Notas Fiscais juntadas pelo Município bem demonstram que as empreiteiras que prestaram serviços à autora destacaram o valor do ISS a ser recolhido pela substituta tributária, de modo que dela cobraram apenas o valor líquido, cabendo, portanto, à construtora empreitante, o recolhimento do referido tributo ao Fisco Municipal.

3. Diante da ilegalidade da exigência do tributo sobre os serviços que a apelante prestou para si própria, deve o Município apelado restituir-lhe o valor recolhido a tal título (R$ 14.609,12 – fl. 122), monetariamente atualizado a partir do desembolso, e acrescido de juros de mora a partir do trânsito em julgado da sentença, deduzindo-se, contudo, o valor do imposto que ela, apelante, na condição de responsável, por substituição tributária, deveria ter recolhido aos cofres municipais.

Não se olvida que a restituição do valor relativo ao ISS que indevidamente foi recolhido aos cofres municipais (R$ 14.609,12) está vinculada ao cumprimento das exigências contidas no art. 166 do CTN, que assim estabelece:

"Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la".

Assim, sendo o ISS um imposto indireto, vale dizer, "a carga tributária, em geral, não é suportada pelo prestador do serviço – contribuinte legal do ISS – mas embutida no preço do produto e repassada ao tomador do servi-

ço" (REsp n. 783/SP, rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, DJU de 5-9-1994, p. 23.027), aquele que pretende a restituição do imposto indevidamente pago deve provar que assumiu o encargo (efetuou o recolhimento), ou, na hipótese de ter repassado o ônus tributário a terceiro, tem a autorização deste para pleitear a repetição.

O Supremo Tribunal Federal, num primeiro momento, editou a Súmula 71, com a seguinte orientação: "Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto".

Não obstante, a construção jurisprudencial evoluiu e, então, sobreveio a Súmula 546, em que aquela Corte Máxima de Justiça proclamou:

"Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo".

Esta Corte de Justiça tem orientado:

"'A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la (art. 166, CTN)' (REsp n. 783/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha)" (Ap. Cív. n. 2003.019414-2, de Criciúma, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, em 13-4-2004).

No caso dos autos, o documento de fl. 122 demonstra que a apelante recolheu aos cofres públicos o valor relativo ao ISS, que lhe foi exigido como condição à expedição do "habite-se", de modo que não chegou a haver previsão anterior desse encargo nas contratações com os adquirentes das unidades autônomas que obviamente não o assumiram, nem mesmo indiretamente. De tal sorte, a autora, além de contribuinte de direito, também deve ser considerada contribuinte de fato do ISS que lhe deverá ser restituído.

Sérgio Pinto Martins, discorrendo sobre a retenção na fonte do ISS, ensina que "tal fato normalmente é feito em relação a profissionais autônomos ou em relação a serviços de construção civil, sendo que nesta última costuma-se exigir a prova do pagamento do ISS para a concessão do 'habite-se'" (ob. cit., p. 208).

Logo, devidamente comprovado que foi a apelante quem suportou o ônus da carga tributária, tem ela direito à restituição do imposto recolhido indevidamente.

No tocante aos juros e à correção monetária, esta Câmara vem decidindo reiteradamente, como demonstrou o eminente Des. Newton Trisotto, que "na repetição do indébito tributário os juros de mora são devidos do trânsito em julgado da sentença (CTN, art. 167, parágrafo único; STJ, Súmula 188). Até o seu advento, da data em que se verificou cada pagamento indevido incide tão-somente correção monetária, de acordo com a variação do INPC, indexador eleito pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça para mensurar a perda do poder aquisitivo da moeda (EREsp n. 66.545, rel. Min. Ruy

Rosado de Aguiar); posteriormente, apenas a Taxa Selic – que compreende juros de mora e correção monetária (REsp n. 416.174, Min. Luiz Fux) –, pois se encontra 'em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional' (CC, art. 406; Lei n. 9.065/95, art. 13)" (Ap. Cív. n. 2005.004535-3, de Araranguá, julgada em 12-4-2005).

Assim, a correção monetária incidirá a partir da data do pagamento indevido do imposto, pelos índices usuais da Corregedoria-Geral da Justiça. Após o trânsito em julgado da sentença (cf. o art. 167, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, e a Súmula 188 do STJ), aplicar-se-á a Taxa Selic, que ao mesmo tempo incorpora a correção monetária e os juros de mora, nos termos do que dispõem o art. 406, do Código Civil de 2002, e os arts. 13, da Lei n. 9.065, e 61, § 3º, da Lei n. 9.430/96.

4. Por fim, em decorrência do parcial provimento do recurso interposto pela empresa, fica configurada a sucumbência recíproca nos termos do que dispõe o art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil, haja vista o Município ter de restituir à autora o imposto indevidamente recolhido e, em contrapartida, permanecer com a quantia referente à parte do ISS que a apelante devia mesmo pagar na condição de substituto tributário; de modo que da quantia total recolhida de R$ 14.609,12 o Município haverá de reter o valor aproximado de R$ 3.986,63 (de acordo com os documentos fiscais de fls. 238/313); e assim a autora sucumbiu em aproximadamente 30% do seu pedido, motivo pelo qual "ambas as partes devem ser condenadas a pagar honorários advocatícios, compensáveis entre si (CPC, art. 21; EDREsp n. 93.500, rel. Min. Ari Pargendler)" (TJSC – Ap. Cív. n. 2000.008276-7, de Brusque, rel. Des. Newton Trisotto, j. 19-9-2000).

No mesmo sentido:

"Decaindo cada uma das partes de montante das pretensões expostas em juízo, estabelece-se a sucumbência parcial e recíproca, rendendo ensejo, na fixação dos respectivos encargos, da regra insculpida no art. 21, *caput*, do CPC. Presente tal hipótese, cada um dos litigantes deverá arcar com as despesas processuais e com os honorários advocatícios sobre o montante em que sucumbiu" (Ap. Cív. n. 1998.008195-5, de Balneário Camboriú, rel. Des. Trindade dos Santos, julgada em 27-10-1999).

Fixando os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor do ISS integral (R$ 14.609,12, conforme documento de fl. 122) corrigido desde a data do recolhimento (3-2-1999), caberá à autora pagar 30% dessa verba honorária, enquanto que o Município pagará os outros 70%. Consoante o disposto no próprio art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil, compensar-se-ão, entre as partes, os honorários até o montante comum, uma vez que o saldo pertence ao advogado da parte que teve a menor sucumbência e poderá ser por ele executado, sem prejuízo da legitimidade, também, da própria autora, consoante a orientação da Súmula 306 do Superior Tribunal de

Justiça, que valoriza o art. 23 da Lei n. 8.906, de 4-7-1994 (Estatuto do Advogado).

A autora pagará 30% das custas do processo. O município de Florianópolis está isento do pagamento de sua parte nas custas processuais, nos termos dos arts. 33 e 35, *h*, da LCE n. 156/97, com a redação da LCE n. 161/97.

Pelo exposto, dá-se provimento parcial ao recurso da autora para: a) afastar a ilegal exigência do ISS sobre os serviços que ela prestou para si própria; b) condenar o município de Florianópolis a restituir-lhe o valor que ela pagou a título de ISS, monetariamente atualizado a partir do desembolso, e acrescido de juros de mora a partir do trânsito em julgado da sentença, deduzindo-se, contudo, o valor do imposto que a autora, na condição de responsável, por substituição tributária, deveria mesmo ter recolhido aos cofres municipais; c) condená-la ao pagamento de 30% do valor das custas processuais e dos honorários advocatícios em favor do Município; d) condenar o município de Florianópolis ao pagamento de 70% dos honorários advocatícios em favor da autora; e) determinar a compensação, entre as partes, até o montante comum (30%) dos honorários, nos termos do art. 21, *caput*, do CPC, de modo que a autora ou seu advogado executará apenas o restante (40%); f) isentar o Município do pagamento das custas processuais.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, a Câmara deu provimento parcial ao recurso.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Luiz Cézar Medeiros. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antenor Chinato Ribeiro.

Florianópolis, 30 de agosto de 2005.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.013410-0, DE CONCÓRDIA

Relator: Des. Substituto Jaime Ramos

Agravo retido – Argüição de inépcia da inicial – Indenização de danos materiais e morais – Pedido genérico – Possibilidade (art. 286, II, do CPC) – Agravo não provido.

"Admite-se o pedido genérico, segundo os termos do artigo 286, II, do CPC, quando se sabe o an debeatur *(o que é devido), mas não o* quantum debeatur *(o quanto é devido) (Moa-*

cyr Amaral Santos). Doutra parte, não se rejeita o requerimento genérico se, mesmo deficientemente formulado, permitir a correta compreensão de seu alcance e a ampla defesa da parte adversa" (STJ – REsp n. 20.293/SP, rel. Ministro Demócrito Reinaldo).

Responsabilidade civil do município – Indenização por danos materiais e morais – Residência atingida por enxurrada – Força maior aliada à omissão do município que, não obstante as reinvindicações dos munícipes e as informações do parecer técnico, deixou de providenciar a limpeza, o desassoreamento do rio e a desobstrução da galeria da rede pluvial – Responsabilidade civil subjetiva configurada – Danos materiais comprovados – Indenização devida – Danos morais inexistentes – Honorários advocatícios – Redução – Recurso do ente público parcialmente provido.

Ainda que a inundação da residência do munícipe decorra do excesso de precipitação pluviométrica (força maior), a responsabilidade civil subjetiva do Município pelos danos materiais causados subsiste em razão da sua omissão na realização dos serviços que lhe competiam para evitar o aumento das proporções do alagamento e, por conseguinte, dos prejuízos, reduzindo as chances de salvamento de bens, dado que, embora já houvessem ocorrido alagamentos anteriores, a população tivesse reivindicado a limpeza e o desassoreamento do rio, e o parecer técnico apontasse a obstrução, com obras autorizadas pela administração, das galerias de expansão da água pluvial em determinados pontos, as autoridades municipais não tomaram nenhuma providência.

Nesse passo, comprovada a culpa da Administração Pública, por omissão (falta do serviço), a existência dos danos, e o nexo causal entre o comportamento negativo do Município e os prejuízos experimentados pelo munícipe, tem o Poder Público, fundado na responsabilidade civil subjetiva, a obrigação de indenizá-lo.

Em que pesem os transtornos enfrentados pela autora, não se vislumbra a existência de dano moral indenizável, so-

bretudo porque "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" (Sérgio Cavalieri Filho).

Sucumbente a Fazenda Pública, os honorários advocatícios são fixados por eqüidade, com base no art. 20, § 4º, do CPC, atendendo-se também aos vetores previstos nas alíneas a, b *e* c, *do art. 20, § 3º, do mesmo estatuto. Nesse mister, pacificou-se nesta Corte que a verba honorária não deve suplantar o percentual de 10% sobre o valor da condenação.*

Recurso da autora – Majoração do quantum *indenizatório dos danos morais – Impossibilidade – Danos morais indevidos – Danos materiais – Correção monetária – Incidência desde o desembolso – Juros de mora de 0,5% a partir da citação até o início da vigência do CC/2002, e, a partir daí, juros e correção monetária serão calculados pela taxa Selic – Recurso provido nesta parte.*

A correção monetária deve ser computada a partir do efetivo desembolso, que no caso dos autos se considera ocorrido nas datas das notas fiscais, e dos recibos e orçamentos juntados com a inicial.

Os juros legais, por sua vez, são de 0,5% ao mês e devem ser contados a partir da citação até a vigência do CC/2002, e, a partir daí, juros e correção monetária são contabilizados pela taxa Selic. Antes desse evento a correção monetária será calculada pelo INPC.

Reexame necessário – Custas processuais – Fazenda Pública Municipal – Isenção.

No Estado de Santa Catarina, o município é isento de custas processuais (arts. 33 e 35, letra h, *da LCE n. 156/97, com a redação da LCE n. 161/97).*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.013410-0, da comarca de Concórdia, em que são apelantes e apelados Vera Spalding Lessa Garcia e o município de Concórdia:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por maioria de votos, negar provimento ao agravo retido, dar provimento parcial a ambos os recursos e, em reexame, reformar parcialmente a sentença.

Sem custas.

I – Relatório

Na comarca de Concórdia, Vera Spalding Lessa Garcia ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais contra o município de Concórdia, sustentando que, em 25-2-98, uma forte chuva alagou o centro e diversos bairros da cidade de Concórdia; que reside às margens do Rio Queimados e sua casa foi atingida pela enxurrada, causando-lhe danos morais e materiais; que, em virtude do excesso de chuva e do precário sistema de vazão do riacho, o nível da água subiu rapidamente e, por isso, não foi possível evitar que os bens móveis de sua residência fossem atingidos pelas águas; que, em 21-8-97, os moradores ribeirinhos providenciaram um abaixo-assinado requerendo providências para amenizar e/ou evitar novas inundações, mas nada foi realizado; que o Município contribuiu para o ocorrido, uma vez que permitiu a construção de prédios, casas e muros sobre o leito do rio; que, por isso, deve responder pelos prejuízos que sofreu, mormente porque a enxurrada era previsível, dado que há alguns anos a cidade já havia sido atingida por enchente de grandes proporções e nenhuma providência foi tomada no sentido de melhorar o sistema de vazão das águas; que por diversas vezes a população ribeirinha solicitou à administração municipal soluções para os possíveis riscos de cheias, todavia o Município se manteve inerte.

Requereu, ao final, a procedência do pedido com a condenação do Município ao pagamento de indenização pelos danos morais e materiais que sofreu.

Citado, o município de Concórdia contestou, argüindo, preliminarmente, a inépcia da inicial porque não há pedido certo e determinado, o que causa prejuízo à ampla defesa.

No mérito, disse que só a partir do advento da Lei n. 6.766/79 (Lei de Parcelamento do Solo), ainda em vigor, é que foram impostas restrições à ocupação das margens dos rios; que a grande maioria das edificações às margens do Rio Queimados já existiam antes de qualquer legislação que regulamentasse o planejamento e a política urbana dos municípios; que, de acordo com Constituição anterior, cabia à União estabelecer as normas gerais sobre o assunto; que, antes de 1979, os municípios não detinham poderes para impor restrições ou impedir que os proprietários construíssem nas proximidades ou até mesmo sobre os córregos e rios; que não ocorreu omissão do Município, mas da União, que deveria ter

proibido as construções ribeirinhas; que todas as medidas foram adotadas no sentido de prevenir/evitar outras inundações; que os danos experimentados pela autora são decorrentes de fato imprevisível, ocasionado por forças naturais; que não há, na hipótese, responsabilidade civil objetiva do Município (art. 37, § 6º, da CF/88), haja vista que o ocorrido não se deu por negligência voluntária, mas por força maior; que, em se tratando de dano decorrente de força maior ou caso fortuito, como o é o dos autos, compete à autora provar a culpa do Estado por possível falta ou mau funcionamento do serviço público, o que não ocorreu; que os alegados prejuízos materiais não foram submetidos ao contraditório e à ampla defesa, e, além do mais, pelas provas produzidas, não houve perda dos bens móveis, dado que foram consertados, motivo pelo qual, na pior das hipóteses, os prejuízos são aqueles do documento de fls. 66 e seguintes; que não cabe indenização por danos morais, uma vez que não houve ato ilícito nem culposo, e, ainda que tenha ocorrido alguma omissão do Município, a indenização não pode gerar enriquecimento sem causa.

Impugnada a contestação e especificadas as provas, a preliminar de inépcia da inicial foi rejeitada por decisão interlocutória, contra a qual o Município interpôs agravo retido, tendo a autora ofertado a contraminuta, com posterior manutenção do *decisum* pelo Juízo *a quo*.

Realizada a audiência de instrução e julgamento e juntadas as alegações finais, o digno Magistrado julgou procedente o pedido formulado na inicial "para condenar o réu a pagar à autora uma indenização a título de danos morais e materiais equivalente a R$ 36.042,93 (trinta e seis mil, quarenta e dois reais e noventa e três centavos), com juros e correção monetária, a partir da publicação desta decisão", bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixou em 15% sobre o valor da condenação, com supedâneo no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Inconformadas, as partes apelaram.

A autora sustenta que a sentença deve ser reformada para: a) determinar que, nos termos do art. 398 do CC/2002, a correção monetária incida a partir da data do sinistro ou daquela constante nos documentos que deram subsídio à fixação do *quantum* indenizatório; b) elevar o valor relativo à indenização por danos morais para, no mínimo, 100 (cem) salários mínimos; e c) aplicar, no tocante aos juros moratórios, as taxas máximas previstas no Código Civil, a contar da ocorrência do fato ou desde a citação.

O Município, por sua vez, pugnou, preliminarmente, pelo conhecimento e provimento do agravo retido.

No mérito, aduziu que o abaixo-assinado, requerendo providências, não é prova capaz de descaracterizar o caso fortuito; que a prova testemunhal demonstra que era realizada a limpeza braçal do leito do rio, daí por que as medidas requeridas pela população foram realizadas; que, não tendo havido

omissão, não pode ser condenado ao pagamento da indenização por danos morais e materiais; que o ente público, no caso de sucumbência, não deve suportar honorários advocatícios acima de 10%.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta superior instância, perante a qual a douta Procuradoria-Geral da Justiça entendeu não haver interesse público e deixou de intervir.

II – Voto

Do agravo retido

Impende examinar, inicialmente, o agravo retido interposto contra a decisão que rejeitou a preliminar de inépcia da inicial argüida pelo Município ao argumento de que o pedido, não sendo certo e determinado, dificultaria o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Sem razão o agravante.

Reza o artigo 286 do Código de Processo Civil:

"Art. 286. O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico:

"I – nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados;

"II – quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito;

"III – quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu".

O pedido da autora foi formulado nos seguintes termos:

"[...] requer que o réu seja condenado a indenizar a autora pelos prejuízos materiais sofridos com a enchente do dia 25.02.1998, conforme exposto nos itens 3 e 5.1 desta peça, apurando-se o *quantum* mediante liquidação por arbitramento, incidindo juros e correção monetária até o efetivo pagamento da indenização.

"Demonstrada inequivocamente a existência de danos morais, de acordo com o apresentado nos itens 4 e 5.2, requer seja o réu condenado ao pagamento da aludida indenização, no valor que este MM. Juízo entenda cabível".

É bem verdade que o pedido não precisou o *quantum* pretendido a título de indenização por danos materiais e morais. Não obstante, com base no que expôs a peça exordial (relação de bens atingidos pelas águas) e pelo que consta dos documentos juntados (notas fiscais e orçamentos), é possível quantificar o valor dos prejuízos materiais, tanto que foi valorado pelo digno Magistrado, e não prejudicou, de forma alguma, o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, sobretudo porque na contestação o Município sustentou que os prejuízos materiais seriam aqueles constantes dos documentos de fls. 66 e seguintes, vale dizer, das notas fiscais e orçamentos.

Pertinente aos danos morais, a jurisprudência tem orientado no sentido de que "não há uma quantia pecuniária certa correspondente à ofensa sofri-

da, incumbindo ao juiz, com a devida prudência, fixar o montante indenizatório, estando o autor liberado, pois, do ônus de quantificar sua pretensão" (AI n. 2004.009012-9, de Concórdia, rel. Des. José Volpato), mormente porque, não possuindo base financeira ou econômica própria e objetiva, o *quantum* da reparação dos danos morais é aleatório, cabendo ao magistrado arbitrar o valor que entender justo, adequado, razoável e proporcional.

Comentando o disposto no art. 286 do CPC, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery registraram que "o pedido pode ser genérico nas ações de indenização, quando não se puder, desde logo, determinar as conseqüências do ato ou fato ilícito [...]" (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 674).

J. J. Calmon de Passos, sobre o assunto, ensina:

"137. Pedido genérico – A lei tolera, entretanto, o chamado pedido relativamente indeterminado, que o Código chama de genérico. Essa relativa indeterminação é restrita ao aspecto quantitativo do pedido (*quantum debeatur*), inaceitável qualquer indeterminação no tocante ao ser do pedido (*an debeatur*). O que é devido não pode ser indeterminado – estaríamos diante de pedido incerto; mas, quanto é devido pode não ser de logo determinado, contanto que seja determinável – é o pedido chamado genérico pelo Código" (Comentários ao código de processo civil. 2. ed., vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 234).

De acordo com Vicente Greco Filho "[...] é possível, portanto, formular pedido ilíquido para que o valor seja fixado na sentença ou até posteriormente em liquidação de sentença, na forma dos arts. 603 e ss." (Direito processual civil brasileiro, vol. 2, 12. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 103).

Orienta o Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

"Processual civil – Pedido genérico – Admissibilidade – Código de Processo Civil, artigo 286, II.

"Admite-se o pedido genérico, segundo os termos do artigo 286, II, do CPC, quando se sabe o *an debeatur* (o que é devido), mas não o *quantum debeatur* (o quanto é devido) (Moacyr Amaral Santos). Doutra parte, não se rejeita o requerimento genérico se, mesmo deficientemente formulado, permitir a correta compreensão de seu alcance e a ampla defesa da parte adversa" (REsp n. 20.293/SP, rel. Ministro Demócrito Reinaldo, DJU de 21-9-92, p. 15.663).

No mesmo sentido:

"Agravo regimental – Processo civil – Julgamento *extra petita* – Inocorrência – Pedido genérico – Interpretação lógico-sistemática da peça inicial – Precedentes.

"1. Os pedidos, como manifestações de vontade, devem ser interpretados à luz do princípio da efetividade e da economia processual, que visam conferir à parte um máximo resultado com um mínimo esforço processual. O pedido de indenização engloba perdas e danos de natureza material e moral.

"2. Inexiste julgamento *extra petita* e, em conseqüência, ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC, quando o Tribunal interpreta de forma ampla o pedido formulado na petição inicial. Isto porque, 'o pedido é o que se pretende com a instauração da demanda e se extrai da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, sendo de levar-se em conta os requerimentos feitos em seu corpo e não só aqueles constantes em capítulo especial sob a rubrica dos pedidos'" (AgRg no Ag n. 468.472/RJ, rel. Ministro Luiz Fux, DJU de 2-6-2003, p. 194).

Não fora isso, os casos de inépcia da inicial são determinados pelo parágrafo único do art. 295 do Código de Processo Civil, assim redigido:

[...]

"Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

"I – lhe faltar pedido ou causa de pedir;

"II – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

"III – o pedido for juridicamente impossível;

"IV – contiver pedidos incompatíveis entre si".

É imperativo registrar que, de acordo com Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, "os casos de inépcia da petição inicial estão arrolados em hipóteses taxativas (*numerus clausus*) no parágrafo único do CPC 295. Se determinada situação, ainda que irregular, não se subsumir em nenhuma das hipóteses da norma ora comentada, não pode ser decretada a inépcia da petição inicial" (ob. cit., p. 679), do que se conclui que o pedido genérico não acarreta a inépcia da inicial.

Assim, diante do que se expôs, nega-se provimento ao agravo retido.

Do recurso interposto pelo Município

1. No tocante ao mérito, não assiste razão ao Município no que se refere à irresignação relativa à condenação ao pagamento de indenização por danos materiais.

É incontroverso que no dia 25-2-98, em razão das fortes chuvas que caíram sobre o município de Concórdia, a residência da autora, localizada às margens do Rio Queimados, foi atingida por uma enxurrada, o que lhe causou prejuízos materiais de elevada monta, pela perda ou deterioração de diversos bens.

Sustenta o Município, para isentar-se da obrigação de indenizar, que não houve conduta negativa (omissão) de sua parte, motivo pelo qual o ocorrido deve ser atribuído à ação da natureza (força maior) que, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, "é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio [...]" (Direito administrativo. 14. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 530).

Para Washington de Barros Monteiro, a força maior resulta "de eventos físicos ou naturais, de índole ininteligente, como o granizo, o raio e a inun-

dação" (Curso de Direito Civil. vol. 4, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1973, p. 339).

Não obstante, embora tenha havido excesso de precipitação pluviométrica, não se pode afastar a responsabilidade do Município pelos prejuízos experimentados pela autora, em virtude da inundação de sua residência, sobretudo porque, há muito tempo, os munícipes, que já haviam sido afetados pela enchente de 1983, vinham reivindicando com as autoridades do Poder Público Municipal, conforme comprova o abaixo-assinado datado de 27-8-97 (fls. 20 a 52), ou seja, de um ano antes dos fatos discutidos nestes autos, que fossem "tomadas as providências necessárias para a limpeza do canal, bocas de lobo e afluentes do rio, para que a água das chuvas tenha vazão suficiente", bem como fossem realizadas as obras necessárias à contenção das águas, o que, no entanto, não foi providenciado.

Aliás, o próprio Município juntou parecer técnico elaborado por empresa que contratou, cujos trabalhos foram acompanhados pelo Departamento Nacional de Obras e Saneamento – DNOS – (fls. 162 a 177), datado de maio de 1988, ou seja, 3 (três) anos após a enchente de 1985, e 10 (dez) anos antes da enxurrada de 1998, o que demonstra que já tinha inequívoco conhecimento de que o excesso de precipitação pluviométrica poderia redundar em conseqüências desastrosas à população de Concórdia, agravadas em função do descaso municipal, mas nada fez no sentido de amenizar ou evitar os estragos que as águas pluviais poderiam causar.

No mencionado parecer, dentre as causas prováveis dos transbordamentos da canalização do Rio Queimados, indicaram-se os seguintes locais em que o problema de escoamento é mais significativo:

"No trecho III

"Sob o Ginásio Concórdia, junto à Rua Adolfo Konder, ocorrem obstruções na seção de escoamento.

"Estruturas de suporte do Ginásio foram construídas dentro da galeria [...]

"Considerando que durante o pico de uma cheia grandes quantidades de entulhos são transportados pelo rio, certamente que muitos destes ficaram retidos nesta estrutura existente.

[...]

"Outros pontos, neste trecho, apresentam redução na seção junto às travessias das Ruas Garibaldi, do Comércio e Vidal Ramos, várias edificações reduzem a altura da galeria.

[...]

"No trecho IV

"A travessia da Rua Domingo Machado tem as seguintes condições:

[...]

"Este é o local mais crítico da canalização.

"Prédio em construção sobre a canalização, na Rua Dr. Mauri, final deste trecho, permite uma seção de 4,80 x 2,70m, com declividade de fundo em torno de 4,4m/km.

[...]

"Concluindo, percebe-se que as obras implantadas ao longo e sobre a canalização, tanto os prédios como as travessias de vias, estão diminuindo a capacidade de escoamento.

"Somando-se a estes fatos o acréscimo de vazão devido às mudanças no deflúvio superficial, chega-se às causas prováveis dos eventos, cada vez mais freqüentes, de alagamentos".

As testemunhas, de igual modo, reforçam a convicção de que, em que pese a força maior da natureza (fortes chuvas), o Município deve ser responsabilizado pelos prejuízos materiais causados à autora.

Jamir Baron, testemunha arrolada pelo Município, disse "que nestes últimos anos foram erguidas várias pontes que obstruíram o rio [...]" (fl. 294).

Outra testemunha, Maria Resmini, ao prestar seu depoimento, afirmou "que é vizinha da autora; que a casa da autora foi atingida pela enchente de 1998; [...] que foi pedido providências, antes do fato, ao município porque já havia ocorrido enchentes e estava previsto que poderia ocorrer uma nova enchente; que na época o município nada fez; [...] *que antes do fato o rio estava muito sujo, cheio de entulhos e então foi pedido para o município para limpá-lo; que na época o município não efetuou essa limpeza; que pelo que se lembra o pedido feito ao município era só o de limpeza do leito do rio* [...]" (fl. 295 – original sem destaque).

No mesmo sentido foram as repostas fornecidas por Eunice Cadore Fanczack: "que tem conhecimento de que a propriedade da autora foi atingida pela enchente ocorrida no ano de 1998; [...] *que antes da enchente, por várias vezes a comunidade apelou à Prefeitura através de 'abaixo-assinado' inclusive através do Ministério Público pedindo providências no sentido de limpeza do rio, abertura das 'bocas-de-lobo' e alargamento dos pontos críticos; que antes da grande enchente não foram tomadas nenhuma providência; [...] que seguindo o leito do rio, há uma escola construída sobre o leito do rio, no caso a Escola CNEC; que acha que ali é o maior ponto de represamento de águas da cidade* [...]" (fl. 296 – grifo aposto).

Portanto, diante de provas contundentes e inequívocas, não se pode negar que o evento danoso provocado pelas fortes chuvas que se abateram sobre a cidade de Concórdia no dia 25-2-98, causando prejuízos materiais de grandes proporções, poderia ter sido amenizado ou até mesmo evitado se o Município tivesse atendido às reivindicações da sociedade, que não eram infundadas, sobretudo porque o parecer técnico datado de 1988 já havia apontado as prováveis causas dos constantes alagamentos da cidade (desmatamentos e descoberta da superfície, estruturas de suporte de prédios e ginásio construídas dentro da galeria, diminuindo e obstruindo o escoamento das águas, construção de galeria em seção parabólica, sem contar entulhos e lixos jogados dentro do rio), mas o Poder Público não tomou nenhuma providência, não realizou as obras necessárias à contenção das águas e também não providenciou a desobstrução e/ou alargamento da galeria, a limpeza do leito do rio e das bocas-de-lobo.

É bom que se frise, também, que as edificações, cujas estruturas de sustentação diminuíram e obstruíram o escoamento das águas, por estarem dentro das galerias de expansão das águas fluviais, ocupando valioso espaço que era destinado a estas, foram erigidas com a anuência do Poder Público Municipal, o que reforça, ainda mais, a existência de responsabilidade subjetiva do Município pelos fatos ocorridos no dia 25-2-98.

No entanto, somente em abril/98 (dois meses depois da enchente) é que o Município tentou obter um financiamento de 10 milhões de reais para realizar as seguintes obras de contenção das cheias do Rio Queimados e afluentes: "construção de canais extravasores e pequenas barragens localizadas próximas às cabeceiras dos rios, bem como reabertura e alargamento de pontos de estrangulamentos dos canais atuais, melhorando a vazão das águas, evitando, com isso, novas *inundações críticas* que aconteceram às margens dos rios nos anos de 1983 e 1998, e outras de menores proporções nesse período, causando insegurança e sérios prejuízos aos munícipes, atingindo residências, comércios, indústrias e danificando seriamente a malha rodoviária urbana" (fl. 179), mas de acordo com o Município o financiamento não foi obtido.

Nesse passo, enfatiza-se mais uma vez, com amparo na lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, que "mesmo tendo ocorrido *força maior*, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço. Por exemplo, quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente.

"Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é *objetiva* porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de omissão do poder público (cf. acórdãos *in* RTJ 70/704, RDA 38/328, RTJ 47/378)" (Direito administrativo. 14. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 530 e 531).

Celso Antônio Bandeira de Mello também adverte que "quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano" (Curso de direito administrativo. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 871 e 872).

De igual modo, Hely Lopes Meirelles, sustentando que a responsabilidade do Município, no caso como o dos autos, é subjetiva, ensina:

"O que a Constituição distingue é o dano causado pelos agentes da Ad-

ministração (servidores) dos danos ocasionados por atos de terceiros ou por fenômenos da Natureza. Observe-se que o art. 37, § 6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. Para a indenização destes atos e fatos estranhos à atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano. Daí por que a jurisprudência, mui acertadamente, tem exigido a prova da culpa da Administração nos casos de depredação por multidões e de enchentes e vendavais que, superando os serviços públicos existentes, causam danos aos particulares. Nestas hipóteses, a indenização pela Fazenda Pública só é devida se se comprovar a culpa da Administração" (Direito administrativo brasileiro. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 628 e 629).

Da jurisprudência, sobre o assunto, colhem-se os seguintes julgados:

"I – Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes – a negligência, a imperícia ou a imprudência – não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.

"II – A falta do serviço – *faute du service* dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro" (STF – RE n. 382.054/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 1º-10-2004, p. 37).

[...]

"5. Nas situações em que o dano somente foi possível em decorrência da omissão do Poder Público (o serviço não funcionou, funcionou mal ou tardiamente), deve ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva. Se o Estado não agiu, não pode ser ele o autor do dano. Se não foi o autor, cabe responsabilizá-lo apenas na hipótese de estar obrigado a impedir o evento lesivo, sob pena de convertê-lo em 'segurador universal'.

"6. Embora a municipalidade tenha adotado medida de sinalização da área afetada pela erosão pluvial, deixou de proceder ao seu completo isolamento, bem como de prover com urgência as obras necessárias à segurança do local, fato que caracteriza negligência, ensejadora da responsabilidade subjetiva" (STJ – REsp n. 135.542/MS, rel. Min. Castro Meira, DJU de 29-8-2005, p. 233).

"Civil – Morte de criança imputada à conduta omissiva do município – Responsabilidade subjetiva – Culpa não evidenciada – Ausência de nexo causal.

"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)" (TJSC – Ap. Cív. n. 2004.014469-5, de Sombrio, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, julgada em 7-12-2004).

Logo, diante do que se expôs, ainda que tenha havido força maior determinada pela ação da natureza (chuva intensa) o Município responde subjetivamente, em face da culpa *stricto sensu* de seus agentes, pela indenização dos danos decorrentes de sua omissão (comportamento negativo), cabendo a quem reclama a reparação dos prejuízos provar: a) a ocorrência da omissão; b) a culpa da Administração Municipal; e c) o nexo causal entre a omissão (falta do serviço) e os danos experimentados.

No caso vertente, todos esses pressupostos indispensáveis à configuração da responsabilidade subjetiva do Município e, via de conseqüência, à obrigação de indenizar os danos materiais reclamados pela autora (conforme notas fiscais, orçamentos e fotografias juntadas com a inicial), foram ampla e inequivocamente comprovados.

Não é demais lembrar que, nos termos do art. 159 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, repetido em termos no art. 186 do Código Civil de 2002, "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553".

2. De outro lado, tem razão o Município quando sustenta ser indevida a indenização por danos morais.

Infere-se da inicial que a pretendida indenização por danos morais está sustentada, de acordo com a autora, na "verdadeira noite de terror vivida em data de 25 de fevereiro de 1998", bem como na destruição de "bens móveis de valor sentimental inestimado.

[...]

"Enfim, piano, aparelho de jantar, tapetes, cortinas e todos os demais bens relacionados nesta peça, guardavam consigo um pedaço da história da própria vida da Autora, e no entanto, da noite para o dia, foram simplesmente destruídos e aniquilados, causando à Autora imensurável dor moral".

No dizer de Antônio Jeová Santos, "o dano moral somente ingressará no mundo jurídico, com a subseqüente obrigação de indenizar, em havendo alguma grandeza no ato considerado ofensivo a direito personalíssimo. Se o ato tido como gerador do dano extrapatrimonial não possui virtualidade para lesionar sentimento ou causar dor e padecimento íntimo, não existiu o dano moral passível de ressarcimento. Para evitar a abundância de ações que tratam de danos morais presentes no foro, havendo uma autêntica confusão do que seja lesão que atinge a pessoa e do que é mero desconforto, convém

repetir que não é qualquer sensação de desagrado, de molestamento ou de contrariedade que merecerá indenização. O reconhecimento do dano moral exige determinada envergadura. Necessário, também, que o dano se prolongue durante algum tempo e que seja a justa medida do ultraje às afeições sentimentais.

"As sensações desagradáveis, por si sós, que não trazem em seu bojo lesividade e algum direito personalíssimo, não merecerão ser indenizadas. Existe um piso de inconvenientes que o ser humano tem de tolerar, sem que exista o autêntico dano moral" (Dano moral indenizável, 2. ed., São Paulo: Lejus, 1999, p. 118).

Yussef Said Cahali, sobre dano moral, ensina:

"Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, 'como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos'; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a 'parte social do patrimônio moral' (honra, reputação etc.) e dano que molesta a 'parte afetiva do patrimônio moral' (dor, tristeza, saudade etc.); e dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.), e dano moral puro (dor, tristeza etc.)" (Dano moral. 2. ed., São Paulo: RT, 1998, p. 20).

Para Sérgio Cavalieri Filho "[...] 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 aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. 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.

"Dor, vexame, sofrimento e humilhação são conseqüência, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém" (Programa de responsabilidade civil. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 89).

Ora, no caso dos autos, em que pesem os transtornos enfrentados pela autora, não se vislumbra que, em virtude do evento danoso (enxurrada/inundação que atingiu sua residência), tenha ela sido atingida em proporções tão significativas na sua paz de espírito, na sua integridade física, e nem que tenha sido submetida a dor, vexame, tristeza ou sofrimento de qualquer natureza, daí por que há de se afastar a condenação relativa à indenização por danos morais.

A jurisprudência tem orientado:

"Dano moral não caracterizado – Inexistência – Nexo causal – Impossibilidade.

'O inadimplemento do contrato por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto a outro contratante – e normalmente o traz – trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. Com efeito, a dificuldade financeira, ou a quebra da expectativa de receber valores contatados, não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais' (REsp n. 202.564, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)" (Ap. Cív. n. 2001.016289-0, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, julgada em 9-9-2002).

"Civil – Indenização – Calúnia, injúria e difamação – Falta de prova do ilícito – Recurso desprovido.

"Para a responsabilidade civil não basta o dano, impõe-se a existência de culpa subjetiva, competindo a quem queira ser indenizado a prova da configuração desses pressupostos, e do nexo de causa e efeito entre fato, culpa e lesão" (Ap. Cív. n. 43.230, da Capital, rel. Des. Amaral e Silva, julgada em 14-10-1993).

"Responsabilidade civil – Dano moral – Instauração de inquérito administrativo – Conduta ilícita de funcionário – Comentários internos e noticiários em rádios e jornais – Irrelevância – Exercício regular de direito.

"Age no exercício regular de direito o administrador que, verificando a existência de irregularidades na conduta profissional de seu subordinado, instaura inquérito administrativo para apuração mais aprofundada dos fatos. A circunstância de que esta situação tenha sido noticiada em jornal e rádio de *per se* não constitui ofensa a justificar pedido de indenização por danos morais" (Ap. Cív. n. 1998.001829-3, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Eder Graf, julgada em 13-4-99).

Assim, há de se dar provimento ao apelo do ente público, nessa parte, para afastar a condenação relativa à indenização por danos morais.

3. Também assiste razão ao Município quando sustenta que a verba honorária deve ser fixada no percentual de 10%.

É que o douto Magistrado fixou os honorários em 15% sobre o valor da condenação, quantia que destoa dos parâmetros fixados no artigo 20, § 4º, do CPC.

Como se sabe, "a regra do art. 20, § 4º, do CPC não significa que, vencida a Fazenda Pública, os honorários de advogado devam ser, necessariamente, arbitrados em montante inferior a dez por cento do valor da condenação; o juiz, nesse caso, fixa a verba honorária segundo apreciação eqüitativa, sem outros que aqueles definitivos nas alíneas a, b e c" (STJ, REsp n. 130.430/SP, rel. Min. Ari Pargendler, DJU 15-12-1997, p. 66.362).

Nesse entender, as Câmaras de Direito Público deste Sodalício têm arbitrado, na ausência de circunstâncias especiais, a quantia de 10% sobre o valor da condenação, como se vê adiante:

"Sedimentou-se o entendimento nesta egrégia Corte no sentido de que a fixação dos honorários advocatícios, quando for vencida a Fazenda Pública, não ultrapassará o patamar de 10% sobre o valor da causa ou da condenação, salvo em casos excepcionais" (Ap. Cív. n. 1999.007057-3, da Capital, rel. Des. Rui Fortes, julgada em 12-12-2003).

"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, rel. Des. Sérgio Paladino).

Portanto, nessa parte, dá-se provimento ao recurso do Município para fixar os honorários advocatícios em 10% sobre a condenação.

Do recurso da autora

1. Na sentença, o digno Magistrado determinou que sobre o valor da indenização incidissem juros e correção monetária, a partir da publicação da decisão.

Contudo, entende a autora apelante, com supedâneo no art. 398 do CC/2002, que a correção monetária deve ser calculada desde a data do sinistro ou daquela constante das notas fiscais e orçamentos juntados com a inicial.

Embora não seja aplicável à hipótese o disposto no art. 398 do Código Civil de 2002, porquanto não se trata de ato ilícito, mas de responsabilidade civil decorrente da omissão do Poder Público, tem razão a autora.

Imperativo registrar, antes de mais nada, que a correção monetária, como cediço, visa tão-somente a compensar a depreciação da moeda. Não é sanção ao devedor, mas uma garantia de que o credor não será prejudicado pela inflação, que poderá aviltar significativamente o seu crédito.

Como já salientou o eminente Des. Wilson Augusto do Nascimento, "a correção monetária e os juros moratórios possuem origem e finalidade diversas. A primeira visa, unicamente, evitar a depreciação do valor com o passar dos anos, impedindo que os índices inflacionários tomem o valor perquirido irrisório e a demanda inócua. Já o segundo, tem por objetivo incutir uma sanção pecuniária, coibindo a resistência e procrastinação para o deslinde do processo" (Ap. Cív. n. 99.012396-0, de Criciúma, julgada em 2-10-2001).

Ou, como prelecionou o Min. Athos Gusmão Carneiro, em memorável voto que proferiu no Superior Tribunal de Justiça: A correção monetária "não é um *plus* que se adiciona ao crédito, mas um *minus* que se evita. Quem paga correção, não paga mais do que deve, paga rigorosamente o que deve. Quem recebe sem correção, não rece-

beu aquilo que por lei ou contrato lhe era devido; recebeu quiçá a quantia meramente simbólica, de valor liberatório aviltado pela inflação" (REsp n. 7.326, Min. Athos Carneiro).

Assim, não há dúvida de que a correção monetária do valor da indenização relativa aos danos materiais deve ser contabilizada a partir da data em que a autora efetivamente desembolsou as quantias necessárias à aquisição e/ou reparação dos bens móveis que foram atingidos pelas águas que invadiram sua residência, ou seja, a contar da data constante nas notas fiscais e nos orçamentos juntados com a inicial, porquanto é a partir do desembolso que os valores passam a sofrer a desvalorização decorrente do processo inflacionário.

No período anterior ao início da vigência do Código Civil de 2002, a correção monetária deverá obedecer à taxa do INPC.

2. Os juros de mora são devidos à taxa de 6% ao ano, consoante a regra do art. 1.062 do Código Civil/1916, vigente à época dos fatos, e serão contados a partir da citação:

"Art. 1.062. A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de 6% (seis por cento) ao ano".

Não é razoável, no caso, estabelecer que os juros moratórios devam fluir a partir da data da publicação da sentença, mas, sim, que sejam contados a partir da citação, ou seja, de quando o Município de Concórdia foi constituído em mora (art. 219, *caput*, do Código de Processo Civil), como, aliás, determina o art. 405 do Código Civil de 2002.

E a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002 – Lei n. 10.406/02 –, ou seja, de 12-1-2003 em diante, o percentual a título de juros de mora deverá obedecer ao estatuído em seu art. 406 e, via de conseqüência, deverá ser observada a variação da Taxa Selic que abrange, em um só cálculo, tanto os juros de mora quanto a correção monetária. Como se sabe, a Taxa Selic foi adotada para a recuperação dos créditos em mora da Fazenda Nacional (Leis n. 9.065/95; 9.250/95 e 9.430/96).

3. Não merece prosperar, em razão dos mesmos fundamentos alinhados no exame do recurso voluntário do Município (item 2), a pretendida majoração da indenização relativa aos danos morais, dado que, como se viu, na espécie, não há dano moral indenizável.

Do reexame necessário

A sentença, em reexame, merece ser parcialmente reformada no que diz respeito à condenação do Município ao pagamento das custas processuais, porquanto os arts. 33 e 35, alínea *h*, da Lei Complementar Estadual n. 156/97, com redação que lhes deu a Lei Complementar Estadual n. 161/97, isentam a Fazenda Pública do pagamento de custas e emolumentos:

"Art. 33. São isentos de custas judiciais e os emolumentos pela prática de atos notariais e de registro público em que o Estado de Santa Catarina

e seus Municípios, for interessado e tenha que arcar com este encargo".

"Art. 35. São isentos de custas e emolumentos:

"h) o processo em geral, no qual tenha sido vencida a Fazenda do Estado e dos Municípios, direta ou por administração autárquica quanto ao ato praticado por servidor remunerado pelos cofres públicos".

Pelo o exposto, nega-se provimento ao agravo retido e se dá provimento parcial ao recurso do Município para: a) excluir da condenação o valor relativo à indenização por danos morais; e b) reduzir para 10% o valor dos honorários advocatícios, incidentes sobre a condenação; dá-se provimento parcial ao recurso da autora para: a) determinar que a correção monetária, inicialmente pelo INPC, seja calculada desde o desembolso (notas fiscais, recibos e orçamentos juntados com a inicial); b) determinar que os juros de mora sejam de 0,5% contados da citação até o início da vigência do CC/2002 e, a partir daí, juros e correção monetária serão contabilizados pela taxa Selic; e, por fim, em reexame, reforma-se parcialmente a sentença para isentar o Município do pagamento das custas processuais.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por maioria de votos, negou provimento ao agravo retido; deu provimento parcial a ambos os recursos e, em reexame, reformou parcialmente a sentença. Vencido o Exmo. Sr. Des. Luiz Cézar Medeiros.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 16 de agosto de 2005.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

Declaração de voto vencido do Des. Luiz Cézar Medeiros

1. Vera Spalding Lessa Garcia ajuizou ação contra o município de Concórdia requerendo indenização por danos materiais e morais decorrentes de enchente que inundou e destruiu sua residência. Aduziu que o Poder Público estava ciente da possibilidade de que uma enxurrada poderia trazer prejuízos aos moradores das margens do Rio Queimados e que nada fez para evitar o alagamento, razão pela qual deveria recompor o seu patrimônio e amenizar o seu sofrimento.

O Meritíssimo Juiz julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento de R$ 36.042,93 (trinta e seis mil, quarenta e dois reais e noventa e três centavos) a título de indenização por danos materiais e morais, com juros e correção monetária a partir da publicação da decisão.

Inconformadas, as partes apelaram.

Esta Câmara de Direito Público, em acórdão da lavra do eminente Desembargador Jaime Ramos, "negou provimento ao agravo retido; deu provimento parcial a ambos os recursos e, em reexame, reformou parcialmente a sentença".

2. Ouso dissentir do voto prolatado pelo eminente relator no que diz respeito à responsabilização do município de Concórdia.

Frisa-se que o caso deve ser analisado sob a ótica da responsabilidade subjetiva, uma vez que os danos suportados pela autora 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. 4. 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, condenado 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, rel. 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. 17. 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 acorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível" (Direito Administrativo. 17. 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, Curso 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 hipóte-

se 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*, Lei n. 6.024/74)" (TRF 4ª R. – Ap. Cív. n. 1995.04.60816-7/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, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros).

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 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 reponte 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 extremado 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, amoldar-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 — Donde não há cogitar, neste caso, da responsabilidade objetiva" (Curso de Direito Administrativo. 4. 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 tecnológi-

co, 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 as pessoas jurídicas de direito público respondem subjetivamente pela conduta omissiva causadora de danos, devendo ficar caracterizada, além da omissão, dos danos e do nexo de causalidade, a culpa do agente público ou a culpa anônima do serviço público. Observe-se que esta ocorre quando o serviço não funcionou, funcionou mal ou tardiamente. É a chamada *faute de service*.

No caso em apreço, a responsabilidade pelos danos causados à autora em decorrência da enchente é imputada ao município Concórdia em razão da não retirada de entulhos e da não realização do desassoreamento dos afluentes do Rio Queimados, atos omissivos, portanto. Alega-se, ainda, que a Administração conhecia os riscos de inundação, tendo a população local confeccionado um abaixo-assinado com mais de 700 (setecentas) assinaturas, requerendo a tomada de providências.

A despeito das argumentações da douta maioria, entendo que a ocorrência de inundações em virtude de fortes chuvas configura caso fortuito, ou seja, acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das pessoas atingidas. Em que pese a alegada previsibilidade dos estragos, deflui-se dos elementos constantes dos autos que a Prefeitura não poderia evitar o alagamento na residência da demandante. Somente a comprovação de que a inércia estatal foi a causa das conseqüências danosas suportadas pela vítima é que poderia ensejar a responsabilidade do município de Concórdia.

A par da previsibilidade, há de ser analisada ainda a possibilidade – física ou econômica – de o Poder Público evitar os danos.

Luiz Cézar Medeiros

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.023931-9, DE GASPAR

Relator: Des. Cesar Abreu

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Dano ao erário público. Empréstimo pessoal com o aval da municipali-

dade. Convênio entre o município e a instituição financeira. Vencimentos em atraso. Contrato de crédito direto sob consignação de valor superior ao devido. Pagamento do empréstimo, principal e encargos, pelo município, por via de cheque subscrito pelo próprio devedor, qualificado como representante legal do poder público. Apropriação indevida de valor público. Violação ao art. 9º, inciso I, da Lei n. 8.429/92. Ressarcimento aos cofres públicos antes da instauração do inquérito civil que deu azo ao ajuizamento da ação civil pública. Aplicação das sanções do art. 12, inciso I, da mesma lei. Incidência do critério da razoabilidade. Condenação em multa civil. Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.023931-9, da comarca de Gaspar, em que é apelante Andreone Santos Cordeiro, sendo apelado o Representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, à unanimidade, afastar a preliminar de incompetência da Câmara, suscitada em Plenário, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para limitar a condenação ao pagamento da multa civil e custas processuais.

Custas *ex lege*.

I – Relatório

Inconformado com o pronunciamento judicial que lhe foi contrário, em ação civil pública manejada pelo Ministério Público, Andreone Santos Cordeiro formula apelo no qual busca afastar a condenação ou minimizar os seus efeitos, lastreada no art. 9º, XII, da Lei n. 8.429/92, que redundou na suspensão de seus direitos políticos, por 8 (oito) anos, no pagamento de multa civil, no valor de R$ 5.286,68, na proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos, e nos demais consectários legais.

Sustenta, para tanto, em preliminar, pela ordem (fls. 295 a 309): a) ilegitimidade ativa do Ministério Público (item III do apelo); b) impossibilidade jurídica do pedido (item IV); c) falta de interesse processual (itens V e VI); d) ilegitimidade passiva (item VII); e) inépcia da inicial (item VIII); e f) cerceamento de defesa (item IX). No mérito, que não houve incorporação de bem público ao patrimônio do recorrente, seja por ato comissivo ou omissivo deste, nem dolo em sua conduta, tendo o Município, outrossim, sido ressarcido do suposto dano, circunstâncias que

impõem a improcedência da ação ou a revisão da condenação para adequação da penalidade aplicada diante da transgressão havida.

Oferecidas as contra-razões pela manutenção do veredicto, os autos ascenderam a esta instância, opinando a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Murilo Adaghinari, pelo desprovimento do recurso.

II – Voto

Argüiu o apelante, sem razão, em sustentação oral, na sessão de julgamento, a nulidade do processo, haja vista ter concluído a egrégia Segunda Câmara de Direito Público, no julgamento da Reclamação n. 2003.013654-1, a incompetência do Juízo de primeira instância para o processamento e julgamento das ações civis públicas, por improbidade administrativa, que o envolviam, entre as quais, por expressa referência, a presente demanda.

Ocorre, entretanto, que a presente ação foi julgada na origem em 13-11-2001, sendo o recurso de apelação distribuído em 1º-11-2002, portanto, antes mesmo da interposição da reclamação, procedida em 27-6-2003.

Assim, írrita se apresenta a decisão da reclamação no particular desta ação civil, aliás, já estabelecida a competência desta colenda Terceira Câmara de Direito Público para o seu julgamento.

Afasta-se, no mais, as preliminares suscitadas no recurso de apelação.

A Lei n. 8.429, de 2-6-02, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos por atos de improbidade administrativa, de caráter nacional, aplicável, portanto, à União, aos Estados e aos Municípios (art. 1º), não padece de inconstitucionalidade, seja *formal* ou *material*.

O STF, na palavra do Relator, ao indeferir Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.186-6/DF proposta sob a alegação de vício formal, por quebra do princípio da bicameralidade, ocorrido na fase de elaboração legislativa no Congresso Nacional (CF, art. 65), justificou: "o que ocorreu foi o seguinte: o Senado Federal apresentou ao projeto originário da Câmara Federal emenda substitutiva. Em conseqüência, não o rejeitou. Apenas o alterou. Voltando à Câmara, foi o substitutivo rejeitado, mantida a redação originária, com os destaques da proposição substitutiva que foram devidamente analisados pelas Comissões Técnicas respectivas. Cumprido, dessa forma, o iter procedimental, o projeto subiu à sanção. Não há, pois, a meu ver, qualquer ofensa ao art. 65 do Texto Fundamental".

Não há também o alegado vício material, haja vista que é da competência da União legislar sobre a matéria, a teor do art. 22, I, e 37, § 4º, da CF.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, em obra intitulada Improbidade Administrativa (Ed. Lumen Juris, Rio, 2002, p. 143), sobre a questão sustentam: "Como será oportunamente analisado, a normatização básica dos atos de improbidade administrativa está

contida na Lei n. 8.429/92, cujas sanções têm *natureza eminentemente cível*. Com isto, afasta-se qualquer mácula de inconstitucionalidade que poderia recair sobre essa lei, pois afastada está sua natureza administrativa" (grifo nosso).

A Ação Civil Pública, de outra parte, prevista na Lei n. 7.347, de 24 de junho de 1985, mostra a via procedimental adequada para essa responsabilização, incluída entre os seus permissivos a defesa dos interesses difusos e coletivos da sociedade (redação dada pela Lei n. 8.078, de 11-9-90). Aliás, o dano ao erário, por si só, afeta o interesse coletivo, o quanto basta para legitimar a intervenção do Ministério Público, com vista a sua reparação, que não se constitui, registra-se, no objeto principal da causa mas no secundário. A ilegitimidade passiva poderia existir, quando muito, fosse a ação civil utilizada como instrumento exclusivo de ressarcimento de possíveis danos ao erário municipal. Entretanto, firmou-se no STJ o entendimento, já pacificado, segundo o qual tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, visando ao ressarcimento de danos ao erário municipal (1ª Turma do STJ, REsp n. 119.827/Sergipe; TJSC, Ap. Cív. n. 1997.001552-6, AI na Ap. Cív. n. 2002.002775-8 e AI n. 2001.021950-6), sem prejuízo, conclui-se, da iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei n. 8.429/92) (STF, RE n. 208.790-4/SP). De qualquer forma, essa reparação já houve e foi reconhecida na sentença que considerou prejudicado esse pedido do Ministério Público (fl. 285), não havendo subsistir a preliminar assim sustentada.

Superadas, pelos fundamentos expostos de forma global, as preliminares indicadas nos itens III, *a* e *b*, IV, V e VI, resta enfrentar, em separado, as dos itens VII, VIII e XI.

Quanto à legitimidade passiva (item VII) cumpre salientar que *Legitimados [...] são todos aqueles que tenham concorrido para a prática da conduta ímproba* (arts. 9º, 10 e 11) (ob. cit., p. 559). Assim, sua constatação depende do exame dos fatos e das provas, que se insere no julgamento do mérito da causa.

Litisconsórsio passivo necessário (item VIII), outrossim, não há. A chamada do Município ou da entidade financeira mostra-se despropositada, não incidindo a regra do art. 47 do CPC. É que não são eles beneficiários diretos do ato de improbidade que se atribui, com exclusividade, ao apelante. Somente os beneficiários diretos podem ser considerados litisconsortes necessários. Isso vale tanto para a ação popular quanto para a ação civil pública (Mancuso e Dinamarco, nota 1.181, ob. cit., p. 560; RSTJ 43/332, nota 1.182). Os beneficiários indiretos ou reflexos não, por lhes faltar a voluntariedade necessária à caracterização da improbidade.

"O cerceamento de defesa (item IX) também não se vê presente. É que "constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para for-

mar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia" (STJ, AI n. 14.952/DF/AgRg).

Quanto ao mérito, o veredicto merece reparo em parte.

A conduta do apelante foi enquadrada pelo Ministério Público como violadora do art. 9º, inciso XI, da Lei n. 8.429/92, *in verbis*:

"Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa [...]

[...]

"XI – incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; [...]".

Pois bem, "para a subsunção de determinada conduta à tipologia do art. 9º da Lei de Improbidade, é necessário que tenha ocorrido o enriquecimento ilícito do agente ou, em alguns casos, que este tenha agido visando ao enriquecimento de terceiros. O enriquecimento ilícito, por sua vez, será necessariamente precedido de violação aos referidos princípios, já que a conduta do agente certamente estará eivada de forte carga de ilegalidade e imoralidade" (ob. cit., p. 231).

Colhe-se dos autos que dificuldades financeiras que não permitiram o pagamento em dia dos vencimentos dos servidores públicos levaram a Municipalidade a entabular convênio com o Besc Financeira S.A. – Crédito, Financiamento e Investimento para empréstimo direto aos funcionários, mediante consignação em folha de pagamento e com a responsabilidade solidária do Município.

Em vista desse convênio, empréstimos bancários foram realizados com o aval do Município para servidores e parlamentares municipais, estes últimos não abrangidos pelo convênio, mas igualmente credores da Municipalidade. Empréstimos, também, com igual garantia, foram tomados pelo ora apelante, então Vice-Prefeito Municipal. O primeiro, no valor bruto de R$ 4.278,42 e líquido de R$ 3.707,82 e, o segundo, no valor bruto de R$ 1.821,83 e líquido de R$ 1.578,86, totalizando a importância líquida de R$ 5.286,68 e bruta de R$ 6.100,25. Ao contrair os empréstimos, ambos na mesma data, ou seja, 11-12-98, utilizou-se no primeiro do nome Andreone Cordeiro e no segundo Andreone Santos Cordeiro. Ocorre, entretanto, que o apelante era credor do Município apenas dos vencimentos dos meses de novembro e dezembro de 1998 (fl. 259), num total de R$ 2.205,00 (R$ 1.103,00 + R$ 1.102,00).

Assim, possuía pleno conhecimento do excesso que praticara; e o que é mais estarrecedor, constrangimento algum sentiu ao emitir, em 22-3-99, os cheques de pagamento dos empréstimos havidos, principal e encargos (fls. 83 e 102), na qualidade de representante legal (Vice-Prefeito) do coobrigado solidário, ou seja, do Município.

O ressarcimento, outrossim, só veio a acontecer em 11-5-99, decorridos 5 meses dos empréstimos e 2 meses do pagamento deles pelo Município.

Ora, contrair empréstimo bancário de importância maior do que a de seu crédito salarial, utilizando-se do mecanismo restrito do convênio, com o aval do Município, e pagá-lo com dinheiro público, por meio de cheque por si assinado na condição de representante legal do Poder Público, constitui ato de improbidade administrativa, presente o dolo e a afronta ao princípio da moralidade pública, que não se dissipa pelo simples ato de ressarcimento posterior.

É que do administrador público se espera sirva "a Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer" (Marcelo Caetano, Manual de Direito Administrativo, tomo II, p. 684).

O enquadramento no inciso XI do art. 9º da Lei de Improbidade, assim, foi acertado, pois a norma visa a reprimir "o agente que se apropria de determinado bem (ou valor público), passando a dele desfrutar como se integrasse seu patrimônio pessoal" (Improbidade Administrativa, Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público, 2. ed., Atlas, SP, 1997, p. 69, Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior).

As sanções, outrossim, são aquelas descritas no art. 12, inciso I, de aplicação isolada ou conjunta, considerado o princípio da razoabilidade (STJ, REsp n. 300.184/SP, rel. Min. Franciulli Netto).

O ressarcimento aconteceu antes mesmo de instaurado o inquérito civil público, a demonstrar o arrependimento posterior que, embora não descaracterize o ato de improbidade, atenua-lhe os efeitos, impondo a adoção do critério da razoabilidade na escolha da sanção que melhor atenda às circunstâncias da causa.

Afastada a obrigatoriedade da aplicação conjunta e em bloco das penas previstas no art. 12, inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, na hipótese, mostra-se razoável a manutenção exclusiva da pena de multa civil com exclusão das demais que implicam na suspensão dos direitos políticos e na proibição de contratar com o Poder Público. É que, ausentes elementos quanto à conduta funcional do agente público, antecedentes, personalidade, motivos e circunstâncias que o levaram à prática do ato ilegal, deve-se sujeitá-lo a uma sanção mínima, limitada ao ressarcimento do dano – já operado –, e a uma multa civil.

III – Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, afasta-se a preliminar de incompetência da Câmara suscitada em Plenário, rejeita-se as preliminares e, no mérito, dá-se provimento parcial ao recurso para limitar a condenação ao pagamento da multa civil e custas processuais.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Rui Fortes e dele participou, também com voto

vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Janke. Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Ricardo da Silva.

Florianópolis, 13 de setembro de 2005.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente p/o acórdão;
Cesar Abreu,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2004.027443-2, DE CURITIBANOS

Relator: Des. Cesar Abreu

Administrativo. Servidor público municipal. Anulação do ato de nomeação. Constatação, em processo administrativo regular, do ingresso no serviço público sem concurso. Violação das regras constitucionais pertinentes (CF, art. 37, II, c/c o § 2º). Nulidade absoluta que não se convalida pelo decurso do tempo, ausente a boa-fé. Preponderância, na hipótese, do princípio da legalidade sobre o da segurança jurídica. Institutos da prescrição e decadência não aplicáveis. Direito à percepção de salários, em prestigiação à força do trabalho. Efeitos ex nunc. *Homologação de acordo rejeitada. Invalidade do ato superveniente que justificaria o seu acolhimento, com extinção da ação. Recurso desprovido.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.027443-2, da comarca de Curitibanos, em que é apelante Simone Abgai Lourenço Anderson, sendo apelado o município de Curitibanos:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, afastar o pedido de homologação do acordo, considerado inválido o Decreto n. 3.255/2005, e negar provimento ao recurso.

Custas *ex lege*.

I – Relatório

Cuida-se de ação declaratória c/c pedido de tutela antecipada proposta por Simone Abgai Lourenço Anderson contra o município de Curitibanos, objetivando a declaração de nulidade do Decreto Municipal n. 3.124/2003, que desconstituiu o Decreto n. 1.816/92, que a admitiu e a nomeou no serviço público local, sustentando, em abreviada síntese, a ocorrência da decadência/prescrição, nulidade do processo admi-

nistrativo e a falta de comprovação do ingresso na atividade pública sem concurso.

Concedida a tutela antecipada e apresentada a contestação, com invocação da ocorrência de litispendência com o Mandado de Segurança n. 022.03.004302-8 e, mais, a imprescritibilidade dos atos administrativos nulos, provado, em processo administrativo regular, o ingresso no serviço público sem concurso, sobreveio pronunciamento do Ministério Público e, ato contínuo, sentença de improcedência da ação, cassada a antecipação de tutela *initio litis* deferida.

Inconformada, a autora formula apelo reeditando os argumentos da inicial, seguindo-se as contra-razões e a manifestação do Ministério Público, ambas pela manutenção do *decisum*.

A Procuradoria-Geral de Justiça, ouvida, em parecer da lavra do Dr. Francisco José Fabiano, opinou pelo desprovimento do recurso.

Às fls. 670 e 671 ingressou petitório conjunto, da Administração Pública e da autora, dando conta de revisão administrativa do ato, com reintegração da última ao cargo público, com requerimento de extinção do feito, por desistência.

Submetido o fato à Procuradoria, veio manifestação pela rejeição da desistência formulada.

II – Voto

Cumpre, de início, examinar o ato administrativo que deu ensejo ao pedido de desistência da ação, qual seja, o Decreto n. 3.255/2005 (fl. 721), que anulou o ato a que alude o Decreto n. 3.214/2003 (fl. 269), que por sua vez anulou o ato de admissão da autora, consubstanciado no Decreto n. 1.816/92 (fl. 364).

Referido ato (Decreto n. 3.255/2005) padece de validade por três motivos:

– Primeiro, porque o ato de anulação – ou melhor seria dizer revogação – não pode ser revogado. Explica-se. Diógenes Gasparini, cuidando do tema Revogação da revogação e repristinação, em sua obra Direito Administrativo (Ed. Saraiva, 8. ed., 2003, p. 104), tece as seguintes considerações: "O ato de revogação pode ser revogado? A resposta é negativa. O ato de revogação é um ato administrativo consumado, e como tal não existe mais. Desfez-se ao alcançar o seu objetivo, revogando o ato administrativo que era o seu objeto. Ademais, se o objetivo é a restauração do ato revogado, esta é inalcançável em nosso ordenamento jurídico, ante a expressa vedação contida no § 3º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil" (salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência). Não se desconhece, registre-se, posições em contrário.

– Segundo, porque, prestada a jurisdição administrativa, precluso é o poder do administrador de rever o seu pronunciamento, quer para revogá-lo quer para modificá-lo. A decisão administrativa, proferida em processo administrativo regular, para o administrador,

tanto quanto a sentença para o juiz, se torna irretratável. O ato de nomeação (Decreto n. 1.816/92), como decorre dos autos, foi desfeito (revogado) via processo administrativo regular, que resultou no Decreto n. 3.124/2003, ora em exame judicial.

– Terceiro, porque, estando o Decreto n. 3.124/2003 sob apreciação judicial, o seu desfazimento administrativo importaria em interferência administrativa do Executivo nas questões submetidas ao Judiciário, com menoscabo ao secular princípio da coexistência harmônica dos poderes do Estado. Vale aqui, portanto, invocar célebre mensagem do Presidente Washington ao povo norte-americano: "Importa que os chamados a participar das funções públicas em um país livre se mantenham dentro dos limites de sua competência traçados pelo Código Fundamental e não invadam uns as atribuições de outros" (RDA vol. 48, p. 359).

Inválido o Decreto n. 3.255/2005, não há considerá-lo para o efeito de acolher o pedido de extinção da causa.

Resta, pois, prosseguir no exame da contenda, ou seja, do Decreto n. 3.124/2003, que proporcionou o desfazimento da nomeação da autora.

Esse ato, resultado de processo administrativo, instaurado objetivamente para a constatação da admissão de servidor sem a exigência do prévio concurso público (Portaria de Instauração n. 751/2003), deve ser mantido em nome dos princípios que informam a atuação da Administração Pública.

Invoca-se, em apelação, de início, a ocorrência da prescrição/decadência, buscando como fonte inspiradora o disposto no art. 54 da Lei n. 9.784, de 29-1-99, ou, alternativamente, o Decreto n. 20.910, de 6-1-32.

Em precedente recente, longamente debatido, o Grupo de Câmaras de Direito Público, por maioria de votos, firmou entendimento de que "à falta de regra específica dispondo de modo diverso, a Administração, sob pena de prescrição, desfruta do prazo de cinco anos para invalidar seus atos, quer sejam anuláveis, quer sejam nulos" (Mandado de Segurança n. 2003.008112-7, da Capital, rel. Des. Newton Janke).

A matéria versada, um tanto similar, dizia respeito à anulação de Portaria que havia reconhecido, de forma equivocada, sem que a parte preenchesse o requisito dos cinco anos contínuos de exercício da atividade pública, a aquisição da estabilidade segundo a dicção do art. 19 do ADCT.

Pois bem, tendo a autora ingressado no serviço público em 1º-6-92, mediante nomeação da autoridade competente (Decreto n. 1.816/92), decorridos mais de cinco anos – sustenta a apelante – não mais havia a possibilidade de revisão administrativa desse ato, mesmo em se tratando de ato nulo e não simplesmente anulável. E o faz argumentando que a prescrição constitui matéria de ordem pública imposta pela necessidade de se assegurar a estabilidade, ou melhor, a segurança das relações jurídicas. Segurança jurídica vista como princípio constitucional ou

subprincípio do princípio do Estado de Direito.

A dificuldade em se aplicar a prescrição administrativa, em casos como o da espécie, entretanto, corre por conta da circunstância de que a própria Constituição da República, dando destaque ao princípio da legalidade, declara nulo o ato de admissão de servidor, em cargo público, sem concurso (CF, art. 37, II, e § 2º).

Não se desconhece que o princípio da legalidade não se sobrepõe ao da segurança jurídica, ambos subprincípios do princípio maior do Estado de Direito, mesmo porque como anotado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes (Jurisdição Constitucional, SP, Saraiva, p. 261, nota 56), "legalidade e segurança jurídica enquanto derivações do Estado de Direito têm o mesmo valor e a mesma hierarquia".

A segurança jurídica e a legalidade, assim, funcionam como peso e contrapeso ao poder da Administração de anular os seus atos administrativos.

Embora ainda recalcitrantes os tribunais inferiores, a verdade é que o STF, em pelos menos três oportunidades, enfrentando diretamente o tema, deu plena aplicação ao princípio da segurança jurídica, pondo limite ao poder-dever da Administração de revisão dos próprios atos.

Almiro do Couto e Silva (Rev. de Dir. Adm., vol. 237, jul./set. 2004, p. 271 a 315), revelando esses precedentes dá ênfase aos seguintes ensinamentos (p. 283):

– "Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material" (STF, Medida Cautelar n. 2.900-3/RS).

– "Não é admissível, por exemplo, que nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convalescer – como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico – mas a exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato" (STF, MS n. 24268/MG e 22357/DF, doutrina do professor Miguel Reale).

No estudo que elaborou concluiu o ilustre doutrinador antes referido que nos precedentes do STF surge a esperança de que nos casos concretos, postos para julgamento, sopesados e ponderados os princípios da segurança jurídica e da legalidade, a decisão que se proferir realize a justiça material, assinalando que foi nesse rumo que se orientou o direito da União Européia a partir das contribuições doutrinárias e jurisprudenciais do direito alemão (p. 288).

Deixa claro, outrossim, que a decadência do direito da Administração à anulação não se consuma se houver má-fé dos destinatários (p. 304). E prossegue: "Não está em questão a má-fé da Administração Pública ou da autoridade administrativa [...] A boa-fé , a que alude o preceito, quer significar que o destinatário não tenha contribuído, com sua conduta, para a prática do ato administrativo ilegal. A doutrina alemã, neste ponto, fala numa área de responsabilidade (*Verantwortungsbereich*) do destinatário. Seria incoerente proteger a confiança de alguém que, intencionalmente, mediante dolo, coação ou suborno, ou mesmo haver fornecido dados importantes falsos, inexatos ou incompletos, determinou ou influiu na edição de ato administrativo em seu próprio benefício" (p. 305).

Não foi por outro motivo que se construiu a orientação de que o decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido (REsp n. 311.044), ou mesmo, que o prazo decadencial de cinco anos para a Administração anular seus próprios atos (art. 54 da Lei n. 9.784/99) não se aplica aos casos de comprovada má-fé (REsp n. 603.135).

A questão, portanto, da prescrição e/ou decadência insere-se no contexto da matéria de fundo, ou seja, imiscui-se com o mérito à medida que, ausente a má-fé, haveria ensancha à proteção postulada.

Aventa a apelante a nulidade do processo administrativo, formado para a comprovação da ausência do concurso público de ingresso no serviço municipal. Entretanto, sem razão.

Mostra-se pífia a alegação de nulidade pelo fato de a intimação de instauração do processo administrativo ter-se efetuado no período de férias da servidora por dois motivos: primeiro: ausência de impedimento legal. A legislação estatutária (Lei Complementar n. 2/91), ao revés, impõe a apuração imediata de qualquer irregularidade (art. 176), autorizando, no interesse público, até mesmo, se for o caso, a interrupção das férias (art. 103), o que não se mostrou necessário; segundo: nomeação de advogado, pela própria servidora, que a tudo acompanhou.

A prova, ademais, da submissão a concurso não poderia ser outra senão a documental. E essa prova não se fez, simplesmente porque não participou a servidora de concurso algum. Aliás, os concursos que se realizaram à época que mediou a nomeação da apelante se referiam a outros cargos, diversos daquele para o qual restou nomeada. E essa assertiva, de falta de concurso, é confirmada pelo próprio ex-Prefeito, autor do ato inquinado de ilegal, ao prestar a seguinte declaração escrita: "[...] que a Sra. Simone Abgai Lourenço Anderson não prestou concurso público no período em que exerci o cargo de Prefeito Municipal, entre 89/92. Em razão de diversos funcionários haverem sido admitidos por concurso e nomeados por Decreto na mesma data ou dias próximos da admissão da senhora, o Decreto da sua nomeação por erro formal de elaboração foi confeccionado exatamente igual aos demais. A admissão da citada senhora foi portanto sem a prestação de concurso e o erro formal na elaboração do decreto que

a nomeou foi por inadvertência do funcionário responsável pela sua datilografia" (fl. 270).

Assim, boa-fé não se pode admitir tenha ocorrido. O comportamento da servidora, inclusive judicial, faltando repetidamente com a verdade acerca do concurso, bem ilustram a má-fé ou mesmo a vontade consciente de tirar proveito da nomeação irregular, senão criminosa, havida. Não age com boa fé quem conhecendo da ilegalidade silencia, beneficiando-se do seu conteúdo. Essa circunstância afasta por completo a possibilidade de aplicação do princípio da segurança jurídica, que se sustenta na proteção à confiança.

Portanto, bem andou a Administração ao apurar o fato e decretar a nulidade da nomeação por vício de legalidade.

É que a jurisprudência, até mesmo da Excelsa Corte, não tem transigido em torno da necessidade da observância do princípio constitucional do concurso público (RTJ 132/61, 149/419, 156/37, 161/831, 165/684, 184/1.167, 189/908, 190/13, ADIn 1.230/DF).

Cumpre, ao arremate, ponderar sobre os direitos da apelante, que se limitam, segundo melhor orientação, à percepção de salários.

A nomeação sem a realização prévia de concurso constitui ato nulo (CF, art. 37, § 2º). Contudo, em face da impossibilidade de se reverter a parte ao *status quo ante*, devidos são os salários no período laborado, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Se o contrato é nulo, à decretação da nulidade deve ser dado efeito *ex nunc* (princípio da irretroatividade das nulidades), preservando-se e prestigiando-se o direito que decorre da força do trabalho, que manda se satisfaçam os créditos salariais em sentido estrito, consoante orientação reiterada da Corte (Ap. Cív. n. 2000.012314-5, 1999.015752-0 e 1999.003698-7). Assim, a despeito desses contratempos, decorrentes da anulação e repristinação dos atos administrativos, deve-se garantir a contraprestação do trabalho com os pagamentos dos salários no período do efetivo exercício da atividade laboral, que não deve, sob pena de responsabilidade do atual administrador, prosseguir.

III – Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, afastado o pedido de homologação de acordo, com a conseqüente extinção do feito, considerado inválido o Decreto n. 3.255/2005, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Rui Fortes. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 30 de agosto de 2005.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente, com voto;
Cesar Abreu,
Relator.

JURISPRUDÊNCIA PENAL

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

REVISÕES CRIMINAIS

REVISÃO CRIMINAL N. 2005.018526-2, DE CRICIÚMA

Relator designado: Des. Amaral e Silva

Revisão criminal – Atentado violento ao pudor – Preliminares – Extinção da punibilidade pelo casamento da vítima com terceiro (artigo 107, VIII, do CP) – Nulidade absoluta por ausência do Ministério Público ao interrogatório do revisionando – Eivas rechaçadas.

A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual, quando cometidos mediante abuso do pátrio poder, é pública incondicionada, sendo dispensável, por conseguinte, representação ou, na hipótese de casamento da ofendida, pedido de prosseguimento da marcha processual.

O interrogatório, anterior à vigência da Lei n. 10.792/03, é ato personalíssimo do juiz, impossibilitada a interferência da defesa e da acusação. Por isso que dispensável a presença do representante ministerial ao ato.

Só possui interesse em argüir nulidade o pólo prejudicado em suas garantias.

Crime contra a liberdade sexual – Alegação de contrariedade à evidência dos autos e texto expresso de lei – Inviabilidade de reavaliação da prova em sede revisional – Almejado afastamento da hediondez – Ilícito considerado hediondo em qualquer de suas formas – Pedido indeferido.

Contrária à evidência dos autos é a decisão que não leva em conta nenhum dos elementos neles constantes, sendo proferida em total desconformidade com a verdade, condenando a quem a prova claramente inocenta.

A revisão criminal não serve para reavaliação da prova, por isso que não se trata de recurso, sendo autorizada tão-somente nas hipóteses do artigo 621 do CPP.

É entendimento pacificado que o estupro e o atentado violento ao pudor, cometidos com violência presumida, ainda que não recepcionados expressamente na Lei n. 8.072/90, integram-se à lista dos delitos considerados hediondos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 2005.018526-2, da comarca de Criciúma, em que é requerente Valmir Milanez Marcomim:

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por maioria de votos, indeferir o pedido.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Walmir Milanez Marcomim foi condenado à pena de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, por infração aos arts. 214 c/c o art. 224, *a*, e 226, II e III, na forma do art. 71, todos do Estatuto Repressivo.

Pleiteia na órbita revisional, preliminarmente, a extinção da punibilidade, em face do casamento da vítima com terceiro sem requerimento de prosseguimento da ação penal, bem como a nulidade absoluta do interrogatório do revisionando por ausência do representante ministerial. Propugna, no mérito, a absolvição, alegando que a sentença se baseou em delgada prova material e em depoimentos flagrantemente falsos. Alternativamente, pretende a descaracterização da continuidade delitiva, a desclassificação do crime para tentativa de estupro ou contravenção penal, o afastamento da violência presumida, em

virtude do desvirginamento anterior da vítima, e o da hediondez da conduta.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento parcial e provimento para que seja decretada a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, VIII, do Código Penal.

Trânsito em julgado à fl. 355 dos autos.

II – Voto

1 – Rejeito as preliminares.

1.1 – *Data venia* das bem-apresentadas razões do ilustre Relator originário, não merece prosperar a tese da extinção da punibilidade fulcrada no art. 107, VIII, do Código Penal.

O ilícito foi cometido mediante abuso do pátrio poder, fato que enseja, nos termos do art. 225, § 1º, II, do CP, a deflagração de ação penal pública incondicionada, de titularidade privativa do Ministério Público.

Extrai-se do referido dispositivo, *in verbis*:

"Art. 225 – Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

"§ 1º – Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

[...]

"II – se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador".

Embora a vítima tenha-se casado com terceiro (fl. 48), é desnecessária a representação ou requerimento para dar continuidade ao processo, já que se trata de ação penal pública incondicionada.

Assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

"Extinção da punibilidade. Crime de estupro praticado com abuso de pátrio poder. Inviabilidade de aplicação da Súmula 388, eis que se procede mediante ação penal pública" (RHC n. 48636/PR, rel. Min. Djaci Falcão – j. 1º-10-1970 – DJU 3-11-1970).

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça:

"Penal. Estupro ficto (CP, arts. 213, 224, *a*, e 226, II). Crime cometido com abuso do pátrio poder. Ação penal pública incondicionada.

"Nos termos do art. 225, § 1º, inciso II, do CP, no caso de crime de estupro cometido com abuso do pátrio poder, a ação penal é pública incondicionada, não cabendo falar-se em decadência do direito de representação ou de queixa" (REsp n. 141622/GO – rel. Min José Arnaldo da Fonseca – j. 20-5-1999 – DJU 21-6-1999).

Norteia o entendimento desta Corte:

"Nos crimes contra os costumes, como regra, somente se procede mediante queixa; no entanto, se o crime é praticado por pai contra filhas sob pátrio poder, procede-se mediante ação pública (art. 225, § 1º, do CP) independentemente de representação, pois esta somente é exigida na hipótese prevista no inciso I do mesmo disposi-

tivo legal" (Ap. Crim. n. 32.989, de Braço do Norte, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

1.2 – Não se contempla nulidade absoluta do interrogatório pela ausência do representante ministerial.

O ordenamento pátrio adotou o sistema da instrumentalidade das formas, "em que se dá mais valor à *finalidade* pela qual a forma foi instituída e ao *prejuízo* causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal" (Grinover, Ada Pellegrini. As Nulidades no Processo Penal, 7. ed., São Paulo: RT, 2001, p. 27).

Não subsiste ofensa à finalidade da norma que rege o interrogatório judicial, porquanto se consubstanciava, anteriormente à vigência da Lei n. 10.792/03, ato personalíssimo do juiz, não estando sujeito ao princípio do contraditório, o que impedia a intervenção ou influência das partes nas perguntas e respostas.

Inexistindo prejuízo evidente, "o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente a atipicidade *relevante* dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: *pas de nullité sans grief*" (Grinover, Ada Pellegrini, o*p. cit.*, p. 28).

Ademais, analisando-se a aventada nulidade a lume do princípio do interesse, disposto no art. 565 do CPP, a suposta irregularidade somente poderia ser invocada pelo Ministério Público, para quem a garantia de intervenção em todos os termos do processo foi estabelecida.

Coaduna a jurisprudência:

"Processual penal. Revisão criminal. Recurso especial. Interrogatório judicial. Ausência de intimação do defensor. Nulidade do processo. Inocorrência. CPP, arts. 185, 187, 394, 563 e 566.

"A jurisprudência pretoriana e a doutrina nacional, de modo uníssono, consagram o entendimento de que o interrogatório do réu é um ato pessoal do magistrado processante, que não comporta intervenção nem do Ministério Publico, nem do advogado do réu (CPP, art. 187).

"Embora seja o interrogatório judicial meio de defesa e fonte de prova, não está ele sujeito ao princípio do contraditório (STF, HC n. 68.929/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 28-8-92), não constituindo nulidade a ausência do defensor do réu, à míngua de obrigatoriedade de sua intimação, conforme inteligência do art. 394 do CPP (STJ, RHC n. 1.280-0/MG, rel. Min. Adhemar Maciel, *in* Ementário 7/289).

"Em tema de nulidade no processo penal, é dogma fundamental a assertiva de que não se declara a nulidade de ato se dele não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa ou se não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa (CPP, arts. 563 e 566)" (STJ –

REsp n. 62.515/SP – rel. Min. Vicente Leal – j. 4-12-95 – DJU 11-3-96).

2 – No mérito, indefiro os pedidos atinentes à absolvição, à descaracterização da continuidade delitiva, à desclassificação do crime para tentativa de estupro ou contravenção penal e ao afastamento da violência presumida.

Os presentes pleitos se limitam à pretensão de reexame de matérias já analisadas na sentença e na apelação; ainda que contendo novos argumentos, não apresentam provas novas.

A teor do disposto no art. 622, parágrafo único, do CPP, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

"Dispõe o artigo 622, parágrafo único, que 'não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas'. A razão é óbvia, pois não podem os tribunais ficar ao dispor de réus sempre sequiosos da liberdade, empecendo e estorvando a marcha regular de seus serviços, por via de pedidos que são simples repetição do já indeferido. Reiteradamente se tem decidido que não se deve conhecer da decisão que seja reiteração de pedido anterior sem apresentação de fatos novos ou de novas provas a serem examinadas. Deve o novo pedido, portanto, alicerçar-se em novas provas, conforme o que já foi dito destas, possibilitando-se nova apreciação por novos fundamentos de fato e de direito" (Processo Penal, 16. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 740).

Do escólio de Guilherme de Souza Nucci:

"Certamente, quando uma ação é julgada, decidido o mérito, transitado em julgado, a regra é que o pedido não possa ser reiterado. Entretanto, como nesta hipótese cuida-se de ação revisional, fundada na ocorrência de erro judiciário, a qualquer tempo pode ser renovado o pleito, desde que baseado em *novas provas*. Entendam-se como tais as *substancialmente* novas e não as *formalmente* novas. As primeiras são provas inéditas, desconhecidas até então do condenado e do Estado (ex.: o surgimento de um documento ao qual ninguém teve acesso anteriormente. As segundas são aquelas que ganham uma nova roupagem, nova versão, mas já eram conhecidas das partes (ex.: uma testemunha que altera seu depoimento, dizendo ter-se lembrado de algo mais, que não havia relatado antes)" (*op. cit.*, p. 929).

Desta Corte:

"Revisão criminal – Falta de comprovação de qualquer das hipóteses previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal – Reapreciação dos fatos e provas já examinados – Reiteração de pedido – Aplicação do disposto no art. 622, parágrafo único, do Código de Processo Penal – Indeferimento.

"O pedido de revisão criminal só pode ser acolhido quando surgirem provas novas. A simples reiteração de argumentos já apreciados na sentença, embora sob nova roupagem, impede o acolhimento da pretensão.

"'É inadmissível, em sede de ação revisional, o reexame de matéria

exaustivamente debatida, tanto em 1º quanto em 2º grau de Jurisdição, como se fora uma nova apelação' (RJDTACRIM 24/495)" (Rev. Crim. n. 2004.035968-2, de Lages, rel. Des. Solon d'Eça Neves).

3 – Da mesma forma, o pedido de afastamento da hediondez do crime, estabelecido no art. 1º, VI, da Lei n. 8.072/90, não merece guarida.

Apesar de não expressamente previsto no dispositivo supracitado, é entendimento assente na doutrina e jurisprudência que o estupro e o atentado violento ao pudor, praticados mediante violência presumida, afiguram na categoria de crimes hediondos.

Ensina Guilherme de Souza Nucci:

"O tipo penal que enumera os delitos hediondos (art. 1º da referida Lei) menciona o estupro (art. 213, *caput*) e sua combinação com o art. 223, parágrafo único (estupro seguido de morte), bem como o atentado violento ao pudor (art. 214, *caput*) e sua combinação com o art. 223 (atentado seguido de morte), isto é, quatro delitos diversos (dois dolosos diferentes um do outro e dois qualificados pelo resultado diferentes um do outro). É lógico que não necessitaria ter descrito a combinação dos arts. 213 e 214 com o art. 224, pois este não cria *novas* figuras típicas incriminadoras, mas unicamente dá elementos para a tipificação desses crimes, quando cometidos contra pessoa incapaz de consentir, levando em conta os tipos penais existentes (que são hediondos). Ora, que diferença substancial existe entre uma conjunção carnal com violência real, praticada contra quem pode consentir e não o fez, e uma conjunção carnal com violência presumida, praticada contra quem não podia consentir e o fez? Nenhuma, para efeito de concretização do tipo penal do art. 213. Ter relação sexual com uma menor de 15 anos, contra sua vontade, ou ter relação sexual com uma menor de 8 anos, contando com seu consentimento, é igualmente hediondo e punido de acordo com as penas previstas pelo art. 213. Logo, partilhamos do entendimento de que o estupro e o atentado violento ao pudor cometido com violência ficta são hediondos" (Código de Processo Penal Comentado, 3. ed., São Paulo: RT, 2004, p. 697).

É entendimento pretoriano:

"*Habeas corpus*. Penal e processo penal. Estupro ficto (art. 213, *caput*, c/c o art. 224, alínea *a*, ambos do CP). Delito considerado hediondo. Impossibilidade de progressão de regime.

"Consoante entendimento recentemente pacificado pelo col. STF, secundado por julgados desta Corte, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando cometidos em quaisquer de suas modalidades, enquadram-se na definição legal de crimes hediondos (art. 1º da Lei n. 8.072/90). Hipótese dos autos em que incide a regra proibitiva da progressão de regime inserta no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90" (STJ – HC n. 20.032/SC – rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – j. 21-5-02 – DJU 24-6-02).

"Atentado violento ao pudor – Crime considerado hediondo – Ausên-

cia de lesão corporal grave ou morte – Irrelevância – Infração cometida contra menor de 14 anos – Exegese da Lei n. 8.072/90 – Embargos rejeitados.

"Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, simples ou qualificados, incluindo-se os casos de violência presumida, são considerados hediondos, diante da previsão expressa do art. 1º da Lei n. 8.072/90, em seus incisos V e VI, que guarda respeito à Constituição" (Embargos Infrigentes n. 2003.030481-9, de Criciúma, rel. Des. Irineu João da Silva).

4 – Pelo exposto, indefiro a revisão.

III – Decisão

Por maioria de votos, indeferiram o pedido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino, Solon d'Eça Neves, Torres Marques, Carstens Köhler e Gaspar Rubik; e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Souza Varella (relator originário) e Maurílio Moreira Leite, que votaram no sentido de deferir o pedido. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 27 de julho de 2005.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator designado.

REVISÃO CRIMINAL N. 2005.017982-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Substituto Jaime Luiz Vicari

Revisão criminal – Pretendida minoração da pena-base – Reiteração dos argumentos expendidos em apelação – Ausência de novas provas – Requisitos de admissibilidade do artigo 621 do Código de Processo Penal não preenchidos – Pedido indeferido.

A revisão criminal não tem a natureza de uma segunda apelação. Por isso, indefere-se o pedido quando as razões apresentadas pelo requerente são as mesmas já suscitadas em seu apelo e não há prova nova que corrobore a afirmação de erro no julgado.

O exame da revisão criminal está condicionado ao preenchimento das condições de admissibilidade do artigo 621 do Código de Processo Penal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 2005.017982-9, da comarca da Capital, em que é requerente Fábio Zago Demétrio:

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por votação unânime, indeferir o pedido de revisão criminal.

Custas legais.

I – Relatório

Fábio Zago Demétrio ingressou com pedido de revisão criminal neste Tribunal de Justiça, argumentando, em síntese, que teria ocorrido erro na aplicação da pena na sentença de primeiro grau que o condenou à pena de 9 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão e ao pagamento de 39 dias-multa no valor individual mínimo, pela prática do crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes (Código Penal, artigo 157, § 2º, incisos I e II).

Sustentou que o Magistrado *a quo* teria majorado excessivamente a pena-base sem justificação, uma vez que as circunstâncias judiciais não seriam desfavoráveis a ele, e requereu a minoração da reprimenda para o mínimo legal.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do doutor Robison Westphal, opinou pelo não conhecimento do pedido, porquanto o argumento já teria sido analisado em segunda instância e não existiria elemento novo de prova (fls. 14 e 15).

II – Voto

Cuidam os autos de pedido de revisão criminal formulado por Fábio Zago Demétrio com o qual pretende obter diminuição da pena fixada na sentença.

Compulsando os autos, verifica-se que o requerente foi condenado pela prática do crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes (Código Penal, artigo 157, § 2º, incisos I e II), tendo sido fixada no decreto condenatório pena de 9 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, bem como pagamento de 39 dias-multa no valor individual mínimo.

Os fundamentos do requerente giram em torno da alegativa de que a pena-base estabelecida teria-se afastado demais do mínimo legal, o que, segundo ele, não seria acertado, pois as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal não seriam desfavoráveis a ele.

Com efeito, as razões apresentadas pelo requerente são as mesmas suscitadas em seu recurso de apelação, conforme se vislumbra às fls. 395 a 399 dos autos em apenso e como bem notou a douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 14 e 15).

A questão ficou equacionada em favor do requerente em acórdão da lavra do eminente Desembargador Solon d'Eça Neves, com a diminuição da reprimenda aplicada, justamente porque se entendeu que houve majoração excessiva na pena-base, *in verbis* (fls. 436 a 438 dos autos em apenso):

"'Afastada, assim, a pretensão absolutória, no tocante à pretendida diminuição da pena imposta, temos que sob este aspecto com razão os apelantes, porquanto, embora nem todas as circunstâncias judiciais do artigo 59, apreciadas para a determinação da pena-base, lhes sejam favoráveis, forçoso é convir que a sua fixação em 2 anos e 6 meses para Loreno e 3 anos para Zago acima do mínimo legal previsto para o tipo foi exacerbado, ainda mais se considerando que a pena para o crime de roubo varia de 4 a 10 anos, merecendo, por isso, acolhido o inconformismo para que sejam reduzidas. [...] Com relação ao réu Fábio Zago Demétrio, deve ser fixada na primeira fase da dosimetria em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, por ser possuidor de outras condenações por furto, roubo e formação de quadrilha, de acordo com o prontuário de fls. 48 a 55, e ainda ser um indivíduo voltado para a prática delituosa. Não há incidência de causas majorantes e minorantes. Finalizando, deve-se aumentar a pena imposta em função das causas de especial aumento (art. 157, § 2º, I e II, do CP) em 3/8, ou seja, 8 (oito) anos, 9 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão. A pena de multa também deverá ser fixada no valor de 15 (quinze) dias-multa, e acrescida de 3/8 advinda das causas de especial aumento, totalizando 25 (vinte e cinco) dias-multa".

Ora, é cediço que para que o requerente obtenha êxito na revisão criminal, deve ele comprovar os requisitos de admissibilidade do artigo 621 do Código de Processo Penal:

"Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

"I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

"II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

"III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena".

In casu, a hipótese dos autos não se enquadra no rol taxativo da mencionada norma. Primeiro porque a questão já ficou apreciada no julgamento do apelo, depois, em razão de o requerente não ter apresentado nenhuma prova nova que pudesse corroborar sua afirmação de que a sentença aplicada lhe foi injusta ou que tenha o magistrado cometido erro na aplicação da pena.

Convém gizar que a revisão criminal não é uma segunda apelação, não podendo ser requerida como reiteração da súplica, sem que haja nova prova, conforme o disposto no artigo 622, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

A respeito do tema, extrai-se da doutrina o seguinte ensinamento:

"'A revisão não pode ter a natureza de uma segunda apelação, pela própria característica que apresenta de rescisão do julgado, caso contrário haveria uma superposição do recurso de apelação, objetivo não pretendido pelo

legislador processual, porque haveria uma reapreciação da prova já examinada em primeiro grau ou até mesmo em segunda instância' (RT 717/401)" (Mirabete, Julio Fabbrini, Código de processo penal interpretado, 8. ed. atual., São Paulo: Atlas, 2001, p. 1.354).

O Tribunal de Justiça catarinense tem decidido em casos bastante assemelhados que:

"Revisão criminal – Falta de comprovação de qualquer das hipóteses previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal – Reapreciação dos fatos e provas já examinados – Reiteração de pedido – Aplicação do disposto no art. 622, parágrafo único, do Código de Processo Penal – Indeferimento.

"O pedido de revisão criminal só pode ser acolhido quando surgirem provas novas. A simples reiteração de argumentos já apreciados na sentença, embora sob nova roupagem, impede o acolhimento da pretensão.

'É inadmissível, em sede de ação revisional, o reexame de matéria exaustivamente debatida, tanto em 1º quanto em 2º grau de jurisdição, como se fora uma nova apelação' (RJDTACRIM 24/495)" (Revisão Criminal n. 2004.035968-2, de Lages, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 30 de março de 2005).

"Revisão criminal. Ausência dos requisitos para admissibilidade da revisão de processos findos. Pretendida minoração da pena-base. Pedido baseado em matéria já apreciada em apelação anterior. Não conhecimento. Inteligência do artigo 622, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

"A revisão criminal está adstrita aos termos do art. 621 do Código de Processo Penal. Já tendo a matéria sido apreciada e repelida em sede de apelação, esta só fica suscetível de uma nova análise caso esteja calcada em novas provas" (Revisão Criminal n. 2003.004985-1, da Capital, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. em 30 de abril de 2003).

"Revisão criminal – Tribunal do Júri – Homicídio privilegiado – Redução da reprimenda – Matéria já suscitada e analisada em sede de apelação criminal – Reiteração de pedido que não pode prosperar – Inteligência do art. 622 do CPP – Não conhecimento" (Revisão Criminal n. 2003.009037-1, de Maravilha, rel. Des. Jorge Mussi, j. em 27 de agosto de 2001).

"A revisão não pode ter a natureza de uma segunda apelação, pela própria característica que apresenta de rescisão de julgado, caso contrário, haveria uma superposição do recurso de apelação, objetivo não pretendido pelo legislador processual, porque haveria uma reapreciação da prova já examinada em primeiro grau ou até mesmo em segunda instância" (RT 717/401).

Ex positis, o indeferimento do pedido de revisão criminal é medida que se impõe, tendo em vista que nada mais é do que a reiteração do pedido já apreciado por ocasião do julgamento da apelação ajuizada perante este Tribunal de Justiça.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidem as Câmaras Criminais Reunidas, à unanimidade, indeferir o pedido de revisão criminal.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino, Gaspar Rubik, Solon d'Eça Neves, Torres Marques, Irineu João da Silva e Des. Substituto Carstens Köhler. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 28 de setembro de 2005.

Amaral e Silva,
Presidente, com voto;
Jaime Luiz Vicari,
Relator.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2004.025032-0, DE ITAPEMA

Relator designado: Des. Gaspar Rubik

Processo penal – Crime contra os costumes – Pai de vítima denunciado como co-autor – Ação penal pública incondicionada – Inteligência do art. 225, § 2º, II, do Cânone Penal – Preliminar de ilegitimidade do Ministério Público repelida.

Tentativa de atentado violento ao pudor – Materialidade e autoria duvidosas – Efusiva negativa do réu, confortada pelas palavras seguras e harmônicas das vítimas – Versão acusatória baseada em depoimentos conflitantes e sem correspondência no elenco probatório – Imprestabilidade para sustentar o edito repressivo prolatado – Sentença reformada para absolver o apelante com base no art. 386, VI, do Código de Processo Penal – Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2004.025032-0, da comarca de Itapema, em que é apelante L. P. dos P., sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para absolver o apelante com base no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Custas de lei.

Na comarca de Itapema, L. P. dos P. e L. A. foram denunciados como incursos nas sanções do art. 214 c/c arts. 14, II, 29, 224, *a*, e 226, I, II e III, todos do Código Penal, e, após regular instrução processual, absolvido o segundo, com fulcro no art. 386, IV, do CPP, e condenado o primeiro à pena de 5 (cinco) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, no valor de ½ (meio) salário mínimo à época dos fatos, por infração ao art. 214 c/c art. 14, II; art. 224, a, e art. 226, III, todos do CP, porque, segundo narra a exordial, no dia 19 de maio de 2003, por volta das 14 horas, o indiciado L. dirigiu-se à residência de L., conforme previamente combinado, levando consigo as menores A. M. e J. L. A., respectivamente sua sobrinha e filha, ambas com doze anos de idade, deixando-as sozinhas com este a fim de que com elas praticasse ato libidinoso. Assim, após levá-las para passear na praia, retornaram para casa, ocasião em que L. tentou passar as mãos nos seios e na vagina de J., acobertado por L. que fazia vigilância do lado de fora da residência, apenas não conseguindo consumar seu intento por circunstâncias alheias a sua vontade, qual seja, a chegada de policiais militares e do conselheiro tutelar.

Irresignado com tal veredicto, recorreu o condenado objetivando, em preliminar, a anulação do processo em face da ilegitimidade *ad causam* do Promotor de Justiça para promover a ação penal e, no mérito, a absolvição por insuficiência de provas a sustentar o edito repressivo prolatado e, alternativamente, a desclassificação da conduta para o art. 61 da Lei de Contravenções Penais ou, ainda, a redução da pena, por exacerbada.

Contra-razões ofertadas, alçaram os autos a esta Corte, e aqui a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Luiz Fernando Sirydakis, manifestou-se pela rejeição da preliminar suscitada e, no mérito, pelo desprovimento do recurso e pela exclusão, de ofício, da pena de multa em vista da falta de previsão legal.

É o relatório.

A prefacial de ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público para a deflagração da ação penal não tem procedência e, por isso, é rechaçada, em razão de que consta da denúncia o nome de L. A., pai da vítima J., como co-autor do crime, tornando, portanto, pública incondicionada a ação penal pela prática de atentado violento ao pudor, conforme o estatuído pelo artigo 225, § 2º, II, do Código Penal, nada obstante tenha sido aquele acusado absolvido ao advir a sentença.

Superada essa questão, passa-se à análise do mérito, principiando por dizer que efetivamente a prova tanto da autoria quanto da materialidade delitiva é, no mínimo, muitíssimo duvidosa, não conferindo a certeza necessária à prolação de um decreto condenatório, ainda mais em se tratando de crime contra os costumes, praticado às escondidas, em que essa prova para a condenação reside basicamente na palavra das vítimas, as quais, no caso em tela, negam de maneira segura e coerente a ocorrência do delito, guardando uniformidade com as declarações do apelante.

Com efeito, L. P. dos P., nas duas oportunidades em que ouvido, negou veementemente a prática de qualquer ato libidinoso, narrando que "havia combinado com L. A. de apanhá-lo no dia 19-5-2003, a partir das 13 horas para trazê-lo até a casa de sua propriedade situada na Rua 123, local dos fatos, para efetuar o conserto do telhado; que, no referido dia após ter almoçado o declarante dirigiu-se por volta das 14 horas a casa de L. A.; [...] que, o declarante chegando a residência de L. foi atendido pela companheira de L., presente J. filha de L. e logo após chegou ao local outra menina A., sobrinha de L. A., ambas as meninas suas conhecidas; que, L. já tinha saído em direção a casa do declarante e nesta oportunidade as meninas solicitaram carona para irem até onde o pai L. A. se encontrava; porque as meninas queriam saber do pai lugares para vender aipim [...] que, o declarante dirigiu-se até o centro de Itapema, passou pelo seu Restaurante onde chegou a comentar com as meninas que tinha interesse em comprar aipim [...] e a seguir dirigiu-se até a casa citada; que, ao chegar na casa, L. ainda não havia chegado e ficaram aguardando a chegada de L.; que, permaneceram aguardando na garagem aberta da residência, ao mesmo tempo em que passou a conversar com as meninas aconselhando-as a terem um bom aproveitamento escolar, ocasião em que passou a mão no cabelo de uma delas ocasião em que a menor recuou não recordando-se de qual das meninas; [...] que após isto L. chegou ao local e passou a verificar o telhado onde iria trabalhar; que, após a chegada de L. A. ao local, chegou um Policial Militar que dirigiu-se ao declarante dizendo que havia recebido uma denúncia anônima, que informava que haviam duas crianças ali; [...] que, o policial perguntou aonde estavam as crianças e o declarante respondeu que estavam por ali e que tinham que procurá-las e encontraram ambas as meninas em um dos cômodos da casa; [...] que, enquanto aguardava com as meninas a chegada de L., o declarante a pedido das meninas deu um real para cada uma, para que as mesmas tomasse (*sic*) um sorvete [...]" (fls. 55 e 56 e 83 e 84).

A esposa de L., M. I. P. dos S., em ambas as fases processuais, confirma que "no dia dos fatos o acusado L. foi até a casa da informante buscar o

marido para trabalhar; que L. já tinha saído e então o acusado deu carona para as menores venderem aipim a pedido destas" (fls. 57 e 118).

Corroborando essa versão, a vítima J., inquirida pela autoridade policial, alegou que na data dos fatos saiu de casa após o meio-dia para vender aipim, dirigindo-se à casa de seu pai que, dias antes, disse-lhe que teria um comprador, e lá chegando, por volta das 14 horas, encontrou sua prima A., como previamente combinado, mas "o pai da declarante não estava na casa e a mulher do mesmo disse que seu pai tinha almoçado e ido trabalhar em Itapema; que, neste momento chegou na casa de seu pai de automóvel o Sr. L. e não sabe o que o mesmo lá foi fazer; que, o Sr. L. disse que num Restaurante em Itapema queriam comprar aipim e a declarante então acabou junto com sua prima vindo com o Sr. L., no automóvel do mesmo até Itapema com a finalidade de vender aipim", afirmou que no restaurante negociaram a venda do aipim e "a seguir rumaram até onde o pai da declarante estava numa casa do Sr. L.", na qual entraram acompanhadas por este, que antes da chegada de seu pai "conversou com a declarante e sua prima, assuntos como, para estudar bastante na escola; que, sua prima, pediu para L. dinheiro para tomar sorvete e este deu um real para a mesma e um real para a declarante, que, *em nenhum momento o Sr. L. passou a mão no corpo de sua prima A. e nem na declarante; que, durante o tempo em que esteve no interior da casa o Sr. L. passar (*sic*) a mão nos cabelos da declarante e de sua prima, mas não deixaram que isto acontecesse; [...] que, em nenhum momento este senhor falou em querer lhe beijar ou fazer alguma coisa sexualmente*; que, a declarante junto com sua prima, permaneceu com o Sr. L. no interior da casa por, pouco tempo até a chegada de seu pai, acha que isso ocorreu por trinta minutos" (fls. 21 e 22 – grifo nosso).

No mesmo sentido seguem suas declarações ao ser acareada com o conselheiro tutelar, e, muito embora nesta oportunidade tenha dito que L. teria feito "gestos de querer passar as mãos na região de seu 'peito'" (fl. 61), retratou-se quando ouvida sob o crivo do contraditório, reafirmando "que o acusado L. apenas passou a mão nos cabelos da informante e sua prima, que não passou a mão pelo corpo ou tentou agarrá-las; que a depoente não sofreu qualquer pressão nem ganhou nada para prestar este depoimento", relatando ainda que "Carlos, o rapaz que está aguardando a audiência reconhecido pela informante como Conselheiro Tutelar, foi quem chegou no local e conduziu a informante e sua prima à Delegacia, que Carlos ameaçou as duas dizendo que caso não falassem a verdade levaria as duas para Florianópolis; que no trajeto da casa do acusado até a Delegacia somente falou para o Conselheiro que o acusado havia passado a mão nos seus cabelos" (fl. 106).

Consonantes são as palavras de sua prima A. M. que confirmou terem combinado de vender aipim naquela tarde, indo juntas até a casa de seu tio N. (L.), que não se encontrava, "que saí-

ram a seguir para arrumar outros compradores e quando caminhavam pela rua, parou um veículo azul com o Sr. L. e este falou que no restaurante do mesmo precisavam comprar aipim e se ofereceu para levá-las até o restaurante onde acabaram por aceitar a corona (*sic*); [...] que, foram até na praia de Itapema onde o Sr. L. parou o veículo e ofereceu sorvete, tendo a declarante aceitado, o mesmo tempo o Sr. L. que a casa do mesmo era bonita e que ficava ali próximo [...]; que, L. levou a declarante e sua prima até uma casa, onde adentraram a mesma seguidas pelo Sr. L.; que, a declarante não viu neste momento o seu tio N. neste local; que, o Sr. L. passou a conversar dizendo que deveriam estudar bastante, ajudar os pais e que conseguiriam alguma coisa na vida e então como a casa estava com cupim no chão, passaram a varrer a casa, momento em que viram que a porta da casa fechou; que, o Sr. L. chegou a passar a mão na cabeça de sua prima, tendo esta dito para parar porque não gostava; que, após escutaram um barulho na frente da casa e quando viram o seu tio N. já estava chegando na casa [...]" (fls. 18 e 19).

Em Juízo, A. assegurou que "durante o dia dos fatos e em outras oportunidades *o acusado L. nunca tentou agarrar, abraçar ou praticar qualquer tipo de atitude afim com a informante ou com sua prima*; que as pessoas do Conselho Tutelar também perguntaram se o acusado L. havia tentado passar a mão na informante e sua prima mas que a informante respondeu que não porque este fato não aconteceu mesmo; que estivesse (*sic*) acontecido alguma coisa a informante falaria; que não foi ameaçada e nem ficou com medo de vir aqui depor e nem lhe foi pedido para que desse este tipo de depoimento", revelando, ainda, que "não foram bem tratadas pelas pessoas do Conselho Tutelar; que eles diziam 'tu vai só ver guriazinha'; que também na delegacia foram maltratadas pelas pessoas do Conselho Tutelar; que na verdade foi um homem do Conselho Tutelar que tratou mal as menores; que reconheceu como sendo o Conselheiro Carlos" (fls. 103 e 104 – grifo nosso).

Acerca das declarações das vítimas, impende ressaltar a insubsistência da assertiva acusatória que as acoima de contraditórias, em vista de que as pequenas divergências que apresentam versam apenas sobre pontos periféricos, como quanto ao fato de terem ou não tomado sorvete ou negociado a venda do aipim ao chegarem em Itapema, não sendo capazes de desmerecê-las ou afetar a versão defensiva, porquanto são uníssonas quanto ao fato principal, qual seja, a inocorrência da prática de qualquer ato libidinoso por parte do recorrente.

Convém destacar, ainda, as afirmações das menores de que teriam sido pressionadas pelo conselheiro tutelar Carlos Cesar Bernardes a incriminar os então acusados L. e L., corroboradas pelas palavras de suas tias que se faziam presentes na Delegacia quando foram inquiridas, relatando S. A. que "foi para a delegacia de bicicleta atrás do carro do Conselho Tutelar uma vez que estes levaram J. e não permitiram que a informante fosse junto; que

a menor ainda na frente de casa pediu para que a informante a acompanhasse mas o conselheiro tutelar não permitiu; que a menina estava nervosa e chorava; que chegando na delegacia deparou-se com jornalistas com máquinas fotográficas em punho; que a menor estava próxima à porta e sendo pressionada pelo pessoal do conselho tutelar; que queriam que ela falasse e diziam que ela divia (*sic*) contar que o pai dela não prestava; que a menor chorava e dizia que nada tinha acontecido" (fl. 116).

N. A. da S., por sua vez, aduziu que "na delegacia o conselheiro tutelar disse que as menores estavam numa casa de prostituição e não deixou a informante se aproximar da sobrinha J. que estava muito nervosa e chorava muito; [...] que viu o conselheiro tutelar Carlos quando este ameaçava a menor de levá-la para internamento em Florianópolis se a mesma não dissesse a verdade; que no caminho para a escola o conselheiro tutelar abordava as menores insistindo para que as mesmas contassem a verdade; que as mesmas se sentiam pressionadas" (fl. 117).

N. T. S., mãe da vítima J., asseverou na fase judicial que "a menor relatou para a informante que foi vender aipim; que também disse que nada aconteceu em relação ao acusado L.; que acredita na filha; [...] que declarou na delegacia que não gostava do acusado porque estava nervosa; que no momento estava nervosa por causa dos fatos e até acreditou que fosse verdade mas depois ouvindo a filha acredita que nada aconteceu e que apenas o acusado passou a mão no cabelo das menores; [...] que o Conselheiro Tutelar tratou bem a depoente e não tratou mal as menores na presença desta mas as meninas se queixaram de terem sido pressionadas; que as meninas relataram que o Conselheiro as pressionou para declararem que foi L. quem levou as mesmas até a casa de L." (fl. 107).

A par disso, verifica-se que o referido conselheiro tutelar, em cujas palavras se ancora a acusação, apresenta diversos relatos para os fatos, a começar pelo narrado à autoridade policial, segundo o qual "há vários dias vem recebendo denúncia de que na rua 123, numa casa branca, ao lado do Hotel Vilage, centro desta Cidade, um indivíduo, de estatura baixa, com cabelos compridos leva crianças para se prostituírem; que, em virtude do grande número de telefonemas o declarante sequer chegou a esperar a audiência e foi para o local dos fatos, lá chegando, deparou-se com três viaturas da Polícia Militar", que, após a retirada das crianças da casa, foi, juntamente com policiais e L., investigar se se tratavam, de fato, de filha e sobrinha deste; "que no caminho conversando com J. a mesma disse que seu pai, o conduzido L., levou-as até a casa de L., para irem passear na praia com a referida pessoa e que seu pai deixou-as com L., na casa do mesmo e saiu do local, em seguida L. dentro da casa, tentava passar a mão na vagina das menores e elas não deixavam" (fl. 2 e 3).

Durante a acareação retificou seu depoimento, alegando que "na verdade o que houve foi que J. falou que L.

tentou passar a mão pelo corpo das meninas não dizendo a região do corpo", confirmando que "as meninas disseram-lhe que L. A. foi quem as levou até a casa onde houve os fatos" (fl. 60).

Contraditoriamente, em Juízo sustentou que "não falou em nenhum momento que L. tenha passado a mão na vagina das menores; o que sempre falou é que o acusado teria passado a mão nos seus seios; que soube do que ficou consignado no APF no dia da acareação quando escutou o delegado lendo seu depoimento; que no mesmo momento na frente do Promotor o depoente disse que não tinha mencionado que tivesse o acusado passado a mão na vagina da menor mas sim em seus seios" (fl. 102).

E a despeito das declarações de que diversos moradores da região estariam denunciando a ocorrência de prostituição infantil na casa do recorrente, os vizinhos arrolados como testemunhas pela defesa foram unânimes ao afirmar que nunca souberam de algo que desabonasse sua conduta, tampouco viram qualquer menor em sua residência (fls. 114 e 115).

O policial militar Antônio Alfredo Mendes, a seu turno, relatou que "no deslocamento até a casa de J. a mesma disse ao Conselheiro Tutelar, que foram levadas até a casa de L. pelo conduzido (L.) e que L. havia prometido casa e dinheiro para as mesmas; que, naquele instante chegaram em frente ao posto de saúde e quando pediam mais detalhes a J., chegou ao local a mãe de J. e esta passou a chorar [...]" (fls. 7 e 8).

Essas afirmações, porém, divergem das que prestou o miliciano na fase judicial, quando assegurou que, ao chegarem no local dos fatos, "as duas meninas se apresentaram e aparentavam normalidade", e que não foi durante o caminho, mas já em frente à casa de J. que esta começou a chorar e contou que "o acusado tinha mexido com ela", levando-a, após, ao posto de saúde onde estava sua mãe (fl. 99).

Doutra parte, não merecem crédito as declarações prestadas pelas testemunhas O. B. V. e D. L. L. E. na fase do inquérito, tendo em vista de que não foram ratificadas em Juízo, pois "uniforme o pensamento de que as provas requeridas nessa fase devem ser ratificadas em Juízo, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório" (RHC n. 10456/GO, rel. Min. Vicente Leal, j. em 20-9-2001).

Além disso, informações prestadas por U. de O. dão conta de que "esse jornalista (D. E.) trata-se de um ex-genro do irmão do acusado L. P. dos P., ou seja, foi genro de S. P. e tem, para com toda a referida família, uma aversão e ódio e, o que puder fazer, faz para prejudicar a referida família; que acredita que isso deve-se a problemas políticos" (fl. 128v.).

Diante desse quadro, verifica-se que dúvidas pairam acerca da materialidade e da autoria do delito, pois não há nos autos elementos suficientes a amparar a conflituosa palavra do conselheiro tutelar, e, por conseqüência, capaz de sustentar o decreto condenatório prolatado.

Ademais, como ressabido, nos crimes contra os costumes, em razão da clandestinidade em que geralmente ocorrem, a palavra da vítima assume, via de regra, fundamental importância como meio de prova, nela recaindo, em princípio, presunção *juris tantum* de veracidade e boa-fé, de modo que, na hipótese vertente, ante a efusiva negativa das supostas vítimas, não é possível apontar, com segurança, que o recorrente haja perpetrado o crime a ele imputado na denúncia.

A propósito, colaciona-se o escólio doutrinário de Nelson Hungria:

"A dúvida é sinônimo de ausência de prova. [...] a condenação criminal somente poderá surgir diante de uma certeza quanto à existência do fato punível, da autoria e da culpabilidade do acusado. Uma prova deficiente, incompleta ou contraditória, gera a dúvida e com ela a obrigatoriedade da absolvição, pois milita em favor do acionado criminalmente uma presunção relativa de inocência" (*in* Da Prova no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 46).

Outro não é o entendimento desta Corte:

"Apelação criminal – Crimes contra os costumes – Artigo 213 c/c artigo 14, II, do Código Penal – Recurso ministerial – Dúvidas quanto à autoria e à materialidade do delito – Exame pericial negativo – Prova testemunhal que não se encontra coerente e harmônica – Aplicação do princípio *in dubio pro reo* – Absolvição mantida – Recurso desprovido.

"É sabido que em crimes contra a liberdade sexual, geralmente praticados na clandestinidade, as declarações da vítima são de forte valor probante, desde que não desmentidas ou não se revelem ostensivamente mentirosas ou contrárias aos demais elementos das provas existentes nos autos. Havendo um mínimo de incerteza quanto às declarações, torna-se preferível absolver mil culpados do que condenar um inocente" (Ap. Crim. n. 2004.018161-2, da Capital, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 5-4-2005).

E ainda:

"Apelação criminal – Estupro – Negativa de autoria – Palavra da vítima conflitante – Prova duvidosa e ambígua – Sentença reformada – Recurso provido.

"A palavra da vítima constitui, via de regra, alicerce para a condenação nos crimes contra os costumes, geralmente cometidos ao abrigo de testemunhas, desde que segura e precisa no que declara. Porém se o relato da ofendida se apresenta vago e conflitante, e o acusado nega veementemente as infrações, impõe-se a absolvição, nos termos do artigo 386, inciso VI, do CPP" (Ap. Crim. n. 2000.000770-6, rel. Des. Genésio Nolli, j. 29-2-2000).

Destarte, por qualquer ângulo que se examine os elementos de convicção colhidos nos autos, a absolvição do apelante, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal, é medida que se impõe, porquanto "no processo criminal não há incertezas, ou demonstra-se cabalmente a autoria e materialidade do delito ou absolve-se,

pois, a dúvida é sinônimo de ausência de provas" (Ap. Crim. n. 2000.005154-3, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. 10-10-2000).

Por tais razões, pois, é que a Câmara, à unanimidade de votos, dá provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Substituto Carstens Köhler e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves, que proferiu seu voto no sentido de "negar provimento ao recurso". Exarou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. Luiz Fernando Sirydakis.

Florianópolis, 5 de julho de 2005.

Amaral e Silva,
Presidente;
Gaspar Rubik,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves

Ementa aditiva: Apelação criminal – Crime contra os costumes – Atentado violento ao pudor – Aventadas contradições nos depoimentos prestados pela vítima – Retratação em juízo que não prejudica em nada a responsabilidade penal do acusado – Palavras suficientes para o edito condenatório – Impossibilidade de desclassificação para o art. 61 da Lei de Contravenções Penais – Inadmissibilidade de diminuição de pena – Recurso desprovido.

Nos crimes contra a liberdade sexual, que são praticados geralmente às escondidas, as declarações da vítima são de forte valor probatório, desde que não se revelem mentirosas ou contrárias aos demais elementos de prova existentes nos autos.

Caracterizado o crime de atentado violento ao pudor, inadmissível torna-se a desclassificação para a figura contravencional de importunação ofensiva ao pudor, uma vez que, pela interpretação lógica do art. 61 da LCP, esta só pode ocorrer em lugar público ou acessível ao público, o que não é o caso dos autos.

Dissenti da maioria, somente no tocante ao mérito, por entender que existem nos autos elementos capazes de embasar o decreto condenatório, sendo, pois, impossível a absolvição e/ou desclassificação do crime.

A materialidade ficou devidamente comprovada por meio dos depoimentos de J. L. A., prestados na fase policial, bem como dos depoimentos dos Conselheiros Tutelares Carlos Cesar Bernardes e Antonio Alfredo Mendes, os quais confirmam que o apelante teria tocado as partes íntimas da vítima, em especial os seios.

Apesar de o acusado ter negado a autoria durante o interrogatório, declarando que não teria tocado a vítima e que teria apenas dado carona às menores J. L. A. e A. M. na intenção de ajudá-las a vender aipim no centro da cidade, e a defesa argumentando que inexistem elementos no caderno processual que autorizem uma condenação, denota-se que ficou inequivocamente demonstrada a prática do delito por parte do apelante.

Ora, salienta-se que o apelante somente não persistiu em sua conduta em virtude da chegada da polícia militar e do Conselho Tutelar, após receberem denúncias anônimas de que naquela casa estaria ocorrendo prostituição infantil.

Na verdade, percebe-se que, mesmo após a retratação da menor em Juízo, ficou plenamente configurada a intenção do acusado na prática do delito. Ora, natural a atitude de arrependimento da pequena vítima ante o medo e a insegurança, além do susto ao analisar a dimensão de seu depoimento, porquanto suas declarações seriam responsáveis pela condenação de seu pai e do patrão dele, prejudicando, até mesmo, o sustento da família.

Assim, a vítima apenas se retratou por temor às conseqüências de suas declarações, devendo prevalecer o seu depoimento inicial na busca da verdade real.

"Em crimes da natureza do aqui considerado, rotineiramente praticados às escondidas, presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração, a palavra da vítima é de fundamental importância na elucidação da autoria. Se não é desmentida, se não se revela ostensivamente mentirosa ou contradita, o que cumpre é aceitá-la sem dúvida. [...] A criança, a despeito da sua imaturidade, não é mentirosa por princípio, especialmente quando se trata de imputar a alguém, contra quem nada tem aparentemente, crime tão grave quanto comprometedor de sua intimidade e de seu anonimato" (RT 663/285).

"A palavra da vítima de crime contra os costumes, ainda que se trate de menor, merece credibilidade se coerente com o conjunto probatório, erigindo-se em prova verticilar, em delitos como os da espécie, cometidos à puridade" (JTJ 180/306).

Transcrevo com muita acuidade as declarações da vítima por ocasião da acareação entre ela e o conselheiro tutelar Carlos, bem como o depoimento do motorista do carro que o conduziu até a casa de L., após receber denúncias anônimas, conforme citou o douto Procurador:

"Não obstante o teor de suas declarações, a prova amealhada no processado demonstra inequivocamente a prática do delito pelo qual restou condenado, tendo a vítima J. L. A., quando da acareação de fls. 60 e 61 entre ela e o conselheiro tutelar Carlos C. Bernardes, por força de divergências entre os depoimentos que prestaram, tudo na fase policial, aventando que na data dos fatos L. passou a mão em seus cabelos e tentou tocar seu corpo, ao deixar anotado: '[...] reafirma que o Sr. L. é que levou-a juntamente com a prima A. M. até a casa onde seu pai estava; que, em momento nenhum o Sr. L. passou a mão em seu corpo ou no corpo de sua prima, somente passou a mão no cabelo da declarante e de A. M.; que, a declarante em nenhum momento falou para o conselheiro Carlos C. Bernardes acerca de seu L. ter passado a mão na sua vagina ou no corpo de A. M.; que, esclarece ainda que logo após o seu L. ter passado a mão em seu cabelo e no de sua prima, chegaram ao local a Po-

lícia Militar e o Conselheiro Tutelar; que, reafirma que seu L. quando se dirigiu à declarante com gestos de passar a mão em sua cabeça entendeu que foi ação motivada por carinho; que, seu L. também fez gestos de querer passar as mãos na região do seu peito e a declarante se esquivou indo para trás; que, o mesmo ocorreu com sua prima; que, após seu pai ter sido preso quando ainda se encontrava na Delegacia de Polícia na frente da Delegacia a avó paterna da declarante, pediu para a declarante não falar a verdade, tendo respondido que não iria mentir e sim falar a verdade", negando, no entanto, o teor de tais declarações quando ouvida em Juízo (fl. 105).

"Todavia, muito embora a vítima J. tenha deixado de confirmar em Juízo a prática do delito, O. B. V., motorista que conduziu o conselheiro tutelar até o local do crime e que acompanhou a ação policial, além de ir até o posto de saúde para onde as vítimas foram levadas, ouvido às fls. 62 e 63, assegurou que presenciou J. contando à sua mãe que fora violada pelo apelante, conforme deixou especificamente consignado: 'que o declarante trabalha na Prefeitura Municipal a disposição do Conselho Tutelar como motorista; que, fatos ocorridos antes do dia 20-5-2003, o declarante não teve conhecimento de nada; que, no dia 20-5-2003, por volta das 15 horas, o declarante se encontrava no Fórum desta Comarca juntamente com o conselheiro tutelar Carlos quando este recebeu uma ligação telefônica, anônima, dando conta de que o Sr. L. P. estaria com duas crianças no interior da casa do mesmo na rua 123, nesta cidade; que o declarante a mando do conselheiro Carlos conduziu o mesmo até o local citado e lá chegando já se encontrava no local três viaturas da PM; que, deram também com o indivíduo L. A. em frente da casa, entrando e saindo do terreno desta, e a seguir o mesmo subiu no telhado da referida casa, ao mesmo tempo que o Sr. L. P. apareceu vindo do interior da casa; que, os policiais militares perguntaram ao Sr. L. se havia duas crianças no interior da casa e este respondeu que sim, quando então o mesmo chamou por L. A. onde disse ao mesmo que os policiais queriam falar com eles; que a seguir os policiais militares foram falar com L. A. e o Sr. L. P. retornou a casa e apanhou as duas crianças e as trouxe até a frente da casa; que, a seguir enquanto os policiais conversavam com L., Sr. L. P. dirigiu-se até o seu veículo e saiu do local; que, o conselheiro Carlos conversou com L. e este relatou ser pai de uma das meninas e tio da outra e a seguir com as duas crianças rumaram ao posto de saúde onde estaria a mãe da menor J. L. A., ao mesmo tempo que L. foi levado também pela Polícia Militar; que, lá no posto de saúde, presente a mãe de J. L. A., e L. A., do conselheiro Carlos Bernardes, de um policial militar e do declarante, a menor J. L. A., filha de L., confessou que o Sr. L. P. tinha passado a mão em seus seios, no seu corpo não dizendo qual região e que o mesmo tinha oferecido dinheiro para ela; que a referida menor ainda disse que L. P. conversou acerca de que iria ajudá-las a ter uma casa nova".

"Referidas declarações são amparadas por Antonio Alfredo Mendes, policial militar que, ouvido judicialmente às fls. 99 e 100, confirmou que presenciou J. L. A. contando à sua mãe que sofreu abuso por parte do apelante afirmando: '[...] que no dia dos fatos foi chamado pelo Sgto. Adnaldo que comunicou a denúncia e determinou que três viaturas da Polícia Militar ficassem em cima da ponte observando a casa do acusado e aguardando o Conselho Tutelar; que viu o acusado L. entrando e saindo da casa mais de uma vez; que viu bem o acusado pois o mesmo passou duas vezes pela ponte onde se encontravam as viaturas; [...]; que com a chegada do Conselho Tutelar o depoente e o Sgto. Adnaldo foram na casa verificar; que bateram palmas do lado de fora da cerca e apareceu o acusado L.; que L. confirmou que estava com duas menores na casa filha e sobrinha de L. que a esta altura estava mexendo no telhado; [...]; que o acusado L. foi colocado na viatura dirigida pelo depoente e foi levado até a casa das menores seguido pela viatura do Conselho Tutelar, com dois conselheiros e as duas menores; que primeiro chegaram na casa da sobrinha e foi confirmado que o acusado era tio e então a menor foi deixada na sua casa; que quando chegaram na casa onde morava a filha do acusado, o Conselheiro Tutelar Carlos chamou o depoente e disse que a menor havia declarado que o acusado L. tinha mexido em seus seios; que o depoente foi até a viatura falar com a menor; que a menor chorava muito e confirmou que o acusado tinha mexido com ela e contou que o acusado havia prometido uma casa e roupas; [...]; que o depoente e o Conselheiro relataram à mãe da menor o que havia ocorrido; que a mãe da menor saiu na rua e fez um escândalo, gritando com o pai da menor que estava na viatura; que a mãe gritava: 'eu te falei para nunca mais levar a menina na casa do L.'; que quando a menina chorou dentro do carro e confirmou para o depoente que L. havia passado a mão em seus seios os dois conselheiros tutelares estavam presentes".

"Ao arremate, depreende-se das declarações do Conselheiro Tutelar Carlos César Bernardes às fls. 101 e 102: 'L. entrou em casa e trouxe as menores; que as menores aparentavam estarem com medo de chegarem em casa; que no trajeto até a casa de A. M., J. L. A. se mostrava mais nervosa e dizia: 'eu disse que não ia dar certo agora minha mãe vai me matar', [...]; que quando pararam na casa de L. para que esse pegasse os documentos o depoente saiu do carro para acompanhar a polícia, momento em que a menor chamou o depoente e disse: 'Ô tio nós fomos vender aipim mas o velho nos levou para casa e passou a mão no meu corpo prometendo que ia dar uma casa e dinheiro'; que o depoente entrou dentro da viatura e falou para a menor se ela tinha certeza do que estava falando era muito sério; que nisto o policial Alfredo retornava à viatura e escutou o que a menor disse [...] que quando foi relatados os fatos a mãe N. esta começou a gritar e fazer escândalo; que foi até a viatura e gritava para L.; que muitas vezes já tinha avisado para ele não levar

menores para estes velhos; que na delegacia levou a menor até a cozinha enquanto aguardava a mãe, na presença do policial a menor aguardava a mãe, na presença do policial a menor chorou e muitas vezes confirmou o que já havia dito' [...]" (fls. 313 a 316).

Denota-se que, apesar da retratação da vítima, esta não está apta a inocentá-lo, uma vez que, após sofrer pressões familiares e saber que o acusado poderia ser preso, e conseqüentemente seu pai também poderia ser prejudicado, é perfeitamente normal esse tipo de atitude, ainda mais quando não encontra ressonância nas demais provas dos autos.

Assim, demonstrado está que a retratação da vítima nos autos, obviamente, é mais um reflexo do que se pode chamar de temor referencial, um dos motivos determinantes da existência de crimes como o dos autos, fartamente comprovado pelo conjunto probatório produzido.

Cabe destacar, ainda, que a defesa do acusado trouxe aos autos tãosomente testemunhas que serviram como abonatórias e que não lograram desconstituir a acusação a ele argüida. Por isso, não há falar em absolvição por falta de provas ou de certeza, tendo em vista que ficaram demonstrados todos os elementos do tipo penal imputado ao ora apelante.

Da jurisprudência deste egrégio Tribunal colhe-se o precedente:

"Quem afirma um álibi deve comprová-lo sob pena de, não o fazendo, ser nenhum o valor probatório da negativa de autoria" (JC 59/283) (Ap. Crim. n. 1999.003335-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Souza Varella).

"Estupro – Negativa da autoria – Palavra da vítima corroborada por outros elementos – Álibi do acusado não comprovado – Condenação – Sentença confirmada.

[...]

"Compete ao alegante a comprovação do álibi; se a prova produzida não exclui totalmente a possibilidade de ter sido o acusado o autor da infração, cai por terra a negativa da autoria" (Ap. Crim. n. 32.905, de Sombrio, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Apesar de a defesa tentar desqualificar o depoimento do conselheiro tutelar Carlos, que teria induzido as menores A. M. e J. L. A. a afirmarem que foram maltratadas por eles e ainda que estava faltando com a verdade, tal assertiva não pode prosperar. É de se esclarecer que ficou cristalinamente comprovado nos autos que o fato só se tornou público após diversas denúncias anônimas recebidas, as quais o conselho tutelar e a polícia militar foram conferir *in loco*, impedindo, assim, a continuidade de tão repugnante ato por parte do apelante.

Com relação à pretensão do apelante, no sentido de desclassificar o delito para o previsto no art. 61 da Lei de Contravenções Penais, esta também não pode prosperar.

Primeiro, porque pela interpretação lógica da conduta típica do art. 61 da Lei das Contravenções Penais (DL

n. 3.688/41), que consiste em "Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor". Tem-se como certo que, para a caracterização desse ilícito penal, faz-se necessário que a perturbação ou incômodo ocorra em local aberto e acessível a todas as pessoas, como ruas, praças, parques, jardins, museus, teatros, cinemas etc., e não em locais restritos como no interior de imóveis residenciais, como ocorreu no caso dos autos.

Segundo, porque:

"Não se confunde a prática de ato libidinoso com as contravenções dos arts. 61 e 65 da LCP. Nestas, o agente pratica ato que contrasta com o sentimento médio de pudor ou bons costumes, como beijos ligeiros, apalpadelas, toques no corpo etc., e naquele é necessário o ato concupiscente. É indispensável, para a caracterização do atentado violento ao pudor o contato físico entre o agente e a vítima; não ocorrendo este, poderá caracterizar-se outro ilícito: constrangimento ilegal, corrupção de menor, crime contra criança ou adolescente, ato obsceno, importunação ofensiva ao pudor etc." (Julio Fabbrini Mirabete, Código Penal Interpretado, Atlas, São Paulo, 1999, p. 1.269).

A propósito, esta colenda Câmara já decidiu:

"Em alguns casos resulta grande dificuldade para distinção entre o crime de atentado violento ao pudor e a contravenção prevista no art. 61, da lei própria, pela proximidade de conceitos entre as duas infrações. A diferença fundamental está na forma de agir do infrator, pois o crime só se consuma com a prática de um ato. A jurisprudência e a doutrina têm entendido que, para caracterização do crime de atentado violento ao pudor, é necessária a prática de atos inequívocos e idôneos dirigidos ao fim libidinoso e, na falta de prova segura e forte, o caminho é a desclassificação ou para o crime de ato obsceno (art. 233 do CP) ou para a contravenção apontada (art. 61 da LCP), pois esta pode configurar-se com beijo na boca (contra a vontade da vítima), toques no corpo, bolinagens, apalpadelas, gracejos e propostas desonestas, o que deve ser examinado em cada caso concreto" (Ap. Crim. n. 1996.007533-0, de Timbó, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Quanto ao pleito de diminuição da reprimenda imposta, melhor sorte também não lhe assiste, porque a Magistrada, ao aplicar a pena-base acima do mínimo legal, fundamentou-a de forma adequada, senão vejamos:

"[...] sua *personalidade* não parece ser voltada para a criminalidade, todavia, evidentemente apresenta distúrbios, eis que alcança o prazer sexual com a companhia de crianças; *os motivos* são desconhecidos; as circunstâncias não foram normais ao tipo crime, valendo-se o acusado da amizade que possuía com os familiares das vítimas bem como de poder econômico para influenciá-las a acompanhá-lo". Foi ela estipulada em 6 meses acima do mínimo legal previsto para o tipo, pena esta que, ante a inexistência de ate-

nuantes ou agravantes, foi majorada de um quarto por força do reconhecimento da causa especial de aumento prevista no art. 226, III, do Código Penal, e na seqüência mitigada em um terço pelo reconhecimento da figura da tentativa, ficando definitivamente imposta em 5 anos e 5 meses de reclusão, salientando que, a bem da verdade, já foi o apelante beneficiado com a admissão da tentativa na hipótese.

O renomado doutrinador Damásio E. de Jesus, ao comentar o art. 59 do Estatuto Repressivo, lecionou:

"Na fixação da pena compete ao juiz, atendendo 'a culpabilidade' do agente, apreciar seus antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima, 'conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime'. São as chamadas circunstâncias judiciais, que auxiliam o juiz na verificação da culpabilidade do sujeito" (in Direito Penal, 12. ed., São Paulo: Saraiva, vol. 1).

A respeito de aresto da lavra do ilustre Des. Nilton Macedo Machado, assim consta:

"Na fixação da pena-base, se algumas das circunstâncias judiciais indicadas no art. 59 do CP apresentarem-se favoráveis e outras desfavoráveis, deve o juiz utilizar-se, analogicamente, dos critérios previstos no art. 67, do mesmo Código, verificando quais as circunstâncias preponderantes e quais os motivos que determinaram o cometimento do crime" (Ap. Crim. n. 32.170, de São Lourenço do Oeste).

Destarte, não sendo favoráveis ao réu em sua maioria as circunstâncias descritas no art. 59 do Código Penal, deveria mesmo, como na forma fundamentada, a pena-base ser fixada acima do mínimo legal, razão pela qual entendo deva ser mantida no *quantum* aplicado.

Dessarte, essas as razões pelas quais fiquei vencido.

Solon d'Eça Neves

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2005.008668-9, DE BLUMENAU

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

Apelação ministerial – Crime contra a saúde pública – Tráfico de drogas – Maconha – Denúncia dando conta do crime de tráfico (art. 12) – Sentença que desclassificou a condu-

ta para uso (art. 16) – Pedido objetivando a condenação pela prática da ação estatuída no art. 12 – Delito caracterizado – Apelada que trazia consigo o entorpecente com o intuito de fornecer gratuitamente a terceiro – Depoimento policial – Condenação que se impõe — Recurso provido.

Infringe uma das condutas do art. 12 da Lei n. 6.368/76, a agente que, após assistir à audiência no Fórum, procura abraçar-se a seu companheiro e tenta, ousadamente, repassá-lo certa quantidade de maconha, sendo flagrada pela escolta policial que acompanhava o preso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2005.008668-9, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, e apelada Pâmela Cristina Farias:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por maioria de votos, dar provimento ao recurso ministerial. Vencido o Des. Amaral e Silva que votava no sentido de negar provimento ao recurso.

Custas legais.

O representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra a acusada Pâmela Cristina Farias, dando-a como incursa nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76 pelos fatos assim narrados na exordial acusatória:

"No dia 4 de agosto de 2004, por volta das 17 horas, nas dependências do Fórum de Justiça desta comarca realizou-se uma audiência, autos de Processo Crime n. 008.04.007329-4, tendo como réu Daniel Feller, depois de encerrado o ato e quando o acusado se encaminhava para deixar o local e retornar para o presídio foi abraçado pela denunciada e companheira Pâmela Cristina Farias que trazia consigo 1 (um) 'torrãozinho' de maconha (1,81g – um grama e oitenta e um decigramas), segundo auto de constatação de fl., e colocou, entregou nas mãos do amásio a droga que se destinava ao uso de Daniel. Com isso, a denunciada Pâmela Cristina Farias trazia consigo e entregou a terceiro substância entorpecente ou capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

O processo seguiu seus trâmites legais, tendo, ao final, o Magistrado julgado parcialmente procedente a denúncia para condenar a acusada Pâmela Cristina Farias à pena de 6 (seis) meses de detenção e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor individual mínimo estabelecido pelo art. 38 e seus parágrafos da Lei n. 6.368/76, em regime aberto.

Irresignado com a decisão entregue, que desclassificou a infração atri-

buída na inicial acusatória do art. 12 para o art. 16 da Lei de Tóxicos, o representante do Ministério Público interpôs recurso de apelação, pugnando, em síntese, pela condenação por crime definido como tráfico de drogas, conforme a denúncia.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta superior instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer exarado pelo Dr. Vilmar José Loef, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

As provas coletadas para o processo, em exame por meio do caderno indiciário e da instrução criminal, são mais do que suficientes para suportar a condenação pelo crime de tráfico, merecendo dar provimento ao recurso a fim de reformar a sentença prolatada.

A materialidade encontra-se consubstanciada no boletim de ocorrência (fl. 10), no termo de apreensão (fl. 14), no laudo de constatação (fl. 16) e no laudo pericial (fls. 38 a 40).

A autoria, por sua vez, é inconteste. Embora a apelada tenha negado a autoria, afirmando que "quando eu fui me despedir do meu companheiro, depois da audiência, dei um abraço nele e o policial militar viu que eu estava com a mão fechada e achou que eu estava passando a droga, mas isso não é verdade porque a droga estava comigo quando foi feita a abordagem pelo policial" (fl. 29), tal alegação não encontra respaldo nos autos, uma vez que os depoimentos prestados pelos policiais, bem como as circunstâncias do flagrante são coerentes e uníssonos a demonstrar cristalina a narcotraficância.

A testemunha Natael José Cabral, policial militar, assevera:

"Que o depoente é policial militar e na ocasião dos fatos fazia escolta do detento Daniel Feller junto à Segunda Vara Criminal desta Comarca onde o mesmo tinha audiência marcada; que o depoente permaneceu dentro da sala de audiência e a acusada também assistiu à audiência; que, na saída, embora a polícia procure evitar que parentes se aproximem dos réus escoltados, como a acusada Pâmela estava dentro da sala, ao ganhar o corredor do Fórum, estando próximo de Daniel, voltou-se para o mesmo e, com um braço abraçou Daniel e com a outra mão segurou na mão de Daniel e foi neste momento que o depoente percebeu que a mesma passava alguma coisa para Daniel; que o depoente aproximou-se para segurar a mão da acusada, tendo a mesma soltado a mão de Daniel e ficado com a mão fechada; que o depoente segurou a mão da acusada e a mesma, ao abri-la, demonstrou estar portando uma bucha de maconha; que a bucha de maconha estava na mão que Pâmela usou para segurar a mão de Daniel; que o depoente esclarece que foi depois que o depoente fez o gesto para segurar a mão de Pâmela que a mesma imediatamente soltou a mão de Daniel e ficou com a mão fechada; que diante disso o depoente deu voz de prisão para a acusada [...]" (fl. 48).

Observa-se que, apesar de a acusada insistentemente sustentar que a droga apreendida seria apenas para

consumo próprio, as provas amealhadas nos autos não ressoam nesse sentido, conforme consta do depoimento *retro* do policial militar, bem como das circunstâncias do flagrante que ensejaram a sua prisão.

Ademais, acerca da validade do depoimento de policiais militares, explica Julio Fabbrini Mirabete:

"Não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha" (*in* Processo Penal, 10. ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 306).

Na mesma esteira, segue o entendimento de Damásio E. de Jesus:

"A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita (STF, RTJ 68/64). Assim, como já foi decidido, é 'inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento de policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório' (TACrimSP, RT 530/372)" (*in* Código de Processo Penal Anotado, 17. ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 167).

Sobre a validade do testemunho policial, é da jurisprudência:

"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal" (STF – HC n. 73.518 – rel. Min. Celso de Mello – j. 26-3-96 – DJU 18-10-96).

E desta relatoria:

"O testemunho de agente policial isento de má-fé e que não foi contraditado nem tampouco invocado suspeição é tido como suficiente para embasar um decreto condenatório, principalmente, quando encontra guarida nos demais elementos de prova produzidos no transcurso da demanda" (Apelação Criminal n. 2001.021425-3, de Sombrio).

Tem-se que o agente comete o crime de tráfico ilícito de entorpecente quando pratica um dos verbos descritos no artigo 12 da Lei n. 6.368/76, *verbis*:

"Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo, substância entorpecente ou que determine dependência física e psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

Assim, embora a apelada não tenha logrado êxito em entregar a droga para seu companheiro, ela a trouxe consigo com o intuito de fornecê-la gra-

tuitamente, ou seja, pretendia repassá-la a terceiro substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Logo, violou o tipo penal concernente ao tráfico, devendo ser reformada a decisão.

Extrai-se da jurisprudência:

"Apelação criminal – Crime contra a saúde pública – Tráfico ilícito de entorpecentes – Autoria e materialidade comprovadas – Contexto probatório suficiente para autorizar a condenação – Fornecimento de maconha a título gratuito – Delito perfeitamente caracterizado – Recurso ministerial provido.

"A conduta descrita no art. 12 da Lei n. 6.368/76, que se afigura como o fornecimento da substância entorpecente para outrem, prescinde do ânimo de lucro, bastando, portanto, que o agente a entregue a terceira pessoa para uso gratuito que incida, sobre o fornecedor, o juízo de reprovação social" (Apelação Criminal n. 2004.027744-5, da comarca de Criciúma).

Portanto, a tese de que a apelada é mera usuária de drogas e que a sua conduta tipifica tão-somente o delito do art. 16 da Lei n. 6.368/76 encontra-se isolada e sem credibilidade, porque contrariada pelos depoimentos dos policiais. Além disso, o consumo de drogas não elide o crime de tráfico, pois o agente pode ser usuário ou viciado e, ao mesmo tempo, traficante.

É cediço que a legislação penal não faz distinção, para efeito de configuração típica do delito de tráfico de entorpecentes, entre *fornecer gratuitamente* e *comercializar drogas*. É que, ao punir a conduta de quem entrega gratuitamente a consumo de terceiro, a lei objetiva impedir a disseminação do vício com o surgimento de novas vítimas do consumo de estupefacientes.

É da jurisprudência:

"O fornecimento, a qualquer título, de substância entorpecente implica na condenação pela prática descrita no art. 12 da Lei n. 6.368/76" (Ap. Crim. n. 29.727, de São José, rel. Des. Souza Varella, j. 31-3-1993).

Nesse sentido, colhe-se dos julgados desta Corte:

"Agente que se diz usuário de substância estupefaciente – Condição que não exclui a sua responsabilidade criminal como traficante – Desclassificação para o delito disposto no art. 16 da Lei n. 6.368/76 inviável – Recurso defensivo improvido" (Ap. Crim. n. 2000.005659-6, de Itajaí, rel. Des. Jorge Mussi).

Chama a atenção a ousadia da apelada que, em recinto do Fórum, após assistir à audiência de inquirição de testemunhas do processo em que seu amado respondia por delito de drogas, pretende repassá-lo uma certa quantidade de maconha, mesmo estando o acusado sob escolta policial.

Dessarte, é medida imperiosa a condenação por crime de tráfico.

Demonstrada a responsabilidade penal da apelada por infração ao disposto no art. 12 da Lei n. 6.368/76, passa-se à dosimetria da pena.

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, observa-se que a *culpabilidade* é censurável, uma vez que a apelada tinha consciência da conduta proibida; quanto aos *antecedentes*, não registra condenação anterior; acerca da *conduta social*, tem-se que é reprovável, eis que é usuária de drogas; a *personalidade*, a seu turno, não se pode tê-la como normal pelas circunstâncias do cometimento do delito; os *motivos* do crime se deram em razão de possuir cumplicidade com seu companheiro; as *circunstâncias* e *conseqüências* do crime fomentam a prática de atividades ilícitas; houve *comportamento participativo da vítima*, seja pela solicitação, seja pela anuência à conduta da apelada. Assim, aplica-se a pena-base no mínimo legal, ou seja, 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 50 (cinqüenta) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria penal, tem-se que não há agravantes, tampouco atenuantes.

Por fim, na terceira fase, inexistem quaisquer causas especiais e gerais de aumento e diminuição de pena, fixando, definitivamente, a pena no seu mínimo legal, isto é, 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 50 (cinqüenta) dias-multa.

A pena privativa de liberdade deve ser cumprida em regime integralmente fechado, consoante art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

Quanto à pena pecuniária, esta é fixada no seu mínimo legal, ou seja, 50 (cinqüenta) dias-multa, com fulcro no art. 38 e seus parágrafos da Lei n. 6.368/76.

Assim, diante do exposto, dá-se provimento ao recurso ministerial para condenar a apelada Pâmela Cristina Farias ao cumprimento de 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 50 (cinqüenta) dias-multa pelo cometimento do crime estatuído no art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Substituto Jaime Luiz Vicari. Vencido o Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva que votava no sentido de desprover o recurso ministerial. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 6 de setembro de 2005.

Amaral e Silva,
Presidente, com voto vencido;
Solon d'Eça Neves,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva

Ousei dissentir da douta maioria que negava provimento ao recurso para manter a r. sentença de primeiro grau.

Isso porque entendo que o fornecimento gratuito previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76 visa punir os traficantes profissionais que possuem o dolo específico de entregar a droga para induzir terceiro ao vício.

No caso, a apelada não tinha a intenção de fornecer a droga ao com-

panheiro para torná-lo dependente químico, não podendo ser punida com a mesma gravidade conferida à conduta dos profissionais do tráfico.

Extraio da jurisprudência:

"'A esporádica e eventual cessão de ínfima porção de substância tóxica de um usuário a outro, tanto ou mais do que ele próprio comprometido com o vício do entorpecente, não se equipara ao fornecimento, ainda que gratuito, referido no art. 12 da Lei n. 6.368/76 e por ele punido com extrema gravidade. A ação focalizada no dispositivo questionado é, sem dúvida alguma, aquela com sentido de tráfico de droga, tendente a induzimento ao vício' (TJSP, Ap. n. 77.531-3, 2ª Câm. Crim., j. 3-9-1990, rel. Des. Ângelo Gallucci, m.v., RT 667/266)" (Marcão, Renato. Tóxicos, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 49).

"'A cessão ou divisão esporádica de tóxicos, entre amigos ou companheiros, não caracteriza o crime do art. 12 da Lei n. 6.368/76, mas, sim, o tipo previsto no art. 16 da mesma lei, pois, não fosse dessa forma, estaria se punindo com as mesmas penas tanto o traficante profissional que ganha a vida às custas desse comércio, como o usuário que cede ou passa a outro, ocasionalmente, parte do tóxico que adquiriu' (TJSP, Ap. Crim. n. 229.106-3/5, 2ª Câm., j. 20-10-1997, rel. Des. Silva Pinto, RT 748/618)" (*op. cit.*, p. 49).

"'Havendo mera cessão, gratuita e sem características de habitualidade, de ínfima porção de substância tóxica, de um usuário a outro, o típico passar de um cigarro de mão em mão, não há que se falar em tráfico de drogas, mas em uso' (TJSP, Ap. Crim. n. 147.425-3, 3ª Câm. Crim., j. 20-1-1994, rel. Des. Augusto Marin, JTJ 152/313)" (*op. cit.*, p. 50).

"'A esporádica e eventual cessão de ínfima porção de substância tóxica de um usuário a outro, tanto ou mais do que ele próprio comprometido com o vício do entorpecente, não se equipara ao fornecimento, ainda que gratuito, referido no art. 12 da Lei n. 6.368/76 e por ele punido com extrema gravidade' (TJSP, Ap. Crim. n. 154.345-3, 2ª Câm. Crim., j. 7-3-1994, rel. Des. Ângelo Gallucci, *JTJ* 155/313)" (*op. cit.,* p. 50).

Ademais, não ficou comprovado estreme de dúvida que a apelada forneceria gratuitamente a droga ao companheiro, já que, conforme bem observado pelo Juiz *a quo*, em todo o momento ela afirmou que a droga era para uso próprio.

Na dúvida, a desclassificação era medida que se impunha.

Julio Fabbrini Mirabete assevera:

"Para que o juiz declare a existência da responsabilidade criminal e imponha sanção penal a uma determinada pessoa é necessário que adquira a certeza de que se foi cometido um ilícito penal e que seja ela a autora. Para isso deve convencer-se de que são verdadeiros determinados fatos, chegando à verdade quando a idéia que forma em sua mente se ajusta perfeitamente à realidade dos fatos [...] 'provar' é produzir estado de certeza, na consciên-

cia e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou à solução de um processo" (Processo Penal, 13. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 256).

É o reiterado entendimento desta Corte:

"Narcotráfico – Prova da autoria insuficiente – Aplicação do princípio *in dubio pro reo* – Absolvição decretada – Relator designado por falecimento do relator originário – Recurso provido.

"A par da validade dos depoimentos policiais, tem-se por ausente a certeza necessária à imputação do fato típico quando o restante da prova coletada em Juízo não socorre totalmente a versão apresentada e, mesmo que a defesa não logre inocentar cabalmente o acusado, no mínimo impõe-se o reconhecimento da inexistência de provas suficientes à decretação do edito condenatório em face da aplicação do princípio *in dubio pro reo"* (Ap. Crim. n. 2000.011920-2, de Rio do Sul, rel. Des. Solon d'Eça Neves).

Eis as razões pelas quais negava provimento ao recurso.

Amaral e Silva

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2005.012949-1, DA CAPITAL

Relator designado: Des. Sérgio Paladino

Apelação criminal. Tribunal do júri. Duplo homicídio qualificado. Asfixia. Irregularidade do libelo acusatório por não haver descrito a forma da agressão, o meio utilizado para perpetrá-la e o nexo com as mortes. Inocorrência. Peça que obedeceu aos termos da pronúncia. Preenchimento de todos os requisitos arrolados no art. 417 do Código de Processo Penal. Preliminar afastada.

Nulidade posterior à pronúncia. Eiva decorrente de irregularidade na quesitação. Questionário realizado em conformidade com a pronúncia e o libelo crime acusatório. Res-

posta aos quesitos, pelos jurados, evidenciando a sua compreensão. Atendimento ao art. 484 do Código de Processo Penal. Prefacial rejeitada.

Júri. Duplo homicídio qualificado. Réu acusado de haver praticado os delitos contra a vítima, sua namorada, e a filha dela, de tenra idade, por asfixia.

Autoria negada em ambas as fases procedimentais, acompanhada a negativa da alegação de que o evento decorreu de acidente provocado por vazamento de gás. Ausência de testemunhas. Laudos inconclusivos que admitem o crime e o acidente. Decisão condenatória desatrelada de qualquer prova, apoiada apenas em indícios, que não alijam a tese defensiva. Indispensabilidade daquela, ainda que frágil e diminuta. Veredicto cassado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2005.012949-1, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é apelante Alexandre Bicocchi Silva, sendo apelados a Justiça, por seu Promotor, e o assistente do Ministério Público:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, rejeitar as preliminares, e no mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para anular o julgamento para que a outro seja o réu submentido.

Custas na forma da lei.

O relatório – pela sua completitude, sem faltar um pormenor, que poderia me fugir por não ter a mesma percepção –, é o de fls. 935 a 937, do ilustre Des. Substituto Carstens Köhler, a quem peço permissão para transcrevê-lo:

"O representante do Ministério Público oficiante na 1ª Vara Criminal da comarca da Capital ofereceu denúncia contra Alexandre Bicocchi Silva, dando-o como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso III, na forma do art. 69, ambos do Código Penal, por duas vezes, e art. 16 da Lei n. 6.368/76, pelos fatos descritos na proemial acusatória (fls. 2 a 4).

"A autoridade policial pugnou pela decretação da prisão preventiva do acusado (fls. 125 a 129), o que foi deferido (fls. 177 a 187).

"O Ministério Público, na oportunidade do oferecimento da denúncia, manifestou-se pela manutenção da medida extrema (fls. 5 a 8), sendo o pleito acatado (fls. 9 a 12).

"Foi impetrado *habeas corpus* em favor do réu (fls. 221 a 234) que restou denegado (fls. 474 a 482).

"O acusado requereu a concessão de liberdade provisória (fls. 446 a 450), tendo o pedido sido deferido (fls. 455 a 457).

"O Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito contra a decisão que revogou a prisão preventiva do Increpado, sendo o recurso desprovido (fls. 631 a 633).

"Regularmente processado o feito, sobreveio decisão que pronunciou Alexandre Bicocchi Silva como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso III, do Código Penal, por duas vezes, e art. 16 da Lei n. 6.368/76 (fls. 560 a 583).

"A defesa opôs embargos declaratórios à pronúncia (fls. 589 e 590) que foram julgados improcedentes (fls. 591 a 594).

"Inconformado com a pronúncia, o réu interpôs recurso em sentido estrito (fls. 602 e 614 a 620), sendo o recurso desprovido (fls. 652 a 657), ensejando a interposição de recurso especial (fls. 660 a 666), que igualmente restou denegado (fls. 655 a 703).

"Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, a denúncia foi julgada procedente (fls. 855 a 861), sendo Alexandre Bicocchi Silva condenado ao cumprimento da pena de 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado, por infringir o disposto no artigo 121, § 2º, inciso III, do Código Penal, por duas vezes, na forma do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, e 6 (seis) meses de detenção, a ser cumprida em regime aberto, bem como ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, cada qual no valor mínimo legal previsto no art. 38 da Lei de Tóxicos, por infração ao art. 16 da Lei n. 6.368/76, podendo recorrer da sentença em liberdade.

"Irresignado com o veredicto, o acusado interpôs apelação (fls. 871 e 876 a 895), sustentando, preliminarmente: a) nulidade posterior à pronúncia, consistente em vício existente no libelo crime acusatório que foi omisso, uma vez que não descreveu a conduta típica da agressão, o meio utilizado e a forma como foi provocada a morte das vítimas; b) nulidade decorrente da ilegalidade dos quesitos, já que houve erro na formulação dos três primeiros, que foram redigidos fora dos parâmetros do art. 484 do CPP.

"No mérito, a defesa pugna pela anulação do julgamento porque manifestamente contrário à prova dos autos, aduzindo, em síntese, que: a) o delito foi praticado no interior do apartamento das vítimas, sem a presença de qualquer testemunha, só existindo a versão do acusado, que não foi rechaçada de forma convincente pelo Ministério Público; b) a vizinha do apartamento do piso inferior descreveu a existência de carinho entre o casal, contando que no dia dos fatos percebeu barulho e brincadeiras, com correrias entre a menor e o apelante, nada constatando de anormal; c) ninguém durante o contraditório afirmou ter presenciado algum ato agressivo ou qualquer violência praticada pelo acoimado contra as ofendidas; d) o laudo médico concluiu que a *causa mortis* foi a asfixia, porém não assegurou qual o meio empregado para tal resultado, afastando a hipótese da sufocação; e) a perícia oficial do Corpo de Bombeiros admite a hipótese de

causa mortis por meio de gás asfixiante pelo mau uso do aquecedor; f) a não-percepção de cheiro de gás por parte dos policiais que atenderam à ocorrência pode claramente ter decorrido do lapso entre o horário do banho das vítimas – 23h – e a chegada dos milicianos, que se deu apenas na manhã do dia seguinte, fazendo com que o gás já tivesse se dissipado; g) um técnico em manutenção de aparelhos aquecedores da mesma espécie do existente no apartamento das vítimas já esteve no mesmo edifício para consertar defeitos no sistema de gás local, dando amostras de um possível vazamento neste caso; h) duas moradoras do prédio deram conta da existência de desastres decorrentes de vazamento de gás, sendo que duas pessoas quase foram a óbito em razão desse problema, e na oportunidade em que esses fatos ocorreram os sintomas apresentados foram os mesmos das vítimas e do increpado; i) o laudo de levantamento no local do crime afirma que não ocorreu luta no apartamento, já que os cômodos estavam todos em ordem.

"Com as contra-razões (fls. 899 a 924), os autos ascenderam a este grau de jurisdição, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo doutor Valdir Vieira, opinado pelo desprovimento do recurso (fls. 927 a 933)".

É o relatório.

No tocante às prefaciais, colho da sessão de julgamento o voto do eminente desembargador que produziu o relatório:

"De início serão sopesadas as prefaciais, cada qual separadamente.

"a) *Das nulidades*

"1) *Nulidade posterior à pronúncia decorrente de vício no libelo crime acusatório*

"Sustenta o apelante que o libelo crime acusatório foi omisso, uma vez que não descreveu a conduta típica da agressão, o meio utilizado e a forma como foram provocadas as mortes das vítimas, sendo, portanto, nulo.

"Sem razão o recorrente.

"O art. 417 do Código de Processo Penal elenca como requisitos do libelo crime acusatório: – 'o nome do réu; II – a exposição, deduzida por artigos, do fato criminoso; III – a indicação das circustâncias agravantes expressamente definidas na lei penal, e de todos os fatos e circunstâncias que devam influir na fixação da pena; IV – a indicação da medida de segurança aplicável'.

"No caso em apreço, o libelo foi assim redigido:

'Por libelo crime acusatório**,** diz o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por seu representante neste Juízo, em nome da sociedade e da justiça legal, contra o réu Alexandre Bicocchi Silva, já qualificado por esta e na melhor forma de direito o seguinte:

'E sendo necessário provará:

'1ª Série (homicídio de G. dos S.)

'1º) que no dia 15 de outubro de 2000, por volta das 23h30min, o libelado Alexandre Bicocchi Silva, no interior do

apartamento em que residia juntamente com sua, então, namorada, G. dos S., localizado na Rua Tenente Silveira, n. 600, apto. 406, em Florianópolis – SC, contra ela investiu, com inequívoco intuito homicida, causando-lhe as lesões descritas no laudo pericial de fls. 63 a 66;

'2º) que tais ferimentos, por sua natureza e sede, foram causa concreta da morte da infortunada vítima;

'3º) que o meio utilizado pelo acusado para matar essa vítima foi asfixia, submetendo-a, com isso, a sofrimento desnecessariamente cruel.

'2ª Série (homicídio de G. C.)

'1º) que no dia 15 de outubro de 2000, por volta das 23h30min, o libelado Alexandre Bicocchi Silva, no interior do apartamento em que residia juntamente com sua, então, namorada, G. dos S., localizado na Rua Tenente Silveira, n. 600, apto. 406, em Florianópolis – SC, investiu contra sua enteada, G. C., com inequívoco intuito homicida, causando-lhe as lesões descritas no laudo pericial de fls. 67 a 70;

'2º) que tais ferimentos, por sua natureza e sede, foram causa concreta da morte da infortunada vítima;

'3º) que o meio utilizado pelo acusado para matar essa vítima foi asfixia, submetendo-a, com isso, a sofrimento desnecessariamente cruel;

'4º) que esta vítima possuía, na época dos fatos, apenas 5 (cinco) anos de idade, conforme a certidão de nascimento juntada à fl. 16' (fls. 707 e 708).

"Como se pode observar, o primeiro requisito – nome do acusado – encontra-se preenchido.

"Os dois requisitos seguintes – a exposição, deduzida por artigos, do fato criminoso e a indicação das circunstâncias agravantes expressamente definidas na lei penal, e de todos os fatos e circunstâncias que devam influir na fixação da pena – são alvo da insurgência defensiva, que alega não terem sido respeitados na medida em que não teria havido a descrição da conduta de agressão, o meio utilizado e a forma como foram provocadas as mortes das vítimas.

"Ocorre que da leitura do libelo é possível extrair-se todos os elementos que o apelante afirma estarem ausentes.

"Como bem salientou a própria defesa, durante todo o processado foram sustentadas duas teses a justificar as mortes das ofendidas, ambas por asfixia, sendo a primeira a sufocação (tese acusatória) e a segunda a inalação de gás asfixiante (tese defensiva).

"Se acatada a primeira hipótese, vislumbra-se a responsabilidade do increpado, que, investindo contra as vítimas, sufocou-as, causando-lhes asfixia. E, se aceita a segunda tese, impõe-se a absolvição do acusado, uma vez que estaria evidenciada a ocorrência de acidente envolvendo vazamento de gás do aquecedor existente no apartamento das ofendidas.

"Dessa forma, vê-se claramente que a tese acusatória era apenas a de sufocação, única possibilidade de levar

o acoimado ao Tribunal do Júri diante do conjunto probatório contido no feito, e, portanto, a utilização pelo *Parquet* da expressão 'contra ela investiu, com inequívoco intuito homicida' só poderia ter relação com essa conduta.

"Logo, está presente a descrição da conduta de agressão.

"Quanto ao meio utilizado, pelo mesmo raciocínio já explanado acima, tem-se que o libelo fez referência implícita à sufocação, e, ainda que não tenha indicado a maneira pela qual o acusado teria sufocado as vítimas – o que não foi descoberto sequer pelos médicos legistas – houve a indicação do meio utilizado, o que é suficiente para permitir ao réu sua defesa em plenário.

"Por fim, quanto à forma como teriam sido provocadas as mortes das ofendidas, mais uma vez com base na argumentação já expendida chega-se à ilação de que o Ministério Público, por meio da expressão 'causando-lhe as lesões descritas no laudo pericial de fls.', apontou que a sufocação provocou as lesões traçadas nos autos de exame cadavérico, tendo tais lesões levado a óbito G. e sua filha.

"Assim, o libelo preencheu todos os requisitos determinados no art. 417 do CPP, não havendo falar, portanto, em irregularidade na referida peça.

"A respeito do tema já se decidiu:

'Apelação criminal. Tribunal do júri. Homicídio qualificado. Argüição de inépcia do libelo acusatório. Inocorrência. Preenchimento de todos os requisitos arrolados no art. 417 do Código de Processo Penal. Preliminar afastada**.**

'Não se pode reputar inepto o libelo acusatório que observa todos os requisitos arrolados no art. 417 do Código de Processo Penal, na trilha da jurisprudência predominante e pacificada, consoante cuja orientação pequenas deficiências não têm o condão de nulificá-lo (RT 602/306)' (Ap. Crim. n. 2002.002390-6, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 26-11-02).

"Diante desses argumentos, afasta-se a preliminar aventada.

"2) *Nulidade do julgamento por ilegalidade na quesitação*

"2.1) *Irregularidade do 1º quesito*

"O primeiro quesito formulado aos jurados foi assim redigido: 'Que no dia 15 de outubro de 2000, por volta das 23h30min, no interior do apartamento localizado na Rua Tenente Silveira, n. 600, apartamento 406, Centro, Florianópolis, o libelado Alexandre Bicocchi Silva investiu fisicamente contra a vítima G. dos S., provocando-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame cadavérico de fls. 63 a 66, quais sejam, pulmões congestos e edemaciados e fígado congesto?'.

"O recorrente aponta três defeitos neste quesito: o primeiro relacionado à expressão 'que' no início da oração, o segundo referente à utilização da palavra 'ferimentos', e o terceiro consistente na ausência de indicação da

conduta típica de agressão, bem como do instrumento utilizado e a forma de execução dos crimes.

"Quanto ao primeiro vício, alega o apelante ter a expressão 'que' conteúdo de afirmação e não de questionamento.

"Tal assertiva não merece guarida, uma vez que o caráter de questionamento não foi afastado pela simples presença do termo 'que' no início da oração, até porque todas as frases constantes do questionário foram seguidas de ponto de interrogação, como bem salientado pelo representante do Ministério Público em suas contra-razões, merecendo transcrição o seguinte excerto:

'A argumentação da defesa não resiste sequer à leitura – ainda que perfunctória – do questionário. Todas as perguntas foram seguidas de ponto de interrogação e foram formuladas de modo a admitir sim ou não como respostas.

'O uso da palavra 'que' não gerou perplexidade nos jurados, que entenderam (até mesmo pelas explicações feitas pela juíza presidente) que estavam *respondendo* a perguntas e não simplesmente 'corroborando afirmações'. Mostra disso é que decidiram por maioria de 6 a 1 em uma das séries e 7 a 0 em outra (*vide* termos de quesitos de fls. 849 e 852).

'É cediço que só se verifica a nulidade na formulação de quesitos se demostrada a existência de palpável prejuízo pela redação deficiente ou capaz de causar dúvida ou perplexidade nos jurados, situação que não é a dos autos.

'Ademais, Somente é de se reconhecer nulidade do julgamento do Tribunal do Júri, por vício dos quesitos, quando estes não permitam se conheça a vontade dos jurados' (STF – *Habeas Corpus* – Rel. Soares Munõz – RT 537/398 e RTJ 96/590).

'E, convenhamos, a palavra 'QUE' não impediu, no caso em apreço, que a vontade dos jurados fosse manifestada livremente' (fls. 907 e 908).

"No que pertine à segunda falha, sustenta o increpado que a palavra 'ferimentos' jamais poderia ter sido utilizada na formulação do quesito fundamental, uma vez que os dois laudos em momento algum descreveram ferimentos nas vítimas, sempre descartando essa hipótese, sendo que a pronúncia igualmente não fez referência a essa expressão.

"Mais uma vez sem razão o apelante. O que se vislumbra quanto a essa assertiva defensiva é um apego demasiado pela forma, numa vã tentativa de buscar desmerecer o bom trabalho realizado pela Magistrada *a quo*.

"A expressão 'ferimentos' foi claramente utilizada pela Togada de origem como tendo idêntico sentido de lesões, e essas se viram presentes nas vítimas, que internamente apresentaram pulmões congestos e edemaciados e fígado congesto, sendo que tais lesões evidenciam a ocorrência de asfixia, e esses dados constam dos laudos de exames cadavéricos presentes nos autos.

"Aliás, também refutando a argumentação defensiva, merece transcrição trecho das contra-razões ministeriais:

'É que as lesões – características de asfixia mecânica – estão descritas nos laudos de fls. 63 a 66 (vítima G. dos S.) e 67 a 70 (vítima G. C.) [...].

'A denúncia fazia menção a estes laudos e, por conseqüência, a pronúncia que a acolheu também. O libelo crime faz menção aos laudos usando a frase 'causando-lhe as lesões descritas no laudo pericial de fls. 63 a 66 (67/70)', o que permite ao magistrado que, para esclarecimento do Júri, sejam transcritas as lesões.

'[...] embora *interna*, a congestão visceral é *lesão* relacionada à morte por asfixia, sendo devida, portanto, a sua inclusão no questionário (exatamente como nos demais casos de homicídio se faz com as lesões externas)' (fls. 908 a 910).

"Sendo assim, a palavra 'ferimentos' constante do primeiro quesito não confundiu nem gerou perplexidade nos jurados.

"Quanto ao derradeiro defeito, aduz o acoimado que no primeiro quesito deveriam obrigatoriamente constar a conduta típica de agressão, o instrumento utilizado e a forma de execução, o que não ocorreu.

"Igualmente imerece albergue a afirmação defensiva, e, como o quesito utilizou-se da oração contida no libelo crime acusatório, remete-se à fundamentação já exposta quando afastada a preliminar de nulidade de tal peça, onde já foi rebatida tal questão.

"2.2) Irregularidade do 2º quesito

"O segundo quesito conta com a seguinte redação: 'Que tais ferimentos, por sua natureza e sede, foram a causa eficiente da morte da vítima?'.

"O inconformado argumenta que pelo conteúdo deste quesito, a morte resultou dos ferimentos recebidos nos pulmões e fígado, enquanto o exame cadavérico indicou a asfixia como *causa mortis*.

"O apelante afirma ainda que o equívoco tem vinculação com o primeiro quesito, que considerou como causa da morte das vítimas ferimentos e não asfixia, e, dessa forma, o quesito teria agredido o conteúdo do laudo pericial, sendo nulo por total deficiência na formulação.

"Imerece guarida a alegação.

De fato, a causa da morte das vítimas foi a asfixia, entretanto esqueceu a defesa de perceber que a asfixia é o nome que se dá à ausência de oxigênio no organismo e alguns de seus reflexos são as lesões percebidas nas ofendidas, quais sejam, pulmões congestos e edemaciados e fígado congesto. Assim, o que efetivamente causa a morte de uma pessoa asfixiada são as conseqüências no organismo decorrentes da falta de oxigênio.

"Supor-se o contrário seria o mesmo que dizer que o que matou uma vítima de disparo de arma de fogo foi o tiro, quando em verdade a causa da morte foi a lesão causada por ele.

"2.3) Irreguladidade do 3º quesito

"O terceiro quesito foi assim redigido: "Que o meio utilizado pelo libelado foi asfixia?'.

"O recorrente aponta duas máculas na redação do questionamento: o primeiro consistente na utilização da expressão 'que' no início da frase, e o segundo decorrente do equívoco da Magistrada, que confundiu meio com causa.

"Em relação ao primeiro vício apontado, no sentido de que a expressão 'que' transformaria a oração em afirmativa, retirando-lhe o caráter de pergunta, remete-se aos argumentos já expendidos quando da análise da mesma questão quanto ao primeiro quesito.

"No que tange ao segundo defeito, afirma o increpado que a asfixia não foi o meio para alcançar a morte, mas a sua causa, vislumbrando-se clara confusão entre esses dois institutos no quesito, que induziu os jurados a uma votação esdrúxula e equivocada, causando perplexidade quanto ao sentido da resposta, totalmente em desacordo com o exame cadavérico.

"Imerece acolhida a alegação do Increpado, adontado-se aqui as ponderações do Ministério Público como razões de decidir:

'No quesito relativo à qualificadora, a defesa entende que houve erro, porquanto deveria a magistrada ter perguntado 'se o meio utilizado foi travesseiro, algodão, esponja ou confinamento' (fl. 886, *sic*).

'Entretanto, o quesito relativo à *qualificadora da asfixia* (terceiro quesito, das duas primeiras séries) foi redigido na conformidade do proposto pela boa doutrina. Seus termos não condicionaram nem prejudicaram a livre manifestação do Conselho de Sentença. A qualificadora da asfixia, de caráter objetivo, foi corretamente quesitada em separado, destacada do quesito primeiro, como determina a técnica, fazendo referência direta ao 'emprego da asfixia'.

'Os jurados decidiram livremente e não foram induzidos a reconhecer o emprego da asfixia, não se podendo falar em cerceamento de defesa de qualquer natureza.

'A defesa constrói a sua impugnação sobre o tosco argumento de que a asfixia não é 'meio'.

'Bem, não é o que diz o Código Penal.

'O inciso III do § 2º do art. 121 do Código Penal qualifica o homicído cometido '*com emprego* de veneno, fogo, explosivo, *asfixia*, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum'.

'O inciso mencionado relaciona justamente os meios que qualificam o homicídio, entre eles a *asfixia*' (fls. 912 e 913).

"Aliás, cumpre ressaltar que o reconhecimento da nulidade dos quesitos pressupõe a confusão ou perplexidade dos jurados, o que não se vislumbrou em nenhum momento, motivo pelo qual o acolhimento da prefacial é inviável.

"Nesse sentido colhe-se deste Areópago:

'Nulidade posterior à pronúncia – Confusão ou perplexidade na resposta ao quesito da negativa de autoria – Formulação do questionário de acordo com a sentença de pronúncia e o libelo crime acusatório – Inteligência do art. 484 do CPP – Inocorrência.

'Formulados os quesitos com observância dos termos da pronúncia e do libelo e explicados aos jurados, bem como havendo estes respondido às indagações sem evidenciar qualquer perplexidade, não é de se anular o julgamento' (Apelação Criminal n. 2004.000947-0, rel. Des. Irineu João da Silva, j. 6-4-04).

"Portanto, restam rechaçadas as preliminares".

No mérito, o apelante, condenado pelo Tribunal Popular do Júri, acusado de duplo homicídio, na forma qualificada, demonstrou inconformismo com a decisão, asseverando, como fundamento do recurso, que esta afrontou visceralmente a prova dos autos, anotando, no seu arrazoado, as razões da afirmação.

A visão, estampada fotograficamente nos autos, dos corpos irremediavelmente prostrados de uma jovem mãe e sua pequena filha, choca mesmo a quem, por força da função, está habituado a cenas do tipo. E choca mais quando o infausto é atribuído ao namorado da mãe, e que não satisfeito por tirar-lhe, sem razão, violentamente a vida, investe também, da mesma forma, contra a filha, que indefesa, mal deixara as fraldas, não pôde, por evidente, resistir à sanha assassina. A qualquer pessoa, distante, por quaisquer laços dos personagens sacrificados, e que mais insensível seja, os fatos assim narrados causam náuseas e instigam um sentimento de desprezo e de repulsa por quem possa tê-los protagonizado.

Essa visão, certamente, foi a que resultou para os jurados dos debates feridos por ocasião do julgamento, tanto que os levou, por quase unanimidade, a inculcar o apelante como protagonista da cena.

O resultado, de fato, não poderia ser outro se as suspeitas se confirmassem, registrando-se que o apelante é o único suspeito, pois se crime houve só ele pode ter sido o seu autor, porquanto só ele e as vítimas estavam no local.

A pergunta que se faz, pois, é se houve crime.

Os indícios – nenhum deles faltou na exaustiva pesquisa efetuada, percucientemente, pelo ilustre Des. Carstens Köhler – lançados todos à apreciação, por Sua Excelência, permitem responder afirmativa ou negativamente ao questionamento.

Há indícios, às escâncaras, apoiando essa ou aquela resposta. Se bastassem à condenação, não haveria restrição à decisão dos jurados.

Mesmo eles, contudo, que decidem apenas à luz dos fatos, não podem dissociá-la da prova. Prova, e não indício, que se distinguem, como se

observa do cotejo que se faça entre os arts. 408 e 593, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal, referentes ambos aos processos de competência do Tribunal Popular do Júri. No primeiro dispositivo vislumbra-se que os indícios bastam a que se submeta o agente ao júri. No segundo, que se refere à decisão do júri, exige-se prova.

A condenação, é de sabença geral, não tolera prova duvidosa.

A expressão, todavia, tem aplicação apenas no juízo comum, não alcançando o júri, que é soberano em suas decisões, podendo, por isso, ampará-los em prova mínima, fraca, ruim ou duvidosa. Mas, em prova, donde se vê que, sendo soberano, não é, contudo, onipotente, ou seja, não tem poder absoluto, não podendo desprezar a prova nas suas decisões. Prova, e não probabilidade, nem mesmo a alta probabilidade.

Os indícios, "quando muitos e concatenados, permitem ao Juiz, partindo de um fato conhecido, chegar ao desconhecido por um raciocínio lógico".

Nesse caso, diz-se que os indícios têm força probante, podendo a decisão, como corolário, acorrentar-se a eles.

No caso concreto, o fato conhecido é a presença do apelante no local onde foram encontrados os corpos sem vida da mãe e sua jovem filha.

Indícios há de crime, como o movimento anormal no apartamento das vítimas, por ocasião dos fatos, observado por uma vizinha, o que a levou a interfonar ao zelador, assim como a ausência de cheiro de gás, os travesseiros fora do lugar e a aparente indiferença do apelante diante do corpo da namorada, detectada pelos policiais que efetuaram o levantamento do local, o que não chega, por outro lado, a impressionar se lembrarmos que a moça, bonita e rica de São Paulo, que ajudou o namorado e seu irmão a matar seus próprios pais, chorou convulsivamente no sepultamento, certamente, para dissimular a sua participação no crime, que, pelas suas circunstâncias, a mídia fez reboar por todos os cantos do País.

Por isso, mesmo que o apelante se mostrasse contrito, o fato, por si só, não permitiria apostar-se, sem risco, na sua inocência.

Assim, levando-se em conta, ainda, que os autos noticiam um vazamento de gás no mesmo prédio, obrigando uma moradora e sua filha a deixarem apressadamente o apartamento em que moravam, há que se concluir que os indícios reunidos nos autos em desfavor do apelante não atingiram o *status* de prova.

Falto, pois, o processo de provas, e negando o apelante a autoria, só os laudos, gozando de presunção *juris tantum*, poderiam, então, desvendá-la.

Contudo, por mais que se os esquadrinhe, não há obter uma resposta definitiva e cabal à pergunta que tanto atormenta: foi crime ou acidente?

Inconclusivos também os laudos, a resposta só a tem hoje o próprio apelante, cuja negativa, em que teima em

afirmar, e em que possa corresponder à verdade, não esvai a dúvida, em face do natural instinto de defesa, próprio de toda pessoa.

Diante do quadro disposto nos autos, não ousa este Relator arriscar a resposta.

Se, de fato, houve o crime, só o saberemos por intermédio de uma postura estóica do seu autor, o que não se pode esperar, no entanto, de quem, desbriado e desprovido de qualquer sentimento, foi capaz de tamanha monstruosidade.

Resta a incerteza, porquanto, ao que se viu, apenas os indícios colaram o apelante à morte das vítimas. É possível, provável, altamente provável, até, tenha sido ele o autor da barbárie.

Os autos, todavia, não hospedam prova que sustente a afirmação do Conselho de Sentença. Revolvidos os indícios, a conclusão é a mesma.

Melhor, pois, diante desse quadro, que se ofereça aos jurados uma segunda oportunidade de examinar os fatos, fechando os ouvidos aos discursos tonitruantes, atendo-se apenas à dinâmica dos fatos, para, então, julgá-los, agora, definitivamente, nesse ou naquele sentido, certos de que fizeram Justiça.

Ante o exposto, à unanimidade, rejeitaram-se as preliminares e, no mérito, por maioria de votos, no tocante aos delitos contra a vida, deu-se provimento ao recurso para cassar o julgamento, a fim de que a outro seja submetido o apelante.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite e, com voto parcialmente vencido, o Exmo. Sr. Des. Substituto Carstens Köhler, emitindo parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 19 de julho de 2005.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Substituto Carstens Köhler

Ementa aditiva:

Tribunal do Júri – Decisão condenatória que encontra ampla e segura ressonância em uma das versões que emergem das provas amealhadas – Veredicto que deve ser mantido sob pena de afronta direta ao art. 593, inciso III, alínea *d*, do cânone processual penal e art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *c*, da "Carta da Primavera".

Ousei divergir da douta maioria porque entendo que a decisão do Conselho de Sentença encontra ampla e segura ressonância nas provas amealhadas nos autos, devendo, portanto, ser mantida, sob pena até de negativa de vigência tanto ao art. 593, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal, quanto ao art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *c*, da Constituição Federal.

Como é cediço, ao Tribunal do Júri é assegurada a soberania de seus veredictos – "Carta da Primavera", art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *c* – de modo

que seu julgamento só pode ser anulado quando apresentar visível afronta à prova dos autos. Em outras palavras:

"Para anulação das decisões do Tribunal do Júri por contrariedade à prova dos autos deve ser manifesta essa contrariedade, ou evidente, ressurgindo a um simples exame ou análise não aprofundada dos elementos dos autos. Pois, se for necessário estudo acurado para se chegar a essa conclusão, já se estará invadindo a competência privativa do Tribunal do Júri, cuja soberania dos veredictos é estabelecida no art. 5º, XXXVIII, da CF como garantia fundamental" *(in* RT 658/324*).*

E, ainda:

"Somente pode ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do Tribunal do Júri de todo absurda, chocante e aberrante de qualquer elemento de convicção colhido no decorrer do inquérito, de instrução ou dos debates em plenário – enfim, a que se apresenta destituída de qualquer fundamento, de qualquer base, de qualquer apoio no processo, com o qual não se confunde a decisão que opta por uma das versões apresentadas" (*in* RT 659/251).

Não é o que acontece *in casu*, já que a decisão dos jurados – que reconheceu ter o réu praticado os homicídios, na forma qualificada (asfixia), contra as vítimas – encontra eco nos elementos coligidos no caderno processual.

Isso porque dos autos exsurgem duas versões para os fatos, quais sejam, a asfixia por inalação de gás asfixiante e a asfixia por sufocação.

A primeira tese é sustentada pelo réu, que afirmou que no dia dos fatos havia ido passar a noite no apartamento de sua namorada – a vítima G. dos S. – sendo que antes jantaram na casa de sua genitora, comendo pão, carne de porco e maionese, e, ao chegarem no apartamento, G. teria ido tomar banho e dar banho em sua filha, a vítima G. C., ligando para isso o aquecedor a gás que ficava na área de serviço. Afirmou também que as janelas do pequeno apartamento estavam todas fechadas, uma vez que chovia e ventava, e logo empós G. ter saído do banho, quando foi estender a toalha, sentiu-se mal, caindo na cozinha, pedindo auxílio ao acusado, que prontamente a ajudou, levando-a para a cama. No dormitório já estava a pequena G. C., que dormia. Disse que G. reclamava de mal-estar e gemia de dor, e, ao tentar ajudá-la, sentiu-se também tonto, sem forças, e, resolveu deitar-se na cama um pouco até melhorar para então poder socorrê-la, acabando por pegar no sono. Quando acordou, afirma que viu as vítimas já inertes, chegando a fazer massagem cardíaca em G. dos S., mas não obtendo sucesso. Foi então que telefonou para seu irmão pedindo ajuda (fls. 26 a 28, 119 a 121, 238 a 240 e 837 a 841).

Sustenta, então, o increpado, que o que teria causado a morte das ofendidas seria o vazamento de gás do aquecedor.

O porteiro do prédio, Darci Strack, asseverou que na noite dos fatos a moradora do apartamento abaixo do das vítimas interfonou por duas vezes reclamando do barulho, tendo ele

ido até a porta da residência das ofendidas, mas ouvindo apenas conversas "de namoro" em tom baixo:

"[...] que, o declarante trabalha como vigia no Edifício Ivo Silveira, localizado na Rua Tenente Silveira, 600; que, o declarante trabalha no local há quase dois anos; que, G. dos S. era moradora do apartamento 406 do referido edifício; que, na madrugada do dia 16-10-2000, não sabendo precisar exatamente a hora, acreditando ser entre 1h e 1h30min, a moradora do apartamento 306 do mesmo edifício, Sra. Marilene Ana de David, interfonou para o declarante pois não conseguia dormir em razão do barulho advindo do apartamento 406; que, o declarante se deslocou até a porta do referido apartamento, mas apenas (ouviu) conversas baixinhas, não dando para definir se eram vozes de homem ou de mulher; que, por este motivo o declarante retornou para a portaria, não chegando a acionar o interfone do apartamento nem fazer contato com ninguém naquele local; que, aproximadamente quinze minutos depois, a vizinha do apartamento 306 fez novo contato com o declarante, via interfone, pedindo ao declarante se ele tinha ido lá ver do barulho; que, o declarante lhe respondeu que sim, mas que nada tinha escutado; que, o declarante não chegou a interfonar para o apartamento 406, uma vez que o interfone daquele apartamento estava com problema; que, informa que na noite do dia 15, o casal chegou no prédio juntos, acompanhados da filha de G. (dos S.), isto por volta das 10h30min; que, perguntado se Alexandre chegou no prédio embriagado ou em aparente estado de embriaguez, respondeu que não; que, o declarante afirma que permaneceu na frente da porta do apartamento 406 por cerca de cinco ou dez minutos para observar se havia ou não barulho; que, perguntado se conseguiu distinguir o que exatamente estavam conversando, ou mesmo se eram exatamente conversas baixinhas ou apenas gemidos, respondeu que não; que, pelo que parecia a conversa era no quarto; que, na madrugada, por volta das 5h30min, chegou no local um rapaz bastante apavorado que disse que precisava ir até o apartamento que seu irmão estava morando e que ele estava passando mal; que, o rapaz disse 'que seu irmão estava passando mal, que ele precisava subir e que talvez tinha até gente morta'; que, o declarante acompanhou o rapaz até o apartamento 406; que, o rapaz entrou no apartamento e foi direto para o telefone, ligando para a polícia, pedindo que viessem até o local e que trouxessem um médico que seu irmão também estava passando mal; que, o declarante não chegou a entrar no apartamento mas da porta viu G. (dos S.) nua, deitada na cama, sem estar coberta nem nada; que, mesmo com a presença de pessoa no local ela não se mexeu, razão pela qual o declarante acreditou que estivesse realmente morta; que, Alexandre veio abrir a porta e permaneceu na cozinha; que, o declarante pode (*sic*) perceber que ele estava trajando uma bermuda e uma camisa, e que estava com a camisa com marcas de ter vomitado um pouco; que, o declarante permaneceu na frente da porta do apartamento por cinco ou dez minutos, sendo que após

desceu para a portaria e fez contato com a síndica, relatando-lhe a (*sic*) ocorrido; que, quando desceu para a portaria a polícia e o corpo de bombeiros estavam chegando no local; que, perguntado com relação ao relacionamento de G. (dos S.) com Alexandre, respondeu que não era sempre que Alexandre pernoitava no local, mas nunca chegou a vê-los discutindo" (fls. 39 e 40).

O irmão do acusado, E. M. L. M. J., afirmou ter recebido um telefonema do réu por volta de 5h30min, em que pedia ajuda, e, chegando ao apartamento, ao atender à porta, o acusado apresentava-se pálido e cambaleante, sendo que da residência vinha um ar quente, abafado, um forte odor de vômito, não havendo cheiro de gás, sendo que a janela da sala encontrava-se fechada, tendo-a aberto para permitir a circulação do ar:

"[...] que, o declarante é irmão de Alexandre Bicocchi Silva, somente por parte de mãe; que, no domingo, dia 15 de outubro do corrente ano, o declarante jantou na casa de sua mãe, onde também reside, e lá também jantaram Alexandre, G. (dos S.) e G.; que, comeram pão, carne de porco e maionese, que eram as sobras do almoço daquele dia; que, entre 22h30min e 23 horas, Alexandre, G. (dos S.) e G. foram para a casa de G. (dos S.); que, aparentavam estar bem quando foram embora; que, o declarante foi dormir e acordou por volta das 5h30min do dia 16-10-2000, com um telefonema de seu irmão que pedia para chamar a sua mãe; que, o declarante assim o fez e esperou sua mãe terminar de falar ao telefone, indagando-lhe o que havia acontecido já que ela demonstrava estar muito nervosa; que, sua mãe lhe relatou que Alexandre disse que G. (dos S.) e G. haviam passado mal e pareciam estar mortas, e talvez tivessem se engasgado com vômito; que, o declarante imediatamente dirigiu-se para o apartamento de G. (dos S.), que fica próximo a sua casa, e lá, juntamente com o porteiro, bateu na porta do apartamento e Alexandre abriu, aparentando estar tonto e cambaleante; que, neste momento o declarante sentiu um cheiro estranho que vinha do interior do apartamento, sendo que sentiu também um cheiro forte de vômito; que, foi abrir as janelas, tendo um pouco de dificuldade e percebendo que os vidros estavam embaçados; que, seu irmão sentou-se no sofá e o declarante serviu-lhe um copo de coca-cola, perguntando-lhe sempre o que havia acontecido, ao que ele nada conseguia responder, apenas dizia com poucas palavras que G. (dos S.) e G. haviam passado mal e estavam mortas; que, Alexandre pediu-lhe para chamar a polícia, o que foi feito pelo declarante, que chamou também os bombeiros pois Alexandre estava visivelmente passando mal e com as vestes sujas de vômito; que, Alexandre tinha vômito pelos cabelos, dentro de uma das orelhas, no pescoço e isso o declarante pode (*sic*) perceber bem pois ajudou-o a se limpar; que, analisando as fotografias do chão do banheiro, as de número 11 e 12 do Laudo Pericial n. 3677/IC/2000, acredita que as marcas de vômito existentes sejam de seu irmão Alexandre quando este foi limpar-se no banheiro; que, perguntado se

havia marcas de vômito no chão do banheiro antes de Alexandre limpar-se, respondeu que não percebeu; que, não viu Alexandre vomitar; que, não chegou a tocar nos corpos de G. (dos S.) e G. porque ficou com medo, sendo que quando passou pelo quarto para ir até o banheiro só olhou ligeiramente para o corpo de G. (dos S.), que estava nu estendido sobre a cama; que, não chegou a passar para a área de serviço e portanto não sabe se a janela daquele cômodo estava aberta ou fechada; que, com a chegada dos bombeiros, estes o levaram para o Hospital, não sem antes o declarante ter ajudado Alexandre a se limpar, sendo que este queria ainda vestir uma calça e um chinelo, porém o bombeiro não permitiu para que assim fosse mais ágil; que, acompanhou Alexandre até o hospital e depois disso não voltou mais ao apartamento de G. (dos S.); que, não sabe ao certo porque Alexandre foi internado no Hospital; que, Alexandre e G. (dos S.) aparentavam ter uma boa relação, sendo que G. (dos S.) e G. freqüentavam a sua casa durante o tempo em que namoraram e o declarante nunca tomou conhecimento de que eles alguma vez romperam definitivamente o namoro, apenas brigas passageiras que não passavam de uma semana; que, ninguém mais que jantou naquele dia em sua casa passou mal, nem o próprio declarante; que, deseja acrescentar que quando a porta do apartamento foi aberta, o declarante sentiu um bafo quente vindo do seu interior e viu que o vidro da janela da sala tinha corrimento de água" (fls. 123 e 124).

Uma moradora do prédio, Rosela Isaura Donati, atestou ter passado por problema parecido como o das vítimas, quando em certa noite estava com todas as janelas fechadas e resolveu tomar banho e dar banho na filha pequena, tendo demorado para cada banho cerca de 30min, e, ao término deles, as duas começaram a passar mal, com tonturas, ânsia de vômito, fraqueza, mal-estar, sendo que sua filha gemia de dor, conseguindo pedir socorro pelo interfone, mas tendo a nítida sensação de que iriam morrer:

"[...] Que sobre os fatos tomou conhecimento por noticiário jornalístico; que conhecia vítimas e acusado somente de vista, em face de residir no mesmo prédio onde as vítimas moravam, tendo por eles passado em algumas oportunidades; que no local ouviu comentários de que a morte das vítimas poderia estar relacionada a atitudes do acusado, como comentários de (que) elas teria *(sic)* ocorrido ou por ingestão de alimentos, ou mesmo por vazamento de gás; que tem a informar que reside no prédio a *(sic)* aproximadamente 16 anos, em apartamento próprio, e quando o ocupou, estava ele guarnecido com aquecedor a gás, localizado na área de serviço, tendente ao aquecimento de água, crendo que idêntico aparelho estivesse instalado em outros apartamento *(sic)* do prédio, muito embora não possa afirmá-lo; que há três ou quatro anos atrás, quando se encontrava em companhia unicamente de sua filha, então com 5 anos de idade, em uma noite chuvosa, ligou a chama-piloto do referido aparelho, e em seguida

fechou a casa até para evitar que houvesse o apagar da chama por ser o aparelho aberto na parte superior, tendo em seguida tomado um banho demora *(sic)*, como também fez a sua filha em seguida; que deitaram ambas na cama de casal, ao que se recorda uns 40 minutos 1 hora depois, por volta de 2 horas da madrugada, sem que tenha lembrança de que tenha efetivamente adormecido acordou-se com mal-estar, palpitação, o que fez imaginar inicialmente pudesse estar sofrendo um ataque cardíaco, e ao tentar se levantar da cama caiu batendo com o rosto no chão, vindo a observar que sua filha também manifestava mal-estar, vomitava, e estava quase que desmaiada; que tentou se aproximar do interfone para chamar sua irmã que residia e ainda reside no próprio prédio, Leide Donati, sem que tenha conseguido fazê-lo; que pediu então a sua filha que alcançasse o interfone, pedindo socorro em seguida; que sua filha vomitou inclusive sobre o rosto da depoente, e quando da chegada de sua irmã, ela abriu as portas e janelas, como as torneiras das pias, chegando (a) jogar água no rosto da depoente com o fito de reanimá-la; que posteriormente a depoente e sua filha voltaram a se sentir bem, não sendo necessário que se submetessem a atendimento médico; que assim noa *(sic)* houve constatação médica de que o mal-estar tivesse sido ocasionado por eventual vazamento de gás, como também não solicitou que técnico no assunto verificasse eventual defeito no aparelho respectivo; que todavia, estava convencida de que o problema teria se ocasionado por vazamento, ou melhor, pela queima do oxigênio no ambiente fechado, o que fez com que determinasse no dia seguinte a retirada do equipamento, substituindo o aquecimento por chuveiro elétrico; que o aparelho não continha saída para o lado externo, até pelo fato de não haver concordância da síndica para colocação de chaminés; que não se recorda a marca do aparelho; que a depoente quer deixar bem claro que o episódio que relate *(sic)* refere-se a uma situação que vivenciou com sua filha, não sabendo se o fato que envolveu as vítimas teve a mesma ou causa semelhança; que a depoente relata haver sua filha gemido, como ter tido a sensação de que 'estava morrendo'. [...] que a depoente também vomitou na oportunidade relatada, muito embora sua filha tivesse vomitado em quantidade mais expressiva; que conforme comentou sua irmã Leide ao chegar no apartamento, o mesmo estaria quente, abafado; que segundo se recorda por algumas horas sentiu tremor no corpo, nas pernas, e dor de cabeça; que após isso voltou a normalidade em termos de disposição física; que a depoente banhou-se por aproximadamente 40 minutos e sua filha depois por mais 30 minutos; que além do apartamento onde reside possui outros três de um quarto no mesmo prédio; [...] que não tem lembrança que ao encerrarem o banho se desligou o aparelho ou se foi sua irmã que o fez; que a rotina normal era ligar e desligar, muito embora por vezes teria se esquecido de desligar o aparelho; que sua filha já estava dormindo quando a depoente sentiu o mal-estar relatado; que sua filha vomitou em seu rosto quando

a depoente estava caída ao chão; que a sua filha acordou quando a depoente acionou o interruptor acendendo a luz, havendo ela tentado levantar sem conseguí-lo passando a gemer e vomitar sobre a depoente; que sua filha rolou por sobre a cama e veio por cima da depoente; que o interfone alcançado pela criança ficava entre o quarto e a sala a um metro da cama; que sua irmã já à época dos fatos era funcionário *(sic)* do Tribunal de Justiça, não tendo qualquer ligação com a área médica; [...] que comentou o fato com a síndica Julia de Andrade; que não sentiu cheiro de gás; que não procurou qualquer tipo de auxílio em face de posteriormente se sentisse bem; que veio a se sentir bem aproximadamente uma três horas depois; que sua filha também levou mais ou menos o mesmo tempo para se recuperar. [...] a conclusão a que chegou a respeito da causa do problema foi a queima de oxigênio no ambiente fechado; que não tem conhecimento da ocorrência de qualquer problema atinente de gás, ou relacionado a problemas no aparelho de aquecimento a gás no apartamento 406 onde os fatos ocorreram" (fls. 466 a 468).

Contrapondo a versão apresentada pelo apelante, tem-se a tese defendida pelo Ministério Público de que a morte das vítimas não teria sido acidental, mas provocada pelo acusado, que teria sufocado a namorada e sua filha.

Essa segunda tese encontra respaldo em alguns aspectos colhidos da cena do evento e das informações retiradas dos depoimentos de Marilene Ana de David, Silvana do Amaral, Luciano Elio Garcia, Cláudia Guimarães Pacheco, Valéria Cristina dos Santos e Juberto José Kremer.

O primeiro aspecto é a não-percepção, pelas pessoas que estiveram no local dos fatos, de odor de gás no interior do apartamento.

E. M. L. M. J., irmão do acoimado, afirmou que "juntamente com o porteiro, bateu na porta do apartamento e Alexandre abriu, aparentando estar tonto e cambaleante; que, neste momento o declarante sentiu um cheiro estranho que vinha do interior do apartamento, sendo que sentiu também um cheiro forte de vômito" (fl. 123), não fazendo menção a cheiro de gás.

Darci Strack igualmente revelou que "ao ser aberta a porta do apartamento não sentiu cheiro de gás" (fl. 297).

As policiais Cláudia Guimarães Pacheco e Valéria Cristina dos Santos também assinalaram que "o apartamento recendia um cheiro azedo, um cheiro de vômito, não tendo percebido cheiro de gás" (fl. 300 – Cláudia); "sentiu um cheiro forte de vômito no apartamento, que é de pequenas dimensões [...] (e) que não sentiu o cheiro de gás" (fls. 302 e 303 – Valéria).

Ressalta-se que a assertiva defensiva – no sentido de que a não-percepção do cheiro de gás decorreria do fato de o banho ter ocorrido por volta das 23h e a chegada das pessoas aproximadamente às 6h, lapso que teria permitido que o gás se dissipasse – não prospera, uma vez que, ainda que o vazamento tenha sido iniciado por volta

das 23h, não há registro nos autos da hora que tenha terminado, e, além disso, o apartamento teria permanecido completamente fechado – segundo relato do acoimado – até a chegada de seu Irmão. Sendo assim, o irmão do apelante teria sentido o cheiro de gás, o que inocorreu, e, ademais, somente às 6h a janela da sala teria sido aberta e os policiais chegaram logo em seguida, não havendo tempo para dissipar tamanha quantidade de gás armazenada naquele ambiente em tão pouco tempo.

Por outro lado, a existência de vazamento de gás não foi detectada pelos técnicos que realizaram a perícia no aparelho existente no apartamento, e, embora não tenham excluído a possibilidade da ocorrência do acidente, não puderam determinar com precisão que ele tenha efetivamente ocorrido.

O segundo é o fato de a vizinha do apartamento inferior ter escutado barulhos incessantes durante boa parte da noite, oriundos do apartamento das vítimas.

Esses barulhos, segundo a testemunha, eram anormais, ao contrário do que alegou a defesa em suas razões.

Colhe-se do depoimento de Marilene Ana de David na fase indiciária:

"[...] Que reside no apartamento exatamente embaixo ao do apartamento das vítimas acerca de dezoito anos e, devido a um tipo de acústica do edifício escuta com muita *(sic)* mais facilidade o que acontece no apartamento de cima do que o proveniente dos apartamentos do lado; Que não conhecia as vítimas, nem Alexandre Biccochi *(sic)*; Que em data de 15-10-2000, por volta das 23h estava com a televisão ligada, ocasião em que começou a ouvir fortes barulhos provenientes do apartamento 406, barulho este traduzido em 'fortes pisadas, de objetos caindo, ou seja, movimentação constante'; Que além dos barulhos supracitados ouvia também um choro de criança, choro este que durou por bastante tempo, por mais de dez minutos continuamente; Que o barulho supracitado permaneceu, assim por volta das 23h40min, frente aos fatos, interfonou para o vigia, Sr. Darcy, ocasião em que pediu-lhe que conversasse com a moradora do apartamento 406, já que não estava conseguindo dormir frente ao forte barulho que de lá vinha; Que mesmo tendo avisado ao vigia, o barulho continuou, sendo que passada uma meia hora frente ao barulho contínuo supracitado acionou novamente o vigia; Que o vigia avisou para a declarante que já havia interfonado para o apartamento 406, contudo como a reclamação continuava alegou para a declarante que iria até o local; Que mesmo tendo avisado o vigia pela segunda vez, a declarante passou a escutar também 'gemidos aparentando ser de homem', gemidos estes que duraram cerca de dez minutos; Que após, parou o barulho de objetos caindo e tudo ficou em silêncio, não ouvindo mais choro de criança, contudo começou a escutar fortes roncos de mais de uma pessoa, sendo com certeza o ronco de um homem e muito provavelmente um outro ronco, misturado com

gemidos, de uma mulher; Que os 'gemidos' se deram por volta da 0h10min, já em data de 16-10-2000, e logo na seqüência, seguiram-se os roncos; Que às 2h foi até a cozinha da *(sic)* seu apartamento porque ainda ouvia os fortes roncos, e da cozinha ouvia menos; Que por volta das 2h30min tudo ficou em silêncio e não escutou mais nada, nem mesmo os roncos, sentindo-se completamente aliviada (e) foi dormir; Que por volta das 9h do dia 16-10-2000, foi avisada por uma das vizinhas do prédio que a moradora do apartamento 406 e sua filha haviam morrido; Que perguntado para a declarante se escutou barulho de discussão naquela noite, afirma nada ter ouvido além daquilo do que já mencionou" (fls. 32 e 33).

E em Juízo:

"[...] Que a depoente esclarece que reside no prédio onde os fatos aconteceram desde o ano de 1981; que o prédio ocupado pelas vítimas situa-se exatamente acima do seu, sendo portanto idêntico; que informa ainda que a laje que separa os andares não é espessa, o que permite a passagem de ruídos de um para outro andar; que na noite dos fatos chegou em casa pouco antes das 22h, tendo ficado a assistir o Show do Milhão e ao Fantástico, ouvindo ruídos provenientes do apartamento de cima, sem que a eles desse muita atenção; que por volta de 23 horas foi deitar-se para dormir, não o conseguindo em razão do barulho que provinha do apartamento superior, o qual parecia ser de queda de objetos, de arrastamento, enfim, dando a impressão de que realizava uma faxina; que como o barulho tinha continuidade, tendo inclusive ouvido um choro de criança, sem atentar para o fato de vir ou não do mesmo local, pois não sabia da existência de criança, interfonou ao porteiro solicitando providências no sentido de que aquilo cessasse; que contudo ouve (sic) continuidade nos ruídos, o que fez com que voltasse a reclamar com o porteiro a 0h15min, sendo que a partir daí escutou gemidos que pareceram provir de um homem, seguidos de um ronco forte 'estrondoso', também de homem, como um ronco menos forte, 'diferente' parecendo ser proveniente de uma mulher; que isto perdurou até por volta de 2h15min; que a partir daí não ouviu mais qualquer barulho, e crê que a partir de 2h30min veio a dormir, não ouvindo mais nada; que afirma que a vítima G. (dos S.) residia no referido apartamento no período que calcula ser de três meses, sendo que em ocasiões anteriores nada do que ocorreu naquela noite havia se registrado; que esclarece que inclusive lhe era possível acompanhar os momentos em que G. (dos S.) se dirigia ao banheiro, à noite, fato que estranhou não haver acontecido naquela noite; que durante o dia já tinha ouvido, em outras datas, já tinha ouvido ruído semelhante a queda de objetos no apartamento, e após a morte das vítimas é que soube da presença de crianças no local ligando um fato ao outro; que esclarece ainda que não estava com as janelas do seu quarto abertas, não ouvindo os ruídos pela laje; que o sistema de aquecimento a gás no prédio ao que sabe é idêntico em todos os apartamentos, nunca tendo enfrentado problemas no que está

instalado no seu, muito embora tenha ouvido que uma vizinha, um ano antes, juntamente com sua filha, veio a passar mal pedindo socorro a uma irmã; que a informação por ela prestada foi da ocorrência de um vazamento do aparelho; que não tinha visto o acusado anteriormente no local; que sequer tinha visto as vítimas antes do fato. [...] que a 'sensação que teve, o que lhe passou pela cabeça, era de que o gemido masculino fosse próprio a uma relação sexual, muito embora isso não passe de uma presunção' [...] não ouviu gemidos de mulher; que não viu as vítimas depois de mortas; que a síndica Julia de Andrade é quem relatou a cena que ocorreu no apartamento. [...] que a partir do momento em que se iniciaram os roncos não houve mais qualquer tipo de ruídos; que enquanto ocorreram os barulhos aos quais já se reportou, que a levaram a crer que fosse 'uma faxina', não ouviu discussões ou agressões verbais; que a vizinha que teve problemas com o vazamento de gás se chama Rose, mora atualmente na cobertura do mesmo prédio, muito embora quando da ocorrência morava em outro apartamento; que referida vizinha, ao se reportar ao fato com ela ocorrido, disse ter quase morrido, mas conseguiu pedir auxílio" (fls. 292 e 293).

Embora a testemunha não tenha ouvido discussões, escutou das 23h às 2h30min barulhos que se seguiram de choro de criança, gemidos e roncos, sendo que os barulhos eram altos, fortes, de pisadas, objetos caindo, movimentação constante, e não simples demonstração de carinho entre o casal ou entre Alexandre e a pequena G. C., como alegou a defesa.

O terceiro aspecto é a declaração dos policiais, que asseveram ter o acusado se comportado com indiferença em relação aos fatos, passando pelas vítimas e as olhando como se fossem apenas mais um objeto da residência, além de não aparentar estar passando mal.

Cláudia Guimarães Pacheco asseverou que:

"[...] que, é policial militar da 1ª Cia do 4º BPM; que, estava de plantão no dia 6 (16) de outubro de 2000, quando foi solicitada pelo Copom para atender a uma ocorrência na Rua Tenente Silveira, 600 – ap. 406; que, o Copom passou que no apartamento haviam (*sic*) duas pessoas mortas; que, a declarante subiu até o apartamento da vítima, local onde foi abordada por uma (*sic*) rapaz, menor de idade, que posteriormente soube ser irmão de Alexandre Biccocchi (*sic*) Silva; que, a declarante foi até a sala, encontrando Alexandre sentado no sofá, com a janela aberta, vestido com cueca samba-canção e camiseta; que, ele estava totalmente tranqüilo e apontou para o quarto, dizendo: 'elas estão ali no quarto, mortas'; que, o irmão de Alexandre estava bem nervoso; que, ao entrar no quarto, a declarante constatou que havia uma moça de aparentemente vinte e cinco anos e uma criança ao seu lado, deitadas na casa (cama), sendo constatado que ambas estavam mortas, já rígidas e frias; que, imediatamente foi chamado o ASU e aguardado a chegada deles, antes de ser feita qualquer remoção; que, a moça, identificada como G. dos S., estava totalmente nua e a filha

G. estava de pijama, deitada de bruços; que, a declarante foi conversar com Alexandre e o irmão dele, perguntando-lhes o que tinha acontecido; que, Alexandre disse que provavelmente tinha sido intoxicação alimentar, e que eles tinham comido carne de porco com maionese na casa da mãe dele na noite anterior; que, a declarante indagou se alguém mais tinha passado mal, ao que o irmão de Alexandre disse que 'mais ninguém' e que só os três (G. (dos S.), Alexandre e G.) tinham passado mal; que, a declarante lhe perguntou há quanto tempo ele tinha constatado que elas já estavam mortas, ao que Alexandre disse que dormiu com elas na cama e acordou com um cheiro forte e com elas geladas; que, Alexandre falou que na menina ele não tinha nem mexido porque viu que ela já estava dura, mas que chegou a fazer massagem cardíaca em G. (dos S.), não adiantando de nada; que, a declarante achou estranho porque da forma como as duas estavam deitadas na cama, não seria possível Alexandre também ter dormido no local; que, outro fato que a declarante achou estranho é que a calça jeans de Alexandre estava jogada na sala, como se ele a tivesse tirado no local antes de dormir; que, com a chegada do ASU, um dos bombeiros indagou Alexandre sobre quanto tempo fazia que ele tinha constatado que elas estavam mortas, ao que o mesmo respondeu que há mais ou menos uma hora e meia; que, quando a declarante indagou a Alexandre porque ele não tinha chamado o bombeiro tão-logo que viu que elas estavam passando mal, ele não respondeu e começou a dizer que estava mal também, razão pela qual foi solicitado ao ASU que o levasse para o hospital; que, a declarante deseja salientar que até este momento, Alexandre estava completamente normal e tranqüilo até demais; que, Alexandre não aparentava estar passando mal, apesar de ser visto em suas roupas marcas como se fosse de vômito seco; que, Alexandre foi até o banheiro e lavou seu rosto, sendo que ao passar pelo quarto, olhava para os cadáveres como se fosse (*sic*) um objeto qualquer, sem demonstrar qualquer tipo de emoção; que, no apartamento, a cozinha e a sala são conjugadas, separadas apenas por uma espécie de balcão, em cima do qual foi achada pequena quantidade de maconha; que, a droga foi achada depois que Alexandre e o irmão dele já tinham saído do apartamento; que, a declarante tem conhecimento de que os policiais fizeram uma revista no apartamento, nada achando que tivesse relação com o ocorrido, tais como remédios, recipiente de algum tipo de veneno ou outros" (fls. 53 e 54).

Idêntico relato foi apresentado por Luciano Elio Garcia (fl. 52) e Valéria Cristina dos Santos, sendo que esta última ainda aditou ter-lhe chamado a atenção a posição da criança na cama:

"[...] que, a declarante foi até o quarto e viu como estavam as mortas, constatando que a filha de G. (dos S.) estava de bruços, com os dois braços espichados e em punho cerrado, com cabeça encostada no travesseiro, com os cabelos por cima do rosto; que, viu que o travesseiro estava totalmente vomitado e a criança estava como o vô-

mito todo pela boca e inclusive adentrando no nariz; que, a declarante teve a impressão de que ela (a criança) teria feito força para não se afogar com o vômito mas que alguém a pressionava para que não conseguisse se desvencilar (*sic*); que, esta impressão foi dada principalmente pelo jeito como estava o cabelo dela, revirado, como se alguém tivesse pressionado-o; que, G. (dos S.) estava totalmente nua e não tinha marcas de vômito nem de luta; que, G. (dos S.) estava deitada, de barriga para cima; que, elas foram cobertas pelo bombeiro do ASU; que, lembra ter visto uma coberta no local, no final da cama*;* que, a declarante passou a estranhar ao fato, não acreditando na versão de intoxicação apresentada por Alexandre, uma vez que ele estava sentado calmamente no sofá, com a camiseta toda vomitada, mas somente quanto (*sic*) o bombeiro chegou é que ele perguntou se podia tirar a camiseta e se lavar; que, Alexandre não disse estar passando mal até começar a ser indagado demais sobre os fatos, sendo que o irmão dele é quem ficava falando que ele não estava bem; que, Alexandre foi até o banheiro e lavou seu rosto, sendo que ao passar pelo quarto, olhava para os cadáveres como se fosse um objeto qualquer*,* sem demonstrar qualquer tipo de emoção" (fls. 55 e 56).

O bombeiro Juberto José Kremer igualmente afirmou que o inconformado aparentava estar bem, asseverando ainda ter achado estranha a atitude do réu que, ao ir ao banheiro lavar-se, passou pelo local onde as vítimas estavam sem esboçar nenhum sentimento, agindo da mesma forma na volta do banheiro (fls. 57 e 58).

O quarto aspecto é o telefonema feito pela colega de G. dos S., *Silvana do Amaral*, na noite do evento, quando então percebeu que a voz de G. dos S. estava estranha, tendo ela dito que no dia seguinte conversariam a respeito, sendo que Silvana ainda ouviu o choro de G. C. ao fundo.

Extrai-se de seu depoimento na fase indiciária:

"[...] que, a declarante é amiga íntima de G. dos S. e inclusive se falavam praticamente todos os dias por telefone e pessoalmente uma vez que estudavam juntas; que, estavam no final da faculdade e por este motivo tinham muitos trabalhos, especialmente estavam fazendo um projeto de rádio que estava com prazo final para entrega; que, a declarante falou com G. (dos S.) na sexta-feira, oportunidade em que esta lhe contou que o ex-namorado dela de nome Alexandre estava na casa dela formatando o projeto; que foi nessa oportunidade que a declarante ficou sabendo que G. (dos S.) e Alexandre tinham reatado o namoro; que, não chegou a falar com ela no sábado, mas tentou por diversas vezes ligar para a casa de G. (dos S.) no final da tarde e início da noite de domingo, sem que ninguém atendesse ao telefone; que, somente por volta das 0h20min ou 0h30min da segunda-feira, o telefone foi atendido por Alexandre, o qual chamou por G. (dos S.); que, logo que G. (dos S.) atendeu ao telefone a declarante estranhou a voz e a entonação da voz dela, sendo que inclusive chegou a per-

guntar se estava tudo bem, ao que G. (dos S.) respondeu que sim mas que estava muito cansada pois tinha passado o dia inteiro na casa de Alexandre fazendo seu trabalho de aula; que, G. (dos S.) respondeu ainda 'amanhã eu te falo', ou seja, deu a entender que tinha alguma coisa para contar para a declarante mas que não poderia falar naquele momento; que, combinaram que G. (dos S.) ligaria para a declarante na manhã do dia seguinte, antes de sair para ir à casa de Alexandre, onde G. (dos S.) falou que passaria a manhã fazendo o trabalho; que, neste meio tempo G. estava chorando, ao que G. (dos S.) disse que a mesma estava tomando banho e segundo G. (dos S.) a mesma estava 'manhosa'; que, perguntada sobre o estado emocional de G. (dos S.) nos últimos dias, respondeu que G. (dos S.) estava bastante cansada em razão do trabalho acima referido; que, G. (dos S.) estava bastante feliz porque estava concluindo a faculdade, e inclusive já tinha ido ver roupas para ela e sua família, para a formatura; que, G. (dos S.) era uma pessoa alto astral e apesar do cansaço acima referido, não estava deprimida nem desanimada; que, perguntada sobre o relacionamento dela com Alexandre, a declarante informa que já estava desgastado e que inclusive tinham rompido, só reatando no feriado; que, durante o telefonema citado, G. (dos S.) falou que Alexandre só dizia que o trabalho e os textos dela eram ruins, que ela estava fazendo tudo errado, que ela não sabia fazer nada; que, o relacionamento de G. (dos S.) com G. era fantástico; que, perguntada sobre o relacionamento de Alexandre com G., a declarante informou que também era muito bom; que, perguntado se na opinião da declarante existe alguma possibilidade de G. (dos S.) ter tirado a própria vida e de sua filha, a declarante informa que tem absoluta certeza que isso não ocorreria; que, G. (dos S.) e Alexandre estavam brigando constantemente por causa do carro dela, do qual ele fez uma cópia da chave sem autorização dela, e inclusive pegava o carro sem ela autorizar; que, G. (dos S.) chegou a encontrar cabelo loiro no carro após Alexandre ter saído com o veículo; que, era comum Alexandre menosprezar G. (dos S.), inclusive com ofensas verbais, chegando a escrever 'puta' no carro dela; que, Alexandre dizia também que G. (dos S.) não tinha ninguém por ela, e que era abandonada pela própria família dela, isso para aumentar a importância que ele tinha na vida dela; que, o fato de eles voltarem a namorar desgostou bastante a declarante, bem como as outras amigas dela, visto que o relacionamento deles já estava desgastado e não tinha mais futuro, sendo que não consideravam que Alexandre fosse uma coisa boa para ela; que, perguntada se Alexandre se opunha a terminar o relacionamento, informa que algumas vezes ele mesmo que terminou e nunca teve qualquer tipo de atitude obsessiva nos rompimentos anteriores" (fls. 45 e 46).

E em Juízo:

"[...] Que não presenciou os fatos narrados na denúncia; que a informante conheceu a vítima G. (dos S.) em 1997, quando passaram a estudar

juntas na Unisul, sendo que no período G. (dos S.) já namorava com o acusado; que houve posteriormente o rompimento do relacionamento entre eles havido, tendo ela conhecido outra pessoa, mas na sexta-feira imediatamente antecedente a sua morte, soube por G. (dos S.) do reatamento do namoro; que o relacionamento havido entre eles era na concepção da informante normal, ocorrendo discussões próprias a namoro, sem que soubesse de nada excepcional; que G. (dos S.) lhe contou, era o fato do acusado ajudá-la em seus trabalhos da faculdade, tecendo críticas por considerá-los fracos, reclamando também do fato do acusado haver feito uma cópia da chave do seu carro, estando a utilizá-lo sem a autorização respectiva, tendo inclusive encontrado um fio de cabelo louro no referido veículo; que mencionou também que o acusado lhe dizia que ela havia sido abandonado (*sic*) pela família, sendo sozinha; que de outra parte, o relacionamento do acusado com G., também vítima, era bom, dispensando-lhe tratamento carinhoso, sendo que por vezes ela ficava na casa da mãe do acusado; que sempre o considerou uma pessoa normal, nunca tendo presenciado comportamento agressivo de sua parte; que o relacionamento foi marcado por alguns rompimentos, uns por iniciativa de G. (dos S.), outros por iniciativa do próprio acusado, sendo que isto era encarado normalmente, sem a ocorrência de ameaças por qualquer dos dois, [...] que saiu certa feita com seu namorado tendo encontrado o acusado e G. (dos S.), permanecendo juntos, estando também outros dois casais; que informa que todos os dias vinha da faculdade em companhia dela e freqüentava a sua casa; que G. (dos S.) fazia confidências à informante; que G. (dos S.) relatou a existência de ciúmes por parte do acusado, os quais eram por ela própria considerados normais, sem que configurassem um ciúme doentio; que o contato havido na sexta-feira antes mencionado, ocorreu dois dias antes das mortes, consistindo em dois telefonemas relacionados a trabalhos de faculdade [...] o acusado sofreu um acidente quando conduzia uma motocicleta, durante o período em que o relacionamento estava rompido, sendo que G. (dos S.) ao saber do fato prontamente se dirigiu ao hospital, falando com ele ainda antes de ser atendido, quando o acusado lhe disse que estava pensando nela quando da ocorrência, comentando 'que a culpa teria sido dela por estar nela pensando', acrescentando ter G. (dos S.) cuidado do mesmo durante a sua recuperação; que G. (dos S.) e o acusado chegaram a morar juntos por período aproximado de dois meses em Canasvieiras, tendo ela depois morado na casa da mãe dele; que informa ter esta oportunidade em que moraram juntos ocorrido quando G. (dos S.) se encontrava grávida do acusado, dizendo que foram duas as oportunidades em que esteve em tal situação, sendo o acusado o responsável conjunto pela gravidez, tendo num provocado o aborto e no outro tendo de forma espontânea; que o aborto provocado foi anterior a tal situação sendo que G. (dos S.) foi que adquiriu o medicamento Cytotec, e no segundo, tendo havido a resolução conjunta de ter o filho é que foram

morar juntos; que não houve por parte do acusado aceitação da pretensão de G. (dos S.) em pô-la no plano de saúde; que na noite dos fatos, desde as 19 horas tentou contato telefônico com G. (dos S.), somente o conseguindo por volta de 0h30min; que na ocasião o telefone foi atendido pelo acusado, que a chamou, tendo com ela conversado, conversa essa interrompida brevemente pelo choro de G., que foi atendida por G. (dos S.); que percebeu estar ela com voz que considerou estranha, tendo indagado se tudo estava bem, ao que foi respondido que sim, que somente estava cansada, que o trabalho segundo disse o acusado não estava bom, e que G. estava 'chatinha'; que encerrou dizendo que 'amanhã a gente conversa'; que viu o corpo de G. (dos S.) no aeroporto, observando a existência de um ferimento no lábio inferior, no canto esquerdo da boca, do qual 'espumava' ou havia uma 'baba'; que diversos colegas da faculdade chegaram a ver os corpos, dentre o quais Melissa, Lilian e outros, tendo inclusive comentado que G. estava muito 'vermelha'; [...] que as declarações que prestou perante a parte policial não foi feita em frente ao acusado; que por ocasião do telefonema havido na noite dos fatos, G. estava no banho, como foi dito pela vítima G. (dos S.) que no outro dia (iria) acabar (o) trabalho na casa do acusado, em face de seu computador estar estragado" (fls. 290 e 291).

Ressalta-se que o relato de Silvana coaduna-se à declaração prestada por Marilene no que toca ao choro de criança, que Silvana identificou como sendo de G., o que foi confirmado por G. dos S., que, entretanto, afirmou, com uma voz estranha, que sua filha estava apenas manhosa.

O quinto aspecto são as perícias efetivadas no apartamento – para averigüar a possibilidade de mau funcionamento do aquecedor, o que acarretaria o vazamento de gás – e nos cadáveres das vítimas, para determinar-se a *causa mortis*.

A primeira delas não afirmou a presença de vazamento de gás no apartamento.

Extrai-se do parecer lavrado pelos vistores:

"[...] Do exame efetuado no local da perícia constatou o que segue:

"– o local não estava preservado (a chave do apartamento encontrava-se em poder do parente das vítimas de nome Artur Velho Bidone);

"– a janela da área de serviço, em esquadrias de alumínio com vidro, encontrava-se totalmente aberta;

"– os ambientes onde estão localizados os pontos de consumo (fogão e aquecedor) são desprovidos de aberturas de ventilação permanente. O aquecedor não possuía sistema de exaustão (chaminé);

"– os acionadores das bocas do fogão estavam fechados;

"– o funcionamento dos aparelhos (fogão e aquecedor) foi testado tendo apresentado desempenho normal. O queimador do aquecedor encontrava-se bem regulado, não havendo sinais de fuligem no ambiente e nem no aparelho;

"– o registro de corte no abrigo de medidores localizado no corredor do apartamento estava fechado;

"– as instalações de gás liquefeito de petróleo (canalizações e respectivos aparelhos) não apresentaram vazamento durante o período em que mantivemos o registro do abrigo de medidores aberto com os aparelhos (fogão e aquecedor) em funcionamento" (fl. 108).

Como se pode observar, no laudo ficou assinalado não haver vazamento de gás, afirmando-se apenas que a tragédia pode ter acontecido em função de inadequadas condições de instalação do aquecedor, mas tal situação não foi em nenhum momento atestada como certa, de forma categórica, pelos peritos.

A segunda perícia, realizada pelos médicos legistas, não afastou a possibilidade de a asfixia ter sido causada por sufocação.

Aliás, cabe aqui fazer-se ressalva quanto ao argumento, no mínimo, duvidoso trazido pela defesa, que utilizou-se de um trecho de uma frase contida no parecer médico-legal (fl. 337, item 4) para fazer a afirmação de que os médicos teriam afastado categoricamente a possibilidade da morte ter sido provocada por sufocação.

Ainda que o nobre causídico tenha buscado induzir em equívoco este Magistrado, cumpre assinalar que se tem por bom costume ler todas as peças trazidas aos autos, não só por respeito às partes como também por dever de todo o operador jurídico.

Extrai-se do parecer firmado pelos legistas:

"[...] 1 – Os exames cadavéricos nos corpos de G. (dos S.) Santos e G., concluíram ser a *causa mortis* asfixia a esclarecer.

"2 – Os exames toxicológicos, realizados pelo Instituto de Análises Laboratoriais, não encontraram agentes químicos detectáveis, no material encaminhado pelo Instituto Médico Legal, que justificassem o diagnóstico de intoxicação.

"3 – A asfixia evidenciada nos dois cadáveres, face os exames negativos do Instituto de Análises Laboratoriais, pode ser causada de duas maneiras. Por meio mecânico ou por gás asfixiante simples.

"4 – A asfixia mecânica é causada pelo fechamento das vias aéreas (boca, nariz, laringe, traquéia, brônquios e alvéolos). *No caso presente não foram encontrados sinais de fechamento de vias aéreas, que pudessem ser caracterizadas como enforcamento, estrangulamento, esganadura, afogamento ou soterramento.*

"4.1 – Resta a sufocação. Esta, é causada pelo fechamento de boca e nariz por um objeto ou mãos. A sufocação não pode ser caracterizada, pelas lesões traumáticas encontradas nas vítimas examinadas. Os sinais encontrados nos lábios do cadáver de G., constituídos por escoriações profundas de lábio superior, têm características de trauma por mordedura pela arcada dentária inferior, causada comumente por convulsão agônica, pela anóxia ce-

rebral. As secreções escuras à pele correspondem a vômitos. A palidez de áreas da face, são resultantes da compressão da pele determinada pela posição em decúbito ventral (face voltada para baixo), em que foi encontrada. Na face do cadáver de G. (dos S.) não foram encontradas lesões traumáticas, que indicassem a sufocação.

"4.2 – Objetos macios como travesseiros, esponjas e algodão, entre outros, podem não deixar sinais traumáticos característicos de asfixia por sufocação em boca e nariz.

"5 – A asfixia por gás asfixiante simples é determinada pela presença desse tipo de gás, em ambientes confinados, determinando a baixa concentração de oxigênio do ar circundante, levando a vítima a anóxia (baixa concentração de oxigênio no sangue) e conseqüentemente a morte. Os sinais encontrados nessas situação (*sic*) são os de asfixia, os quais, juntados aos encontrados no local da ocorrência, determinam a causa.

"Conclusão

"Dessa forma, concluímos tratar-se de caso de asfixia. Tecnicamente o exame necroscópico não pôde concluir, se causado por meio mecânico (sufocação) ou por gás asfixiante simples" (fls. 337 e 338 – grifado).

Como se vê, ao contrário do que afirmou a defesa, os médicos não afastaram a possibilidade da sufocação como *causa mortis*, o fazendo, de forma expressa, apenas em relação ao enforcamento, estrangulamento, esganadura, afogamento e soterramento.

Logo, diante das conclusões médicas, a morte das vítimas pode ter sido proveniente de asfixia por sufocação ou por inalação de gás asfixiante, não sendo excluída nenhuma das duas hipóteses.

De outra banda, o fato de nenhuma testemunha ter presenciado atos de agressão por parte de Alexandre contra as vítimas não afasta a possibilidade de ele ter cometido o crime, até porque algumas testemunhas, colegas de faculdade de G. dos S., afirmaram que o réu era grosseiro com ela, humilhando-a em diversas oportunidades.

Por fim, a constatação pelos depoimentos e pelo laudo de levantamento no local dos fatos de que os cômodos estavam todos em ordem igualmente não tem o condão de repudiar, por si só, a probabilidade da ocorrência dos fatos da forma como sustenta a acusação, até porque o próprio acusado afirma que G. dos S., ao cair na cozinha, derrubou uma banqueta, e os policiais, ao chegarem no local, não viram nenhum banco caído.

Dessa forma, embora não se possa afastar a plausibilidade da tese do réu, da mesma forma não se pode considerar absurda a defendida pela acusação, havendo elementos nos autos a dar suporte para ambas.

Assim, a versão sustentada pelo Ministério Público encontra respaldo nos autos, não podendo, portanto, dizer-se que a decisão dos jurados foi dissonante da prova amealhada no pro-

cesso, já que está de acordo com os elementos colacionados ao feito.

Aliás, importante destacar que não cabe a este Areópago verificar qual das explicações para os fatos era a mais convincente – se a da acusação ou a da defesa – pois essa escolha compete exclusivamente ao Júri. Só se cogita da anulação do julgamento se faltar ao veredicto qualquer coerência com a prova dos autos – o que não ocorreu *in casu*.

Na mesma alheta, já se decidiu:

"Penal e processual – Homicídio – Júri – Decisão manifestamente contrária à prova dos autos – Inocorrência – Veredicto que encontra algum respaldo no conjunto probatório.

[...]

"Não se pode falar em decisão contrária à prova dos autos se os jurados apreciaram os elementos probantes e firmaram seu convencimento, adotando a versão que lhes pareceu mais convincente' (RT 590/343).

"Só se cogita de decisão manifestamente contrária à prova dos autos quando o Júri opta por versão sem qualquer apoio no processo" (Ap. Crim. n. 2004.003142-4, rel. Des. Amaral e Silva, j. 15-2-05).

E em idêntico norte:

"Em face do princípio constitucional da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, suas decisões só podem ser anuladas por manifesta contrariedade à prova dos autos, quando refogem, às escâncaras, do contexto probatório. Apoiado o veredicto dos jurados em versão probatória existente nos autos, ainda que tênue e frágil, não há como proclamar-se a nulidade do julgamento" (Ap. Crim. n. 2002.017156-0, rel. Des. Jaime Ramos, j. 11-3-03).

Sendo assim, entende este Juiz, ante os argumentos expendidos, que a decisão da douta maioria, a um só tempo, afronta diretamente o art. 593, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal, e art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *c*, da "Carta da Primavera", porquanto a versão encampada pelo Júri encontra firme, seguro e inescondível amparo nas provas amealhadas.

Esses, pois, os fundamentos do dissenso.

Carstens Köhler.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2005.015509-4, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Sérgio Paladino

Apelação criminal. Insurreição do dominus litis *no tocante ao enquadramento da conduta perpetrada pelo réu como contravenção penal. Constrangimento ilegal destinado à conjunção carnal. Crime não consumado por circunstâncias a-*

lheias à vontade do agente. Tentativa de estupro caracterizada. Retificação que se impõe.

"A tentativa de estupro será reconhecida, ainda quando não haja o contato sexual, desde que as circunstâncias deixem manifesto, por parte do agente, o intuito de conjunção carnal" (RT 559/373).

Pretendida aplicação do art. 9º da Lei n. 8.072/90. Tentativa de estupro praticada mediante concurso de violência ficta e real. Elemento constitutivo do tipo e causa de aumento de pena respectivamente. Inocorrência de bis in idem. *Possibilidade. Recurso provido.*

O dissenso que grassa na Câmara no concernente à aplicabilidade do art. 9º da Lei n. 8.072/90 restringe-se aos casos de violência presumida, inexistindo quanto à utilização da real.

Vistos, relatados e discutidos este autos Apelação Criminal n. 2005.015509-4, da comarca de Criciúma (2ª Vara), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, e apelado Leonardo Cruz:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Criciúma, a representante do Ministério Público denunciou Leonardo Cruz como incurso nas sanções dos arts. 213 e 224, alínea *a*, ambos do Código Penal, e no art. 9º da Lei n. 8.072/90, combinados com o art. 14, inciso II, do Código Penal, pelo fato assim narrado, *ipsis verbis*:

"O caderno indiciário incluso revela que no dia 13 de abril próximo passado, por volta das 12 horas, na rua 'entre a Mina Quatro e o Ana Maria-trilho', nesta cidade, buscando satisfazer a sua lascívia e concupiscência, o denunciado Leonardo Cruz investiu contra N. R. D. (suprimiu-se o nome completo, permanecendo apenas as iniciais), com apenas 13 anos de idade (documento de fl. 15), na oportunidade em que a mesma retornava da escola em direção à sua residência.

"Consta que buscando constranger a vítima à conjunção carnal, usando violência física (laudo pericial de fl. 11), o denunciado a prendeu com seus braços, arrastando-a para o meio de um mato existente nas proximidades, chegando inclusive a rasgar a blusa do uniforme escolar que a mesma vestia (termo de fl. 10), ocasião então que passou a agarrar os seios de N., que sempre intentando desvencilhar-se culminou por empurrar seu agressor, desta for-

ma logrando êxito em deixar o local correndo e depois de certo tempo solicitar a ajuda a uma vizinha.

"Não satisfeito, consta ainda que ao ser impedido pela própria vítima de levar a termo o seu intento delitivo, o denunciado passou a proferir ameaças contra a mesma, dizendo que a 'pegaria' dentro de sua própria casa, pronunciando ainda diversos impropérios" (fls. 2 a 3).

Homologado o auto de prisão em flagrante, foi deferido o pedido de internação do acusado para tratamento psiquiátrico (fls. 39 a 40).

Recebida a denúncia (fl. 2), o *dominus litis* suscitou dúvida acerca da sanidade mental do réu, que foi encaminhado ao Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico do Estado (fls. 47 e verso).

Interrogado (fls. 48 a 50), o acusado apresentou defesa prévia, requerendo a produção de prova oral (fls. 55 e 56).

Inquiridas a vítima e as testemunhas arroladas na denúncia (fls. 58 a 62), veio aos autos o parecer psiquiátrico (fl. 68), atestando que o réu não apresenta alterações psicopatológicas, apenas sintomas de abstinência alcóolica.

Ouvida a última das testemunhas indicadas na denúncia (fl. 76), bem como as listadas na peça de resistência (fls. 73 a 75 e 77), na fase do art. 499 do Código de Processo Penal, o réu requereu esclarecimentos do médico subscritor do atestado de fl. 34, para que o submetesse a exame de sanidade mental e à perícia psiquiátrica, bem como que se tomasse as declarações da vítima (fl. 78), diligências que restaram indeferidas pela Dra. Juíza de Direito (fls. 89 a 90).

Ofertadas as derradeiras alegações, por memoriais e na ordem legal (fls. 81 a 88 e 116 a 122), a Dra. Juíza *a quo* não recebeu o agravo de instrumento interposto pelo acusado (fls. 98 e 99) e julgou procedente, em parte, a denúncia para condenar Leonardo às penas de 2 (dois) meses de prisão simples e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário equivalente ao mínimo legal, pela prática do ilícito capitulado no art. 65 da Lei das Contravenções Penais.

Inconformado, o representante do Ministério Público apelou, objetivando a condenação pela perpetração do crime descrito no art. 214, combinado com o art. 224, alínea *a*, ambos do Código Penal, e o art. 9º da Lei n. 8.072/90, ao argumento de que conduta por ele realizada não se confunde com a contravenção em que restou enquadrado, pois atacou efetivamente a vítima visando à satisfação de sua lascívia, o que não configura mero contato eventual e desorientado (fls. 143 a 148).

Esta egrégia Segunda Câmara Criminal não conheceu do agravo de instrumento interposto pelo réu, proclamando que a decisão que indefere diligências complementares é irrecorrível, à mingua de recurso previsto em lei para impugná-la (fls. 150 a 152).

Com as contra-razões (fls. 154 a 156), ascenderam os autos a esta Corte.

Instada a manifestar-se, fê-lo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Demétrio Constantino Serratine, pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 160 a 163).

É o relatório.

Procede a insurreição do representante do Ministério Público, porquanto a conduta perpetrada pelo réu foi enquadrada, erroneamente, como contravenção penal, não obstante também não se trate de atentado violento ao pudor, como sustentou o *dominus litis*, uma vez que o elenco probatório conduz à indubitável conclusão de que o réu tinha a intenção de praticar com a vítima conjunção carnal.

Em que pese o fato de as figuras mencionadas apresentarem aspectos semelhantes, tanto a doutrina quanto a jurisprudência apontam, como traço distintivo no concernente à caracterização do crime previsto no art. 213 do Código Penal, a intenção do agente de manter relações sexuais, circunstância que se evidencia nos autos.

Ora, para coadunar-se com a figura contravencional far-se-ia mister que a conduta do agente consistisse não em constranger a vítima, mediante violência ficta ou grave ameaça, ao ato sexual, mas, sim, que se constituísse em mera perturbação da tranqüilidade, o que não se verificou no caso concreto.

A propósito, assinala Julio Fabbrini Mirabete:

"Não se confunde a prática de ato libidinoso com as contravenções dos arts. 61 e 65 da LCP. Nestas, o agente pratica ato que contrasta com o sentimento médio de pudor ou bons costumes, como beijos ligeiros, apalpadelas, toques no corpo etc., e naquele é necessário o ato concupiscente" (Código penal interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, p. 1.269).

Segundo as informações prestadas pela vítima nas duas fases do procedimento (fls. 18 e 58 e 59), o réu, sem a sua anuência, agarrou-a pelos braços e arrastou-a para o meio do mato, rasgou a sua blusa (*vide* auto de exibição e apreensão de fl. 14), deixando-a só de sutiã, e tentou beijá-la, acariciando seus seios.

Essa versão é corroborada pelos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante (fls. 6 e 7 e 61 e 62), bem como pelas informações da mãe da ofendida (fls. 20 e 60) e pelas declarações da vizinha que a socorreu tão logo logrou desvencilhar-se do acusado (fls. 24 e 25 e 76).

Outrossim, como sói ocorrer em situações que tal, o palco dos acontecimentos situava-se em local ermo, particularidade que evidencia o dolo do réu dirigido à prática da conjunção carnal, e não a simples perturbação da tranqüilidade.

Em situação similar, assentou esta Câmara:

"Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Continuidade. Palavra da vítima corroborada pela confissão do réu, nas duas fases do processo. Conjunto probatório apto a embasar a condenação. Pretendida desclas-

sificação da conduta para a prevista no artigo 65 da LCP ou artigo 233 do Código Penal. Inviabilidade. Atentado violento ao pudor caracterizado. Condenação mantida.

"Nos crimes contra os costumes, normalmente cometidos na ausência de testemunhas, a palavra da vítima é de suma importância, levando à condenação quando amparada pelas demais provas dos autos, sobretudo pela confissão do réu nas duas fases do processo.

"Quando o propósito do agente é praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, fica naturalmente impedida a caracterização da figura contravencional. Esta ocorre com a importunação da vítima de modo ofensivo ao pudor e não com a intenção libidinosa do agente" (Ap. Crim. n. 2003.024248-1, de Palhoça, rel. Des. Maurílio Moreira Leite).

Portanto, o ato perpetrado pelo réu com o intuito de satisfazer sua lascívia caracteriza a tentativa do delito capitulado no art. 213 do Código Penal, tendo em vista a violência com que investiu contra a vítima, de apenas 13 (treze) anos de idade (fl. 19), tentando constrangê-la à conjunção carnal, chegando, até mesmo, a rasgar-lhe a blusa e acariciar seus seios, só não alcançando o intento porque a adolescente conseguiu livrar-se e empreender fuga.

Diante desse contexto, "a tentativa de estupro será reconhecida, ainda quando não haja o contato sexual, desde que as circunstâncias deixem manifesto, por parte do agente, o intuito de conjunção carnal" (RT 559/373).

Portanto, torna-se imperativa a reforma do veredicto para condenar o apelado pelo cometimento do delito capitulado no art. 213, combinado com o art. 224, alínea *a*, e art. 14, inciso II, todos do Código Penal, adequando-se, como corolário, a reprimenda.

A análise das circunstâncias judiciais de que trata o art. 59 do Código Penal recomenda a fixação da pena-base no mínimo previsto na norma incriminadora, aflorando dos autos que a culpabilidade e os motivos do crime foram os inerentes à hipótese, não existindo no processo elementos que autorizem a formação de juízo negativo acerca da personalidade e da conduta social do réu, que não registra antecedentes.

Em virtude disso, quantifica-se a reprimenda básica em 6 (seis) anos de reclusão e, ausentes agravantes e atenuantes, aplica-se a causa de aumento prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/90, porquanto, além de o crime ter sido praticado contra menor de 14 (quatorze) anos, o réu utilizou-se de violência real, não se caracterizando, como corolário, o *bis in idem*, pois a violência ficta constitui elemento do tipo e o emprego da força física motivo de agravamento da pena.

Nesse sentido, assentou a jurisprudência:

"'A coexistência do art. 224, letra *a*, do Código Penal, e do art. 9º da Lei n. 8.072, de 1990, não é inconstitucional, porque a causa de aumento o-

brigatório da referida lei é de estrutura, efeitos e incidências diferentes da norma do Código, e, por isso, de possível aplicação conjunta' (TJRJ – AC 47/96 – Rel. Carlos Brazil – *ADV* 77.463)" (Franco, Alberto Silva; Ninno, Jefferson; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Moraes, Maurício Zanoide de; Podval, Roberto; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar, e Ninno, Wilson, Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial, volume 1, 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 1.268).

E ainda:

"'Não se trata, portanto, de dois comandos sancionários para o mesmo fato, nem de idêntico pressuposto fático para 'mais de uma sanção punitiva' e sim de um só comando com funções diversas – possibilitar (a violência) o reconhecimento da configuração do delito de estupro ou de violento atentado ao pudor, e, consoante previsão legal, atrair a incidência da causa de aumento (art. 9º da Lei n. 8.072/90), revestida de caráter especial de aumento de pena –, fins nitidamente distintos na concepção jurídica, que não permitem confundir constituição de tipo penal e causa especial de aumento de pena' (TJRJ – EI – Rela. Desa. Telma Musse Diuana – j. 24-2-1999 – RDTJRJ 42/364)" (obra citada, p. 1.269).

Logo, aplica-se o aludido acréscimo de metade, perfazendo a pena o montante de 9 (nove) anos. Ato contínuo, em virtude da causa geral de diminuição concernente à tentativa, reduz-se-a em dois terços, restando definitivamente quantificada em 3 (três) anos de reclusão, cujo resgate dar-se-á em regime integralmente fechado, à luz do estatuído no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, inviabilizando-se, igualmente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a concessão do *sursis*.

Dissertando acerca do pormenor, assinala Julio Fabbrini Mirabete:

"Por expressa disposição da Lei n. 8.072, de 25-7-90, a pena será integralmente cumprida em regime fechado quando se tratar de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, de terrorismo e dos crimes definidos como hediondos, consumados ou tentados, ainda que aplicada pena inferior a oito anos (art. 2º, § 1º).

"Segundo alguns doutrinadores, tal disposição seria inconstitucional por violar o princípio da individualidade da pena (art. 5º, XLVI). Entretanto, o principal critério para a fixação da pena é a gravidade do crime e não a regra da individualização, que a relativiza. Assim, não padece de inconstitucionalidade o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, que obriga o regime mais severo para os crimes que considera mais graves, por hediondez, impossibilitando a progressão" (Manual de direito penal, 15. ed., São Paulo, Atlas, 1999, p. 256).

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso para condenar o réu pelo cometimento do crime capitulado no art. 213, combinado com o art. 224, alínea *a*, e o art. 14, inciso II, todos do Código Penal, impondo-lhe a pena de 3 (três) anos de reclusão, cuja execução dar-se-á em regime integralmente fechado,

ordenando-se a expedição, *incontinenti*, de mandado de prisão.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Torres Marques, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 5 de julho de 2005.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2005.001737-8, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Apelação criminal. Extorsão mediante seqüestro qualificada, formação de quadrilha, roubo circunstanciado e uso de documento falso. Incompetência do juízo. Nulidade relativa argüida a tempo, por meio de exceção (art. 108, CPP), julgada improcedente. Sentença irrecorrível. Alegação em preliminar de apelação. Conhecimento.

Competência. Diversos crimes cometidos por várias pessoas em concurso e em lugares distintos. Impossibilidade de fixação da competência pela prevenção no juízo em cujo território nenhum dos crimes de maior gravidade ocorreu. Conexão (art. 76, II, CPP). Concurso de jurisdição da mesma categoria. Competência firmada pelo lugar onde foi cometido o maior número de infrações (art. 78, II, b, *CPP). Nulidade da sentença. Preliminar acolhida. Remessa dos autos ao juízo competente.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2005.001737-8, da comarca de Itajaí, em que são apelantes James Osvaldo Merkle e outros, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, acolher a preliminar de incompetência do juízo, anulando tão-somente a sentença, remetendo-se os autos à comarca de Joinville.

Custas legais.

Na comarca de Itajaí, 2ª Vara Criminal, Valmor Frainer, Rosália Vargas, Celso Roberto Eick, Marlon José Brandalyse, Paulo Roberto da Rosa, Eráclito Lima dos Santos, Iracema Frainer da Silva, Maicon Andrei Frainer, Marcelo Jung, James Osvaldo Merkle, Claudio Roberto Sardi, Rosiane Petri,

Jean Carlos Kohl, Ari Ferreira de Souza, Vítor Natal Piasecki, Juliana Maia, Mauro Ricardo Germano, Jair Consjunsck Júnior, Edinei Fröhich Uller, Alan Fernando Santana, Cristiano Pierri Machado, Joélsio de Almeida, Idelmar Barcelos, Laércio de Souza, Alessandro Pereira, Rogério Silvano Gebien, Sérgio Roberto Miranda, Amarildo Molinari, Maria Lúcia Delfino e Sérgio Ricardo Delfino Roxo foram condenados pela prática dos crimes definidos nos arts. 159, § 1º , do Código Penal, 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, e no art. 288, parágrafo único, do Código Penal, c/c o art. 8º da Lei n. 8.072/90.

Regularmente intimados da decisão condenatória, todos recorreram objetivando, em síntese, a absolvição, por insuficiência de provas. Em preliminar, Celso Roberto Eick, Rosiane Petri, Vítor Natal Piasecki, Cristiano Pierri Machado, Laércio de Souza, Claudio Roberto Sardi, Joshué Lins Silvano, Sérgio Ricardo Delfino Roxo, Juliana Maia, Sérgio Roberto Miranda, Idelmar Barcelos, Mauro Ricardo Germano, Maria Lúcia Delfino, Edinei Fröhlich Uller, Jair Consjunsck Júnior, Joélsio de Almeida e Marlon José Brandalyse pretendem, entre outras nulidades, a da sentença em face da incompetência do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Itajaí. Para tanto, argumentam que "o Juízo da Comarca de Itajaí é incompetente para processar e julgar a ação penal, em razão do lugar, haja vista que no caso vertente não incide a regra da prevenção, uma vez que a denúncia foi capaz de aferir, com precisão, os locais das infrações penais" – fl. 7.976.

Contra-razões às fls. 8.673 a 8.811, no sentido de serem afastadas as preliminares de nulidade e, no mérito, pela manutenção do que foi decidido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Raul Schaefer Filho, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento dos apelos, afastadas as preliminares argüidas.

É o relatório.

Têm razão os apelantes quando pretendem ver declarada a incompetência do Juízo da comarca de Itajaí para julgar o feito.

Por primeiro, deve-se registrar que a alegação de incompetência de juízo não precluiu. Consoante se verifica dos autos, os apelantes, nos termos do art. 108 do Código de Processo Penal, intentaram incidente de exceção de incompetência (autos apensados ao volume 22), o qual foi julgado improcedente, quando afirmado: "Restou demonstrado nos autos principais que o Juízo da 2ª Vara Criminal de Itajaí foi quem determinou a quebra do sigilo telefônico dos envolvidos a requerimento da Autoridade Policial de Itajaí, pois uma parte da quadrilha atuava com suas ações criminosas na comarca de Itajaí. [...] Depreende-se que além do deferimento da interceptação telefônica bem antes do flagrante das ações criminosas, do fato de parte da quadrilha localizar-se em Itajaí, este Juízo também deferiu buscas e apreensões e decretou a prisão provisória de quase todos os quarenta e nove denunciados. Assim, este Juízo é competente para

apreciar o processo n. 033.03.017657-6, e o pedido da exordial é improcedente" – fls. 14 a 19.

Inconformados com o decidido, interpuseram apelação objetivando a reforma da decisão. Em julgamento realizado no dia 31 de agosto de 2004, esta Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conheceu do recurso. Na ementa, constou: "Apelação interposta contra decisão que rejeita exceção de incompetência. Sentença irrecorrível. Não conhecimento. 'A decisão que rejeita exceção de incompetência não se encontra no rol das atacáveis por recurso em sentido estrito. Nem sendo interlocutória mista ou terminativa, é inapelável' (RT 644/308)".

No corpo do acórdão, ficou consignado: "A decisão que rejeita exceção de incompetência é irrecorrível. Nesse sentido a orientação jurisprudencial: 'A decisão que rejeita exceção de incompetência não se encontra no rol das atacáveis por recurso em sentido estrito. Nem sendo interlocutória mista ou terminativa, é inapelável. Destarte, *só pode ser atacada através de* habeas corpus *ou em preliminar de eventual apelação*' (TJRJ, RT 644/308)" – grifei.

Assim, perfeitamente cabível a argüição da incompetência do juízo nesta oportunidade, em sede de preliminar de apelação.

Antes disso, porém, consoante se constata dos elementos existentes nos autos, verifica-se que foi impetrado *habeas corpus* (HC n. 2004.004562-0, de Itajaí, rel. Des. Jaime Ramos) em favor de Maria Lúcia Delfino, Mauro Ricardo Germano, Diego dos Santos Delfino, Sérgio Ricardo Delfino Roxo, Vilson João Delfino, Edinei Fröhlich Uller, Michael Frainer, Valdemar Barcelos, Carlos Augusto Neves, Cristiano Pierri Machado, Mariane Merkle, Eráclito Lima dos Santos, Iracema Frainer da Silva, Valmor Frainer, Juliana Maia, Joshué Lins Silvano, Celso Roberto Eick, Tânia Maria Felício Machado, Antônio José Machado, Anderson Henrique Frainer, Maicon Andrei Frainer e Elisabete Sales Farias. Um dos objetivos era a declaração de incompetência do Juízo de Itajaí para o processamento do feito.

Em julgamento ocorrido no dia 24 de março de 2004, foi denegada a ordem. Na ementa, ficou consignado: "Tratando-se de infrações penais conexas de igual gravidade, o foro prevalente, conforme o art. 78, II, do Código de Processo Penal, será o do local onde tiver ocorrido o maior número de infrações (alínea *b*). Se, no entanto, a maior parte das infrações tiver sido cometida em local incerto, em comarcas variadas, incidirá a regra supletiva da prevenção (alínea *c*) para fixação do foro prevalente. Nos termos do art. 83 do CPP, a prevenção pode decorrer inclusive de fato anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa, como é a determinação da quebra de sigilo telefônico dos indiciados".

Não obstante, neste momento, em que a matéria é posta novamente para análise, agora em sua amplitude (fase recursal), pode-se constatar que a competência é estabelecida na forma do art. 78, II, *b*, do Código de Pro-

cesso Penal, de seguinte teor: "Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: [...] II – No concurso de jurisdições da mesma categoria: a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave; b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade; c) firmar-se-á a competência pela prevenção, nos outros casos".

Conquanto a matéria já tenha sido apreciada e julgada em sede de *habeas corpus*, nada impede seu conhecimento, agora, em preliminar de apelação (possibilidade, aliás, já assentada quando julgadas as apelações interpostas à decisão que julgou improcedentes as exceções de incompetência), pois aquela decisão (do *habeas corpus*) não fez coisa julgada.

Acerca do assunto, extrai-se da lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes: "[...] cumpre ressaltar também que a decisão denegatória de *habeas corpus* não impede que os mesmos temas venham a ser apreciados em sede recursal ou mediante revisão criminal. É que, tratando-se de remédio excepcional, cujo objeto é a liberdade, a preclusão da matéria nessa via não exclui o seu exame em outras vias, especialmente tendo em conta a plenitude do direito de defesa, que igualmente vem consagrado em nível constitucional" (*Recurso em Processo Penal*. 3. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 384).

Nesse sentido: "Estelionato. Competência recursal. Não produz coisa julgada material a decisão denegatória de *habeas corpus*. Competência absoluta *ratione* material do egrégio Tribunal de Alçada Criminal [...]. Possibilidade de serem reexaminadas em processo revisional as nulidades já apreciadas em *habeas corpus*" (Revisão Criminal n. 123.513 – RJTJSP 35/285).

E, do corpo do acórdão, extraise: "É verdade que, no caso, a Seção Criminal do Tribunal de Justiça julgou três *habeas corpus* impetrados em favor do peticionário: dois deles quando ainda lhe competia julgar os recursos em casos de estelionato e o outro depois que essa competência foi transferida ao egrégio Tribunal de Alçada Criminal. O fato, contudo, não desloca a competência para o julgamento desta revisão, ainda que no pedido revisional seja repetida matéria já apreciada nos mencionados *habeas corpus*.

"É que, conforme é pacífico na doutrina, '[...] o sistema jurídico tem toda decisão denegatória de *habeas corpus* como de incompleta cognição; apesar da sua declaratividade, não produz coisa julgada material' (Pontes de Miranda, *História e Prática de Habeas Corpus*. 4. ed., p. 540; Espíndola Filho. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. 4. ed., vol. VII/273). Por isso é que, 'rejeitado o pedido, não está o paciente impedido de renová-lo' (E. Magalhães Noronha. *Curso de Direito Processual Penal*. 2. ed., p. 560).

"Não havendo, portanto, coisa julgada material, na espécie, toda a matéria pode ser novamente argüida,

não só em *habeas corpus*, mas também em recurso ou revisão criminal, devendo o Tribunal *ad quem* então competente conhecê-la e decidi-la, como se tratasse de primeiro julgamento que, aliás, o é em sede de recurso ou revisão".

Em decorrência, é dado a esta Instância conhecer da matéria – incompetência do juízo – e julgá-la consoante adiante será analisado.

Em conformidade com o que se disse acima, a competência é estabelecida nos termos do art. 78, inciso II, alínea *b*, do Código de Processo Penal ("prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade"). Estabelece a lei processual penal vigente que, para se verificar a competência do foro, o primeiro critério de escolha é o do lugar da infração. É possível, no entanto, que existam dois ou mais delitos cometidos por várias pessoas em concurso, embora em diversos lugares. Neste caso, devem ser observadas as regras pertinentes à conexão (art. 76, inciso I, Código de Processo Penal).

Dessa forma, inaplicável o disposto no art. 71 do Código de Processo Penal: "Tratando-se de infração continuada ou permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção", consoante entendeu a Dra. Juíza *a quo*. Ocorre que não se trata de infração continuada, já que os diversos crimes, em tese, praticados pelos apelantes, não se inserem no conceito jurídico da continuidade delitiva prevista no art. 71 do Código de Processo Penal. Também não é a hipótese de crime permanente, pura e simplesmente. Explica-se: embora o crime de extorsão mediante seqüestro seja classificado como permanente (aquele que se protrai no tempo), na espécie, conforme relata a denúncia, foram vários crimes de extorsão mediante seqüestro, roubos circunstanciados (incisos I, II e V), formação de quadrilha (armada) e uso de documento falso. Em casos tais, como se disse alhures, incide a regra insculpida no art. 78, inciso II, alínea *b*, do Código de Processo Penal.

Também não é o caso de aplicação da regra supletiva da prevenção (alínea *c* do dispositivo citado), porquanto pressuposto indeclinável para tal seria de que o Juízo da comarca de Itajaí concorresse com os demais juízes competentes para a cognição do processo (comarcas de São Francisco do Sul e Joinville), situação que não se verifica na hipótese, pois em Itajaí não ocorreu nenhum dos crimes de maior gravidade (extorsão mediante seqüestro).

A circunstância de ter sido deferida a interceptação telefônica e pedidos de busca e apreensão, bem como a decretação da prisão provisória de vários dos réus, respeitada a posição adotada pelo Dra. Juíza *a quo*, não autoriza afirmar que este Juízo seria competente para o processamento e julgamento do feito, por prevenção. O que, repita-se, só ocorreria se igualmente fosse competente. Ademais, nenhuma interferência tem na definição da competência o fato de diversos réus residirem em Itajaí, ou de as investigações

policiais terem iniciado nessa comarca, consoante afirmado na decisão que indeferiu as exceções de incompetência. Tenha-se em conta, também, o disposto no art. 1º da Lei n. 9.296/96, que atribui competência para determinar "escuta telefônica" ao "juiz competente da ação principal", o qual, evidentemente, não é o da comarca de Itajaí.

Importa salientar, também, que a decisão transcrita nas sentenças que denegaram as exceções de incompetência (HC n. 2003.004859-6, deste relator, autos apensos), apesar de guardar alguma semelhança com os presentes autos (crimes de quadrilha e extorsão mediante seqüestro), não trata de situação idêntica. Naquela hipótese, as extorsões foram cometidas em diversos locais, sendo que todos os juízos eram igualmente competentes. Diante disso, definiu-se a competência pela prevenção. Repete-se que, nesse procedimento, o Juízo de Itajaí não era competente, uma vez que nenhuma extorsão foi praticada na área territorial daquela comarca. Por conseguinte, inaplicável a decisão colacionada.

Na decisão do *Habeas Corpus* n. 2004.004562-0, constou: "Da análise da denúncia, conclui-se que se pode dizer com segurança que apenas três dos vinte crimes de extorsão mediante seqüestro se consumaram na comarca de Joinville. A consumação da grande maioria dos delitos ocorreu em local indeterminado do litoral Norte do Estado. Por isso, a regra do art. 78, II, *b,* do Código de Processo Penal, que fixa o foro prevalente para processo e julgamento de crimes conexos no local onde ocorreu o maior número de infrações, não pode ser aplicada. O preceito não é apto a solucionar este caso, porque quase todos os crimes ocorreram em local incerto. A norma que deve incidir, portanto, só pode ser a regra supletiva da prevenção, que consta da alínea *c* do dispositivo mencionado".

Correta estaria essa conclusão se ao menos um dos crimes de extorsão mediante seqüestro tivesse ocorrido na comarca de Itajaí, o que inocorre no caso, consoante já consignado. Ainda que indefinidos os locais exatos de consumação de diversos crimes, sendo certo que pelo menos três deles ocorreram em Joinville, é esta a comarca competente para o processamento da ação penal.

Ademais, consoante se infere dos autos, em treze dos vinte delitos noticiados na denúncia, o local do cativeiro foi em Joinville, e, porque o crime do art. 159, § 1º, do Código Penal, é permanente, este local pode ser considerado também como o da consumação, além daquele em que houve inicialmente a privação da liberdade. Nesse sentido, bem salienta Guilherme de Souza Nucci: "Conceito de crime permanente: é aquele que se consuma através de uma única conduta, embora a situação antijurídica criada prolonga-se no tempo até quando queira o agente, significando, pois, a consumação estendida no tempo. Exemplo disso é o seqüestro ou cárcere privado, que priva a liberdade da vítima até quando o agente a solte. Enquanto está em poder do seqüestrador, encontra-se o delito em plena consumação. Por isso, é

possível que se estenda por vários lugares, imaginando-se a hipótese do ofendido que é colocado em vários cativeiros, até lograr alcançar a sua liberdade" (*Código de Processo Penal Comentado*. 3. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 199).

Assim, prevalece o foro do lugar em que ocorreu o maior número de infrações (art. 78, inciso II, alínea *b*, Código de Processo Penal), ou seja, a comarca de Joinville.

Diante de todo o exposto, anula-se a sentença e determina-se a remessa dos autos à comarca de Joinville, para que lá nova decisão seja prolatada, consoante o disposto no art. 567 do Código de Processo Penal: "A incompetência de juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente".

Não é o caso, entretanto, de anulação dos decretos de prisão preventiva, conforme posicionamento pacífico deste Tribunal a respeito. O mesmo fundamento é válido para o ato que deferiu a interceptação telefônica, pois também se trata de medida acautelatória, a ser encampada ou não pelo juiz competente, no momento oportuno (sentença).

Leia-se: "Não sendo o decreto de prisão preventiva um ato decisório mas tão-somente medida cautelar destinada a propiciar o bom andamento do procedimento penal, o fato de posteriormente o juiz se dar por incompetente não torna inexistente aquela providência. Caberá ao juiz tido por competente encampar ou não o decreto de prisão preventiva. Até que isso ocorra, ele se encontra em vigor, gerando todos os seus efeitos. É preciso não esquecer que a jurisdição é eminentemente nacional, aparecendo a competência apenas como forma de sua racionalização e melhor aplicação, mormente quando se cogita de competência *ratione loci*, que é sempre relativa, conforme decidido por essa egrégia Câmara: 'Competência *ratione loci*. Inobservância. Nulidade. A regra geral é de que a competência é determinada pelo lugar em que se consumar a infração penal, todavia, a sua eventual inobservância não importa em nulidade do feito. A competência *ratione loci* não é absoluta no processo penal brasileiro. A competência *ratione materiae* ou *ratione personae* é que é indeclinável' (Apelação Criminal n. 13.802, da comarca de Biguaçu, rel. Des. May Filho, Jurisprudência Catarinense, vol. 13, p. 391). Ora, se uma sentença condenatória pode ser mantida mesmo se prolatada por juiz incompetente (*ratione loci*) [isso somente se não alegada em momento oportuno, por ser nulidade relativa], maior razão que prevaleça um decreto de prisão preventiva, nas mesmas condições, até manifestação da autoridade competente, por se tratar de medida meramente provisória, mas que tem alcance social de grande vulto. Assim procedendo, se estará dando ao instituto e suas correlações uma interpretação que vem ao encontro de sua finalidade, impedindo que a norma processual se cristalize, constituindo matéria meramente formal e estanque, desvinculada das necessidades do momento, mas ao contrário,

emprestando-lhe o indispensável dinamismo" (HC n. 6.111, de Criciúma, rel. Des. May Filho, Jurisprudência Catarinense n. 25, p. 384 e 385).

Ainda: "*Habeas corpus*. Argüição de nulidade do decreto cautelar, por ter sido determinado por autoridade incompetente. Ato que, por não possuir caráter decisório, não exerce qualquer influência sobre o mérito da causa, servindo tão-somente para garantia da ordem pública, assegurar a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal. 'A teor do art. 567 do CPP, a incompetência de juízo – *ratione loci* – anula, tão-somente, os atos decisórios, entre os quais não se arrola o decreto de prisão preventiva, que não passa de mera medida cautelar provisória, facultativa, de caráter meramente processual, que se justifica, apenas, para assegurar a aplicação da lei penal, por conveniência da instrução criminal ou para garantia da ordem pública' (JC 53/369) [...]" (*Habeas Corpus* n. 2003.016416-2, Des. Jorge Mussi, j. 19-8-03). No mesmo sentido: HC n. 2005.014618-1, da Capital, 1ª Câmara Criminal, rel. Des. Subst. Carstens Köhler, julgado em 21-6-05.

Diante do exposto, anula-se a sentença e determina-se a remessa dos autos à comarca de Joinville, para que lá nova decisão seja prolatada.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques e o Exmo. Sr. Des. Subst. Carstens Köhler. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 5 de julho de 2005.

Sérgio Paladino,
Presidente;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2005.020450-0, DE CAMPO ERÊ

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Estatuto da Criança e do Adolescente. Agente condenado pela prática do crime definido no art. 244-A – "Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput *do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual". Ausência dos pressupostos para caracterização do delito. Desclassificação da conduta para a prevista no art. 218 do Código Penal. Ação penal privada. Processo anulado desde o início, ressalvado o direito de o representante legal da ofendida promover a ação penal privada, ou representar ao Ministério Público, dês que não transcorrido o prazo decadencial, já que este não teve fluência durante o período em que o representante*

legal da ofendida não teve oportunidade de se manifestar, pois em tramitação ação penal pública. Artigos 19 e 38, ambos do Código de Processo Penal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2005.020450-0, da comarca de Campo Erê, em que é apelante Pedro Giacomelli, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, desclassificar a conduta para o art. 218 do Código Penal e anular o processo desde seu início, por ilegitimidade do Ministério Público, ressalvado o direito de o representante legal da ofendida promover a ação penal privada, ou representar ao Ministério Público, dês que não transcorrido o prazo decadencial.

Custas legais.

Na comarca de Campo Erê, Pedro Giacomelli foi denunciado pela prática do crime descrito no art. 244-A da Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Relatou a peça acusatória: "Consta do auto de prisão em flagrante n. 013.03 que, no dia 26 de março de 2003, à 1h da madrugada, no bairro Mello, Campo Erê, o denunciado Pedro Giacomelli foi flagrado, pela ação da Polícia Militar, nu, em posição de cópula, praticando ou acabando de praticar ato de libidinagem com a adolescente R. B., de 14 anos de idade, também nua, auferindo dela vantagem, ou seja, explorando-a sexualmente" (fl. 2).

Na mesma oportunidade, porém em peça separada (fl. 31), o representante do Ministério Público formulou proposta de transação penal a Gérson Pécora da Silva, médico que teria se recusado a lavrar o auto de exame de conjunção carnal, praticando, em tese, o delito do art. 319 do Código Penal. Aceita a proposta (fl. 47), foi extinta a punibilidade pelo cumprimento (fl. 120).

No momento procedimental pertinente, Pedro Giacomelli foi condenado, nos termos da denúncia, à pena de quatro anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, além de dez dias-multa, no valor de um terço do salário mínimo cada um. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de dois salários mínimos. Intimados réu e defensor. Não se conformando com o decidido, apelou a defesa pretendendo a absolvição. O argumento diz respeito à ausência de provas acerca da ocorrência do crime previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, e tampouco qualquer outro, por tratar-se a vítima de pessoa já corrompida. Por fim, entende que a pena substitutiva foi dosada com rigor, pretendendo vê-la amenizada.

Contra-razões constantes às fls. 139 a 143, no sentido de ser mantido o que foi decidido. A douta Procuradoria-

Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

Tem razão a defesa quando afirma ser inexistente o crime tipificado no art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente. Leia-se: "Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual: Pena – reclusão de quatro a dez anos, e multa".

De início, tenha-se em conta o significado das expressões utilizadas pelo legislador. Submeter: "tirar a liberdade e a independência; dominar, subjugar, sujeitar". Prostituição: "atividade institucionalizada que visa ganhar dinheiro com a cobrança por atos sexuais e a exploração de prostitutas; meio de vida principal ou complementar de prostitutas e prostitutos". Exploração: "proveito obtido de maneira ilícita ou destituída de ética" (*Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1. ed. Objetiva, p. 2.226, 2.316 e 1.288, respectivamente).

Portanto, à caracterização do crime previsto no art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, não basta a prática isolada de ato libidinoso, mas indispensável que, na seqüência, exista o objetivo de mercancia, ou seja, do lucro em função da prática libidinosa com utilização de criança ou adolescente.

Ou como nos diz Wilson Donizeti Liberati:

"Objetividade jurídica: o bem jurídico protegido pelo presente tipo penal é a moralidade sexual e a formação da personalidade da criança e do adolescente. Pode-se afirmar, entretanto, que o bem jurídico protegido *lato sensu*, ou mais extensivo, é o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade da criança e do adolescente, considerados numa situação peculiar de desenvolvimento. Como lembra Luiz Régis Prado (*Curso de Direito Penal Brasileiro*, v. 3, Parte Especial, São Paulo, Ed. RT, 2001, p. 276): 'Reprime-se, assim, a conduta de o agente que não só leva a vítima a submeter-se ao grau da corrupção moral sexual que é a prostituição, como também a praticar outros atos que, apesar de não serem típicos da prostituição, fomentam o desejo lúbrico de terceiro, como o despir-se sob a forma de *strip tease*, servir bebidas usando trajes provocantes, etc. Em ambos os casos, o proxeneta obtém proveito material ou imaterial, já que o tipo de injusto traz como pressuposto a exploração sexual da criança e do adolescente. É certo que o legislador estabelece duas condutas que se consubstanciam na submissão de tais pessoas à prostituição ou à exploração. Contudo, não se pode olvidar que a *mens legis* visa justamente reprimir a prostituição infanto-juvenil que atingiu índice alarmante no Brasil, o que tem gerado, inclusive, o denominado turismo sexual'" (*Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 264 e 265).

Ou, "Comete o delito quem submete a criança ou o adolescente à ex-

ploração sexual ou à prostituição. Explorar significa tirar proveito, auferir vantagem. Pratica o crime aquele que se utiliza diretamente do corpo da criança ou do adolescente como produto de consumo, para práticas sexuais, bem como aquele que favorece, propicia, incentiva, induz, facilita ou promove a intermediação deste corpo em troca de dinheiro ou de qualquer outra vantagem" (*Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Coordenador: Munir Cury. 6. ed., rev. e atualiz. pelo novo Código Civil, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 799).

E, mais: "Aparente redundância no enunciado legal, pois, sendo a prostituição forma de entrega do corpo da mulher para uso sexual do homem mediante paga, já aí estaria englobada a exploração sexual. Entretanto, a descrição do tipo penal é o da conduta típica de alguém submeter criança ou adolescente, do sexo feminino ou masculino, em uma das duas situações previstas: prostituição, a primeira, ou exploração sexual, a segunda. Note-se, entretanto, que a dicção do novel artigo abrange como vítima do crime não somente a mulher, hipótese clássica de prostituição, como também o homem da faixa etária em referência, que seja tomado como objeto de exploração sexual sob qualquer de suas modalidades. Engloba, assim, além das hipóteses de relações heterossexuais ou homossexuais, toda forma de imposição do aproveitamento ilícito do corpo infantil ou juvenil, de qualquer sexo, como ato ilícito atentatório da integridade e da dignidade, direito humano fundamental. Absorve a norma estatutária o que o Código Penal tipifica como lenocínio nas formas favorecimento da prostituição (art. 228 e seus parágrafos), na primeira figura, e de mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227 e parágrafos) na segunda hipótese" (Tavares, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 228 e 229).

Todavia, embora não ocorrente o crime no qual foi condenado, a denúncia descreve o crime previsto no art. 218 do Código Penal, de seguinte enunciado: "Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos".

Segundo Fernando Capez, "Sujeito passivo é a pessoa maior de 14 e menor de 18 anos de idade, ainda não inteiramente corrompida. Assim, ainda que o menor esteja parcialmente corrompido, ele continua sendo vítima do crime. Não se exclui da proteção legal a menor que não seja mais virgem, que seja experiente, pois sempre há um resquício da moral sexual a ser resguardado, e, quanto mais for exposta aos atos depravadores, maior será o grau de corrupção" (*Curso de Direito Penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2005. p. 55).

De outro tanto, nos termos do art. 225 do Código Penal, trata-se de crime de ação penal privada, ou condicionada a representação do representante legal da ofendida, o que não ocorreu até o presente momento, pois nem sequer foram nominados.

Em face do exposto, desclassificando a conduta para o art. 218 do Código Penal, o processo é anulado desde seu início, por ilegitimidade do Ministério Público, ressalvado o direito de o representante legal da ofendida promover a ação penal privada, ou representar ao Ministério Público, dês que não transcorrido o prazo decadencial, já que não se sabe se aquele (representante legal da ofendida) em algum momento tomou conhecimento dos fatos. Precedente, Apelação Criminal n. 2003.011236-7, de Piçarras, j. em 7 de dezembro de 2004, em cuja ementa se lê: "Queixa-crime. Prazo decadencial. Não fluência durante o período em que o ofendido não teve oportunidade de se manifestar, pois em tramitação ação penal pública. Artigos 19 e 38, ambos do Código de Processo Penal. Interpretação teleológica. Extinção da punibilidade, pela decadência, inocorrente. O tempo despendido pelo Promotor de Justiça para exame do inquérito, e posterior conclusão acerca da privatividade da ação, não poderá ser computado para fluência do prazo decadencial. Da mesma forma, se oferecida denúncia, afinal for o processo anulado por ilegitimidade do Ministério Público, visto tratar-se de crime de alçada privada".

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Torres Marques. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 9 de agosto de 2005.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2005.015570-2, DE CAÇADOR

Relator: Des. Irineu João da Silva

Nulidade – Sentença – Ofensa ao princípio da correlação – Agentes condenados por crime menos grave, descrito na denúncia – Hipótese de emendatio *e não de* mutatio libelli *– Inocorrência.*

Tentativa de roubo impróprio circunstanciado pelo emprego de arma e concurso de agentes – Hipótese de latrocínio tentado – Agentes que, após a subtração de dinheiro e aparelho de telefone celular, disparam contra a vítima, atingindo-a em região não letal – Autoria de ambos, em comunhão de disígnios, comprovada – Recurso ministerial provido parcialmente para condenar os réus nos termos da denúncia – Apelo defensivo desprovido.

Porte ilegal de arma e disparo de arma de fogo – Ausência de prova de que a arma apreendida na residência do acusado tenha sido a utilizada no assalto ou transportada por ele em via pública dias antes, uma vez que não foi reconhecida seguramente pelos transeuntes, restando, apenas, a apreensão dentro de sua residência e no período da vacatio legis *da Lei n. 10.826/2003, situação configuradora do art. 12 do mesmo diploma legal – Absolvição mantida, mas por outro fundamento.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2005.015570-2, da comarca de Caçador (1ª Vara), em que são apelantes a Justiça Pública, por seu Promotor, e Alex Sandro Córdova e apelados a Justiça Pública, por seu Promotor, Alex Sandro Córdova e Leandro Pereira de Freitas:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos, dar provimento parcial ao do Ministério Público para condenar Alex Sandro Córdova e Leandro Pereira de Freitas como incursos nas sanções do art. 157, § 3º, segunda parte, c/c os arts. 14, inc. II, e 29, todos do Código Penal, nos termos deste acórdão, e negar provimento ao recurso de Alex Sandro Córdova.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Caçador, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Alex Sandro Córdova e Leandro Pereira de Freitas como incursos nas sanções do art. 157, § 3º, segunda parte, c/c o art. 14, inc. II, ambos do Código Penal, e arts. 14 e 15 da Lei n. 10.826/2003, na forma do art. 69 do Estatuto Repressivo, porque:

"Consta no incluso caderno indiciário que, no dia 6 de dezembro de 2004, por volta da 1 hora, os denunciados Alex Sandro Córdova e Leandro Pereira de Freitas usufruíram dos serviços de táxi da vítima Jocel Adriano Ribeiro Teles, em frente ao Posto Brasília, naquela Cidade, sendo que, quando estavam chegando ao local de destino, no Bairro dos Municípios, com o uso de arma de fogo (Auto de Exibição e Apreensão de fl. 29), anunciaram o assalto e renderam a vítima, subtraindo, para si, mediante violência e grave ameaça, um aparelho de telefone celular marca Nokia, e cerca de R$ 125,00 (cento e vinte e cinco reais), em moeda corrente (Auto de Exibição e Apreensão de fl. 7).

"Após a prática do delito, os denunciados, a fim de assegurarem a detenção da coisa, em conjunção de esforços, sem que a vítima tivesse esboçado qualquer reação, tencionando matá-la, efetuaram disparo com a arma de fogo contra ela, causando-lhe as lesões corporais descritas no Laudo de Exame de Corpo de Delito de fl. 45, e,

com a posse mansa e pacífica da *res furtiva*, evadiram-se do local.

"Portanto, os denunciados subtraíram, para si, coisa alheia móvel, mediante violência à pessoa, reduzindo sua possibilidade de resistência, sendo a violência exercida com emprego de arma e o concurso de agentes, com disparo voluntário, e instrumento de alto poder vulnerante, só não causando a morte da vítima em virtude do tiro não ter acertado órgão vital" (fls. 2 a 4).

Concluída a instrução criminal, Leandro Pereira de Freitas foi absolvido com fulcro no art. 386, inc. VI, do CPP, enquanto Alex Sandro Córdova foi condenado à pena de cumprimento de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime semi-aberto, e pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, §§ 1º e 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Inconformados, apelaram:

– o representante do Ministério Público, pugnando pela procedência total da denúncia, inclusive com a condenação de Leandro Pereira de Freitas;

– Alex Sandro Córdova, por sua vez, pleiteia o reconhecimento de julgamento *extra petita*, por ausência de correlação entre a acusação e a sentença. Ainda, a absolvição, ao argumento de insuficiência de provas e, alternativamente, a desclassificação do crime de roubo circunstanciado para o de tentativa de furto privilegiado, bem como o reconhecimento das atenuantes da primariedade e da confissão espontânea, a alteração do regime para o aberto e, caso seja mantido o semi-aberto, a consignação de que deve ser "inicial".

Após as contra-razões, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Hipólito Luiz Piazza, manifestou-se pelo conhecimento dos recursos, provendo-se tão-somente o do Ministério Público.

É o relatório.

1. Afasta-se, de plano, o pleito de reconhecimento de nulidade da sentença, por ofensa ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença, porque, não obstante a capitulação da inicial fosse de tentativa de latrocínio, o magistrado condenou o apelante Alex Sandro Córdova pela prática de crime de roubo impróprio circunstanciado, sem aditamento.

A denúncia narrou, em síntese, que os acusados, em comunhão de vontades, com o propósito de obter vantagem ilícita, mediante uso de arma de fogo, após usufruírem os serviços de táxi da vítima Jocel Adriano Ribeiro Teles, anunciaram um assalto, renderam-na e subtraíram um aparelho de telefone celular marca Nokia e certa quantidade em moeda corrente. Após, a fim de assegurarem a detenção da coisa, sem que a vítima tivesse esboçado alguma reação, efetuaram contra ela disparo com a arma de fogo, causando-lhe lesões corporais e, com a posse mansa e pacífica da *res furtiva*, fugiram do local.

Todos esses fatos permitem vislumbrar que, embora classificados na exordial acusatória como tentativa de

latrocínio, ao apelante foi imputada conduta definida como roubo impróprio circunstanciado pelo emprego de arma e concurso de agentes.

Ora, não há cogitar de julgamento *extra petita*, pois é sabido e ressabido que o réu se defende dos fatos narrados na exordial e não da capitulação dada pelo Ministério Público.

Colhe-se da lição de Julio Fabbrini Mirabete, corroborando esse entendimento:

"Deve haver uma correlação entre a sentença e o fato descrito na denúncia ou na queixa, ou seja, entre o fato imputado ao réu e o fato pelo qual é ele condenado. Esse princípio da correlação entre a imputação e a sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa e qualquer distorção, sem observância dos dispositivos legais cabíveis, acarreta a nulidade da decisão. Não pode o juiz, assim, julgar o réu por fato de que não foi acusado (*extra petita* ou *ultra petita*) ou por fato mais grave (*in pejus*), proferindo sentença que se afaste do requisitório da acusação. Também é nula a sentença quando o juiz nela não se manifesta sobre um dos ilícitos descritos na peça inaugural (decisão *citra petita*)" (Código de Processo Penal Interpretado, 7. ed., SP, Atlas, 2000, p. 831).

Como se vê, a conduta imputada na denúncia amolda-se, em tese, ainda que por errônea concepção (conforme se verá a seguir), ao tipo objetivo descrito no art. 157, § 2º, incs. I e V, do Código Penal. Logo, é admissível a incidência do art. 383 do CPP, pelo qual "o juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar a pena mais grave".

A jurisprudência desta Corte é clara:

"O acusado se defende do fato descrito na denúncia e não da respectiva capitulação. Cuida-se da *emendatio libelli*, autorizada pelo artigo 383 do CPP" (Ap. Crim n. 1999.018416-1, de São José, rel. Des. Amaral e Silva, j. 15-2-2000).

2. Afastada a preliminar suscitada por Alex Sandro Córdova, passa-se à análise do mérito para a correta classificação dos fatos, em consonância com a prova dos autos.

A vítima, Jocel Adriano Ribeiro Teles, taxista, na manhã do dia 6-12-2004, dirigiu-se até a Delegacia de Polícia da comarca de Caçador e relatou que, naquela madrugada, foi assaltada, em frente ao Bar dos Amigos, por dois homens, que levaram dinheiro e o seu celular, efetuando, ainda, um disparo de arma de fogo que lhe acertou o braço direito (fl. 7). No dia seguinte, no 3º Batalhão da Polícia Militar, afirmou que reconheceu um dos assaltantes como sendo a pessoa conhecida por "Leco", posteriormente identificado como Alex Sandro Córdova, dirigiu-se até sua casa e, "em diálogo com o cidadão, ele confirmou a participação no assalto, delatando, ainda, o segundo envolvido, que seria o autor do disparo de arma de fogo contra o taxista, posteriormente identi-

ficado como Leandro Pereira de Freitas, vulgo 'Bedi', residente na Rua Telmo Tadeu Siqueira, n. 61, proximidades da Mercearia Líder, Bairro Martelo" (fl. 10).

Prestando declarações, a vítima contou que os dois rapazes, em comunhão de vontades, com o propósito de obter vantagem ilícita, mediante uso de arma de fogo, após usufruírem dos seus serviços de táxi, anunciaram um assalto, renderam-na e subtraíram um aparelho de telefone celular marca Nokia e todo o dinheiro que tinha no bolso, cerca de R$ 125,00 (cento e vinte e cinco reais), entregando ao que estava de camiseta preta. Nessa oportunidade, "ele ainda pediu mais dinheiro, porém, falou que não tinha mais, então o rapaz pediu o aparelho de telefone celular, o que lhe foi entregue". E, "depois disso, como o rapaz que estava de preto 'mandou-o vazar', ligou o carro, mas, como estava com a marcha engatada, o veículo deu um soco e desligou, fazendo que tivesse que ligá-lo novamente. No entanto, no momento em que ligava o carro, o rapaz com a camiseta preta e que estava com a arma na mão virou-se em sua direção e desferiu um tiro, que lhe acertou o braço direito". Disse, ainda, que "reconhece um dos rapazes, o que estava de camiseta vermelha, pelo fato dele ter sido vizinho de sua avó, sabendo apenas o seu apelido, 'Leco', reconhecendo-o por fotografia como a pessoa de Alex Sandro Córdova" (fls. 15 e 16).

Na residência de Leandro Pereira de Freitas foram apreendidos 1 (um) revólver marca Taurus, 4' (quatro polegadas) de cano, cabo de borracha preta, niquelado, calibre 38, um coldre em material sintético, na cor preta, e 3 cartuchos intactos do mesmo calibre (fl. 33).

O apelante Alex Sandro Córdova, na Delegacia de Polícia, confessou a sua participação no assalto, apontando, também, a de Leandro Pereira de Freitas. Conforme contou, "no domingo, dia 5-12-2004, estava, com seu colega Leandro, que mora no Bairro Mirasol, tomando bebida alcoólica no 'Bar do Bira', no Bairro Yung, quando decidiram ir para a 'zona', no km 3,5, mas, quando lá chegaram, não entraram em qualquer das casas, pois estavam sem dinheiro". E, "por volta de 0h30min, quando estavam na entrada da rua da 'zona', viram que um veículo VW/Gol táxi passou por eles e deixou duas pessoas em uma das casas de prostituição. Nesse momento, planejaram assaltar o taxista, possuindo conhecimento de que seu companheiro Leandro estava armado com um revólver calibre 38, marca Rossi, pequeno, cor preta e, quando o viram retornar, acenaram, fazendo-o parar, perguntando quanto ele cobrava para levá-los até o Bairro dos Municípios, recebendo a resposta que era R$ 20,00 (vinte reais). No entanto, pediu-lhe se não faria por R$ 15,00 (quinze reais), sendo aceito. Então, ele e o seu companheiro entraram no veículo, sendo que Leandro no banco de trás, fingindo estar dormindo, como haviam planejado, enquanto ele foi no da frente, conversando com o motorista. Quando chegaram ao destino combinado, em frente à igreja, ele e seu colega saíram do táxi, sendo que neste momento Leandro sacou a arma

que trazia consigo e anunciou o assalto, pedindo o dinheiro do taxista, que entregou cerca de R$ 130,00 (cento e trinta reais), mais o aparelho celular". Segundo ele, antes de pegar o aparelho celular, Leandro efetuou um disparo no taxista, que ligou o veículo e saiu do local, quando, então, saíram correndo em direção ao Bairro dos Municípios. Sobre os produtos do roubo, afirmou que jogou o telefone celular na hora da fuga, pois ele tocou, dividindo a quantia em dinheiro (fls. 36 e 37).

Leandro Pereira de Freitas, por sua vez, negou sua participação no delito, afirmando que, no domingo, dia 6-12-2004, ficou em casa, porque, no dia anterior, quando estava no Rancho República, no Bairro dos Municípios, foi muito agredido a pedradas por desconhecidos. E, nesta ocasião, vestia camiseta na cor preta, com uma estampa de águia na cor branca, calça jeans preta, tênis azul escuro e boné na cabeça. E reconheceu como sua a arma de fogo apreendida em sua casa (fls. 42 e 43). As lesões foram confirmadas pelo Laudo de Exame de Corpo de Delito de fl. 47.

Na acareação, enquanto Leandro alegou que não teve nenhuma participação no roubo ao taxista, Alex ratificou, na íntegra, as declarações prestadas naquele dia (fl. 48).

Ouvida novamente, a vítima ratificou as declarações prestadas anteriormente, acrescentando que seu aparelho de telefone celular foi encontrado na manhã do dia 6-12-2004, algumas horas depois do assalto, quando sua esposa ligou para ele e uma senhora atendeu, dizendo que seu esposo, Euclides Raimundo Paz, o havia encontrado, jogado. Reconheceu por fotografia, novamente, Alex Sandro Córdova, conhecido por "Leco", como sendo o rapaz de camiseta vermelha e, "também, reconhece a de Leandro Pereira de Freitas, vulgo 'Bad' como sendo o rapaz que estava com a camiseta escura e o autor do disparo que acabou acertando-lhe o braço, apenas salienta que, no dia do assalto, ele estava usando uma touca de lã preta na cabeça, mas as características físicas são iguais" (fl. 49).

E, perante o Magistrado, disse que "reconhece os dois acusados com certeza" (fl. 113).

Constam do processo os autos de exibição e apreensão e de reconhecimento e entrega referentes ao telefone celular subtraído (fls. 11 e 14).

Em Juízo, Alex alterou a versão apresentada anteriormente, contando que quem o acompanhou, no assalto, foi uma pessoa conhecida como "Muçulmano", mas, contrariamente ao que a vítima falou, ele vestia "calça preta, camisa amarelada e uma touca preta" (fls. 89 e 90).

Leandro, por sua vez, contou história no sentido de que "encontrou o acusado Alex na noite do crime, saíram juntos até o 'Bar do Bira', aproximadamente, às 20h, onde ficaram até às 21h30min ou 22h" e cada um foi para sua casa (fl. 92). Todavia, tal versão cai por terra diante das provas colacionadas, especialmente pelas palavras da mãe de Alex, Maria Aparecida Córdo-

va, em 13-12-2004, segundo a qual, por volta das 23h do dia 5-12-2004, seu filho chegou e trocou de roupa, dizendo que iria dar umas voltas, saindo com um colega que gritou do portão. Sobre esse amigo, "notou que era um rapaz usando uma camiseta preta, tinha um machucado no rosto e usava cavanhaque, reconhecido nesta Delegacia, através de fotografias, como sendo Leandro Pereira de Freitas, vulgo 'Bad'" (fl. 52).

Nesse contexto, *data venia* dos fundamentos suscitados pelo Sentenciante, que partiu de premissa equivocada, a prova dos autos é robusta para a condenação, não havendo falar em insuficiência de provas ou dúvida em relação a ambos, mas não pelo crime capitulado na sentença. No caso, tendo ocorrido a tentativa de homicídio com o claro objetivo de garantir a posse dos bens subtraídos e a impunidade do roubo, configurado ficou o latrocínio na forma tentada, não se cogitando de roubo impróprio circunstanciado.

"Há tentativa de latrocínio quando, em seguida ao apossamento, para garantir a posse da *res*, o agente dispara tiros contra a vítima, não se consumando o evento morte por circunstâncias alheias à vontade do ladrão" (Ap. Crim. n. 2004.031937-2, de Criciúma, rel. Des. Amaral e Silva, j. 17-5-2005).

Mesmo que o disparo tenha sido efetuado por Leandro, não há dúvidas de que Alex tinha pleno conhecimento de que seu comparsa portava arma de fogo, como ele mesmo reconheceu, não consumando, contudo, o intento, porque o projétil atingiu o braço da vítima. Acaso Leandro tivesse efetuado o disparo com mais precisão, certamente o tiro teria sido fatal.

Salienta-se que os acusados estavam unidos pelo mesmo desígnio ilícito, qual seja, de qualquer forma, naquele contexto, a utilização do revólver com possibilidade do advento morte, sendo pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "o coautor que participa de roubo armado responde pelo latrocínio, ainda que o disparo tenha sido efetuado só pelo comparsa" (RTJ 98/636).

"A associação para a prática de crime em que a violência contra pessoa é parte integrante e fundamental do tipo torna todos os co-partícipes responsáveis pelo resultado mais gravoso, nada importando a circunstância de ter sido a atuação de um, durante a execução, menos intensa que a de outro" (RT 633/380).

Pelo exposto, a condenação pela prática de latrocínio tentado se impõe, afastada, por conseqüência, a desclassificação para o crime de tentativa de furto privilegiado.

3. Já no que se refere aos crimes capitulados nos arts. 14 e 15 do Estatuto do Desarmamento, falece razão ao Ministério Público.

Quanto ao primeiro, porque não há nos autos prova convincente de que a arma apreendida na casa de Leandro tenha sido utilizada no assalto de que tratam estes autos ou transportada por ele em via pública, dias antes, já que não foi reconhecida seguramente pelos

transeuntes (fls. 59 a 63 e 68 e 69), restando, apenas, a apreensão dentro de sua residência e no período da *vacatio legis* da Lei n. 10.826/2003, situação configuradora do art. 12 do mesmo Diploma Legal.

Nesse sentido, deste Relator:

"Porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei n. 10.826/03) – Afastamento – Arma apreendida dentro da residência do acusado – Configuração do crime de posse irregular de arma (art. 12 da Lei n. 10.826/03) – Prisão em flagrante durante o período de suspensão da tipicidade – *Vacatio legis* instituída pelos arts. 30 a 32 do diploma, posteriormente prorrogada pela Lei n. 10.884/04 e pela Medida Provisória n. 229, de 17-12-2004 – Conduta ainda impunível – Absolvição que se impõe – Recurso provido, parcialmente" (Ap. Crim. n. 2005.011395-5, de Chapecó, j. 7-5-2005).

De outra feita, a denúncia não descreveu corretamente a conduta do art. 15 da Lei n. 10.826/2003, imputando aos acusados a prática de disparo de arma de fogo em via pública após o roubo, e não aquela que, supostamente, Leandro teria cometido no final do mês de novembro anterior, portanto, antes dos fatos, razão pela qual, também, a absolvição por tal delito, mas por outro fundamento.

4. Mantida a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal efetuada pelo Magistrado, fixa-se a pena base de Alex Sandro Córdova em 20 (vinte) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa, considerando, tão-somente, a reprovabilidade da conduta.

As atenuantes da primariedade e da confissão espontânea foram consideradas pelo Magistrado para reduzir a reprimenda, e, como se sabe, a pena, na segunda fase, não pode ultrapassar o mínimo legal (STJ, Súmula 231), fixando-se-a, agora, em 20 (vinte) anos de reclusão e pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa.

Tendo em vista a doutrina objetiva adotada pelo CP, a redução da pena pela tentativa será feita de acordo com o *iter criminis* percorrido, ou seja, pelos atos praticados pelo agente, aliados à natureza e sede das lesões sofridas pela vítima.

Na hipótese, os agentes executaram todos os atos, restando apenas, para a consumação do delito, a morte da vítima, o que não ocorreu por circunstâncias alheias às suas vontades, pois o único disparo não atingiu região vital. Ademais, o fato de a vítima não ter sofrido lesões graves e não apresentar seqüelas não elide a prática de tentativa de latrocínio, devendo ser aplicada a fração redutora de ½ (metade), fixando-se a reprimenda, em definitivo, em 10 (dez) anos de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, desprezando-se a fração (CP, art. 11).

Sobre a personalidade e conduta social de Leandro Pereira de Freitas, por sua vez, não foram coletados dados outros que não relacionados com o crime pelo qual ora foi condenado. Maior de 21 (vinte e um) anos na data dos fatos, poderia e deveria agir dentro

da legalidade, ainda mais que, segundo suas palavras, trabalhava desde os 17 (dezessete) anos de idade, conhecendo a responsabilidade da vida social. A reprovabilidade da conduta é intensa, uma vez que assacou contra a vítima enquanto ela estava trabalhando e na calada da noite, razão pela qual se fixa a reprimenda, de acordo com o art. 59 do Código Penal, em 20 (vinte) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa.

Tendo em vista a doutrina objetiva adotada pelo CP, a redução da pena pela tentativa será feita de acordo com o *iter criminis* percorrido, ou seja, pelos atos praticados pelo agente, aliados à natureza e sede das lesões sofridas pela vítima.

Na hipótese, os agentes executaram todos os atos, restando apenas, para a consumação do delito, a morte da vítima, o que não ocorreu por circunstâncias alheias às suas vontades, pois o único disparo não atingiu região vital. Ademais, o fato de a vítima não ter sofrido lesões graves e não apresentar seqüelas não elide a prática de tentativa de latrocínio, devendo ser aplicada a fração redutora de ½ (metade), fixando-se a reprimenda, em definitivo, em 10 (dez) anos e 3 (três) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, desprezando-se a fração (CP, art. 11).

Fixa-se o regime integral fechado para o cumprimento da pena de ambos, pois o delito a que ficaram condenados – latrocínio, na sua forma tentada – encontra-se previsto no rol de crimes hediondos (Lei n. 8.072/90, arts. 1º e 2º, § 1º).

5. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos, dar provimento parcial ao do Ministério Público para condenar Alex Sandro Córdova e Leandro Pereira de Freitas como incursos nas sanções do art. 157, § 3º, segunda parte, c/c os arts. 14, inc. II, e 29, todos do Código Penal, nos termos deste acórdão, e negar provimento ao recurso de Alex Sandro Córdova.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques e o Exmo. Sr. Des. Subst. Carstens Köhler. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 23 de agosto de 2005.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2005.019685-6, DE IBIRAMA

Relator: Des. Irineu João da Silva

Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97) – Condução de veículo sob efeito de álcool (CTB, art. 306) – Delito

de mera conduta que é absorvido pelo de lesões corporais (CTB, art. 303) – Cominação afastada pela aplicação da subsidiariedade – Extinção da punibilidade pela superveniência da prescrição.

Lesões corporais graves – Imputação do dispositivo do Código Penal (CP, art. 129, § 1º, inc. I) – Cenário fático diverso do delito de trânsito – Incidência autônoma – Absolvição inviável – Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2005.019685-6, da comarca de Ibirama (1ª Vara), em que é apelante Bernardo Metzker e apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial para absolver o apelante do delito previsto no art. 306 da Lei n. 9.503/97 e decretar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, com relação ao delito previsto no art. 303 do mesmo Diploma Legal.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Ibirama (1ª Vara), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Bernardo Metzker, como incurso nas sanções do art. 303 (vítima Andréia da Silva) e art. 306, ambos da Lei n. 9.503/97, e art. 129, § 1º, inc. I, do Código Penal (vítima Luciana Steinback), porque:

"Em 4 de janeiro de 2003, por volta das 21h50min, o denunciado conduzia o veículo VW Santana, placa ABN 6059, pela Rua Marquês de Herval, naquela Cidade e Comarca, sob a influência de álcool (Laudo Pericial de fl. 48 e Teste de Alcoolemia de fl. 36), sendo que o fazia de forma perigosa e anormal, vez que, nas proximidades do estabelecimento comercial 'Construção Gluber', saiu da pista, invadindo o acostamento, vindo a atropelar as vítimas Andréia da Silva e Luciana Steinback, que ali caminhavam, sendo, assim, diante do impacto, lançadas ao solo.

"Ocorre que a vítima Luciana, após o atropelamento, permaneceu debaixo do veículo (entre os rodados dianteiro e traseiro), momento em que a senhora Tatiana Sardagna, observando a situação de perigo, gritou ao denunciado, dando conta de que havia alguém sob o automóvel VW Santana.

"Não obstante o aviso recebido, o denunciado arrancou seu veículo do local, passando por cima de Luciana Steinback, assim, assumindo o risco de lesioná-la, o que de fato ocorreu, conforme se dessome do Laudo Pericial de fl. 63, resultando em incapacidade para ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias.

"Já a vítima Andréia da Silva, diante do episódio causado pelo denunciado, sofreu lesões corporais, conforme se infere do Laudo Pericial de fl. 49.

"Avisada a Polícia Militar do acontecido, o denunciado, após ser perseguido por milicianos, foi flagrado na direção do veículo citado, próximo ao local dos fatos (cerca de 500 metros), em nítido estado de embriaguez" (fls. 2 a 4).

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente, condenando o acusado ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de reclusão e 1 (um) ano e 1 (um) mês de detenção, pagamento de 55 (cinqüenta e cinco) dias-multa e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 8 (oito) meses e 20 (vinte dias).

Inconformado, apelou, postulando a absolvição, ao argumento de que não existem provas suficientes para sustentar o edito condenatório e, alternativamente, a absorção do delito de embriaguez pelo de lesões corporais, a desclassificação do delito do art. 129, § 1º, inc. I, do Código Penal, para a modalidade prevista no art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro, a redução do período de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor e da pena, por entendê-lo exacerbado, e a aplicação do concurso formal em vez da cumulação das reprimendas.

Com as contra-razões, subiram os autos a esta superior instância, na qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Vilmar José Loef, opinou pelo conhecimento e provimento parcial do apelo para promover a absorção do crime previsto pelo art. 306 do CTB pelo art. 303 do mesmo Diploma Legal.

É o relatório.

1. Tratam os autos dos delitos de lesão corporal culposa, praticados mediante a condução de veículo automotor, sob a influência de álcool (Lei n. 9.503/97, arts. 303 e 306) e lesões corporais de natureza grave (CP, art. 129, § 1º, inc. I).

Revelam os documentos colacionados que Bernardo Metzker, na noite do dia 4 de janeiro de 2003, conduzia seu automóvel VW Santana, cor branca, placa ABN6059, pela Rua Marquês de Herval, sentido Presidente Getúlio/Ibirama, no município de Ibirama, quando, de inopino, invadiu o acostamento, danificando três sinais tipo "olho de gato", utilizados para demarcar o limite da faixa de rolamento, atropelando as jovens Andréia da Silva, de 19 anos e Luciana Steinback, de 21 anos, que caminhavam no local, no mesmo sentido do deslocamento do veículo, em companhia da amiga Tatiana Sardagna.

A guarnição da Polícia Militar foi acionada por testemunhas e, ao chegar ao local, não mais encontrou o acusado, vindo a localizá-lo cerca de 500 metros adiante, dentro do veículo, em estado de perceptível embriaguez.

Os elementos materiais dos delitos são fornecidos pelos Boletim de Acidente de Trânsito com Vítima n. 002/003, Teste de Alcoolemia, Laudo Peri-

cial de Influência de Álcool n. 01/03, Laudo Pericial n. 08/03 (Exame de Corpo de Delito em Andréia da Silva), Laudo Pericial n. 19/03 (Exame de Corpo de Delito em Luciana Steinback) e fotos do local do acidente (fls. 37 a 39, 36, 48, 49, 63 e 53 a 56).

Os documentos oficiais dão conta que o Teste de Alcoolemia acusou 0,60mg/l, o dobro do limite máximo permitido pelo art. 2º da Resolução n. 052, do Contran e no exame clínico o motorista do veículo se mostrou "desatento, com vestes desalinhadas, sonolento, loquaz, desorientado quanto ao tempo/espaço, contagem regressiva anormal, face ruborizada, hálito alcoólico, reflexo retardado, marcha titubeante, coordenação motora perturbada", comprovando evidente "influência de álcool" (fls. 36 e 48).

De igual forma, os Exames de Corpo Delito (Lesões Corporais) em Andréia e Luciana reportam lesões graves que as afastaram das ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias (fls. 49 e 63 a 65).

A responsabilidade do acusado pelos ferimentos provocados às duas vítimas é incontestável e está sobejamente demonstrada nas provas técnicas e nos depoimentos trazidos ao feito.

O policial militar Devanir Antônio Debarba, que atendeu à ocorrência, relatou, na delegacia, que, ao chegar ao local do acidente, deparou-se com duas jovens caídas no acostamento, vítimas de atropelamento recém-ocorrido, sendo informado por testemunhas que o motorista responsável havia fugido em um Santana branco, razão pela qual saiu em sua perseguição, encontrando-o cerca de 500 metros distante do local, com o carro parado sobre a pista. Acrescentou que, tão logo realizou a abordagem, percebeu o estado de embriaguez do acusado, "pois estava bastante desequilibrado do ponto de vista orgânico, ou seja, andava 'em ziguezague'" (fl. 8). Suas declarações foram reiteradas perante o Magistrado (fl. 120).

Da mesma forma, o policial civil Paulo José Mann relatou que o acusado estava "em visível estado de embriaguez, com hálito alcoólico, cambaleante, com fala arrastada" e, diante disso, encaminhou-o ao IML, onde o teste com etilômetro ("bafômetro") acusou a presença de 0,60mg de álcool por litro de sangue (fl. 7).

Em Juízo, o policial afirmou que o atropelamento se deu no acostamento, pois as marcas dos pneus eram visíveis nas "tartarugas" divisórias entre o local e a pista de rolamento, e era perceptível que "o veículo havia transitado por uma distância razoável sobre essas 'tartarugas', quando, então, o carro foi para o acostamento, onde estavam as vítimas" (fl. 97).

A testemunha Tatiana Sardagna, que acompanhava as vítimas no momento do acidente, narrou perante a autoridade policial que elas andavam lado a lado, pelo acostamento, quando, de repente, "surgiu uma luz por trás delas, ocorrendo o atropelamento", sendo que suas amigas caíram no chão. Revelou que gritava para o acusado parar o carro, pois a vítima Luciana havia ficado sob o rodado do automóvel VW Santa-

na, entre as rodas dianteiras e traseiras, porém, ele deu marcha à ré, passando novamente por cima dela (fl. 8). Na fase judicial, ratificou integralmente suas palavras (fl. 105).

A testemunha Ademir Machado revelou que passava pelo local do acidente quando viu que, diante da loja de materiais de construção "Gubler", o automóvel VW Santana "passava por cima de alguma coisa" e, aproximando-se, viu que o carro estava sobre uma pessoa caída e que uma moça gritava para o condutor, alertando-o, porém, ele arrancou, passando novamente por sobre a vítima, fugindo do local. Disse, ainda, que havia outra moça atropelada e que o carro conduzido por Bernardo estava "totalmente sobre o acostamento da direita de quem vem de Presidente Getúlio, em direção a Ibirama". Em Juízo, não acrescentou nada de relevante (fls. 51 e 104).

A vítima Andréia da Silva, quando ouvida pelo delegado de polícia, declarou que, no dia dos fatos, caminhava pelo lado de dentro do acostamento, próximo ao mato, em companhia de suas colegas Tatiana e Luciana, não se recordando de nada do que aconteceu, vindo a tomar consciência somente quando já estava sendo atendida no hospital, narrativa que repisou em Juízo (fls. 46 e 103).

Por sua vez, a vítima Luciana Steinback, na fase investigatória, relatou que caminhava entre suas colegas Andréia e Tatiana, pelo acostamento da via, quando, de repente, percebeu a luz de um carro vindo pela retaguarda e, olhando para trás, pôde ver que o veículo estava bem próximo e trafegava pelo acostamento em sua direção, sendo colhida por ele e ficando sob o rodado. Acrescentou que, mesmo estando sob o veículo, o motorista manobrava "para frente e para trás", passando por cima dela e, saindo do local, momento em que foi projetada sobre a pista, sendo que uma camionete teve que parar para não passar sobre ela (fl. 50).

Na presença do Magistrado, aduziu que, antes da colisão, chegou a escutar o barulho do freio sendo acionado, não podendo, entretanto, afirmar se o automóvel era conduzido em alta velocidade e, ainda, que, em função do atropelamento, quebrou duas costelas e o braço (fl. 101).

Em sua defesa, Bernardo Metzker alegou que o atropelamento não ocorreu no acostamento da rodovia e sim ao "ao lado da pista"; e que não passou por cima de uma das vítimas após tê-la atropelado e, ainda, que havia bebido "umas cinco cervejas numa lanchonete localizada em Apiúna" (fls. 8 a 9).

Posteriormente, falando ao Magistrado, aduziu que, quando saiu do bar de Getúlio França, onde ingeriu, aproximadamente, cinco cervejas, encaminhou-se ao Posto Scurssel, estando a uma velocidade aproximada de 40 km/h, quando, na entrada do posto, deparou-se com as vítimas tentando atravessar a pista, entendendo que tenha atropelado apenas uma e que a outra caiu por ter sido atingida pelo espelho retrovisor. Afirmou, igualmente, que não viu ninguém debaixo do carro e que se assustou com os gritos das

vítimas, saindo com o carro e parando cerca de 150 metros após, de onde chamou o Corpo de Bombeiros, acreditando que o acidente ocorreu, também, "pelo estado etílico em que se encontrava" (fl. 76).

A defesa desistiu da oitiva da única testemunha arrolada (fl. 121).

2. Quanto ao delito previsto no art. 303 da Lei n. 9.503/97:

É de se ver que a responsabilidade penal do apelante ressumbra incontestável ao longo do processado, pois todas as provas, de natureza material ou provenientes dos testemunhos, evidenciam que ele agiu de maneira imprudente ao conduzir embriagado o veículo automotor, resultando na invasão do acostamento da pista e conseqüente atropelamento das duas jovens.

Não somente os depoimentos das vítimas, como, também, da testemunha Tatiana, que presenciou o desenrolar do atropelamento, dão conta que as três moças caminhavam no acostamento, quando o automóvel conduzido pelo apelante invadiu aquela área, colhendo as ofendidas e causando ferimentos que, surpreendentemente, pelas circunstâncias do acidente, não foram ainda mais graves ou mesmo fatais.

Ainda, como prova cabal do procedimento ilícito do condutor, vê-se, no croqui elaborado pela Polícia Civil de Presidente Getúlio (fl. 39), que o veículo VW Santana, após adentrar no acostamento, freou por cerca de 8,6 metros e percorreu, ainda, outros 10, antes de colidir com as pedestres, evidenciando o ângulo descrito no sentido acostamento/pista, o que demonstra que, ao tentar retomar a pista, atingiu Andréia e Luciana, pois os vestígios de sangue localizam-se no limite divisório entre as faixas.

Por fim, o próprio apelante reconheceu, nas duas fases processuais, que cometeu o delito, buscando, no entanto, atribuir às vítimas a culpa pelo ocorrido, o que, como se viu, apresenta-se absolutamente insustentável, tendo agido com rigoroso acerto o Magistrado ao aplicar a incidência do concurso formal, levando em conta que, mediante uma só ação, o réu praticou dois crimes de lesões corporais.

3. Quanto ao delito previsto no art. 306 da Lei n. 9503/97:

Procedente a manifestação do patrono da causa, circundada pelos representantes do *Parquet ad quo e ad quem*, no sentido de que o delito de conduzir veículo automotor embriagado, sendo de mera conduta, deve ser absorvido pois, "ocorrendo homicídio culposo e lesão corporal culposa, previstos no Código de Trânsito, tem aplicação o princípio da subsidiariedade" (Ariosvaldo de Campos Pires e Sheila Jorge Selim de Sales, Crimes de Trânsito na Lei n. 9.503/97, BH: Ed. Del Rey, 1998, p. 224).

Aliás, esse tem sido o entendimento pacífico e reiterado deste Órgão Fracionário:

"Condução de veículo automotor sob a influência de álcool. Absorção deste delito, de mera conduta, pelo de lesões corporais culposas (art. 303,

parágrafo único, do Código de Trânsito). Exclusão, da sentença, da condenação pelo crime de embriaguez ao volante, com a devida adequação da pena" (Ap. Crim. n. 2004.019072-7, de Joinville, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 24-8-2004).

Assim, muito embora os laudos técnicos sejam definitivos e confirmem a embriaguez do apelante, tendo o exame de alcoolemia registrado que a taxa de concentração de álcool medida pelo aparelho bafômetro era de 0,60mg/l de ar (fl. 36), quando a lei reputa impedido de dirigir veículo o condutor que apresente 0,3mg/l de ar (arts. 165 e 276, ambos do CTB), há de se considerar que, havendo concurso com o crime material de lesões corporais culposas, fica absorvido aquele pelo resultado advindo, razão pela qual a condenação, quanto a esse ilícito, deve ser afastada.

Entretanto, em razão da reprimenda aplicada ao delito de lesões corporais culposas, na direção de veículo automotor – 7 (sete) meses de detenção – é de se ver que, entre a data do recebimento da denúncia – 24-3-2003 (fl. 67) – e a da publicação da sentença – 7-4-2005 (fl. 165) –, transcorreu lapso superior àquele assinalado pelo art. 109, inc. VI, do Código Penal (2 anos), razão pela qual o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, é medida que se impõe.

4. Quanto ao delito previsto pelo art. 129, § 1º, inc. I, do Código Penal:

Entendeu, pertinentemente, o representante do *Parquet*, assim como o nobre Magistrado de primeiro grau, que o apelante incorreu em duas condutas distintas ao provocar as lesões na vítima Luciana: uma, prevista no art. 303 do CTB, e outra, no art. 129, § 1º, inc. I, do Código Penal.

Data máxima vênia de entendimento diverso do nobre defensor, não há conglobar as condutas delitivas perante o cenário no qual se desenrolaram.

O apelante, dirigindo embriagado, invadiu a área de acostamento da rodovia e atingiu duas pessoas que lá caminhavam, derrubando-as ao solo e, mesmo diante dos apelos exaltados de Tatiana, arrancou o veículo para se evadir, passando por sobre a vítima Luciana, que estava caída sob os rodados.

É de se ter em mente, ainda, que, além do veemente apelo da testemunha Tatiana, alertando o apelante sobre a posição da amiga sob o automóvel, ele, mesmo assenhorando-se do fato, conscientemente, deu marcha ao automóvel, praticando as lesões ou, ao menos, assumindo o risco de provocá-las, sendo forçoso considerar o evento ulterior como independente do primeiro.

Assim, o que se vislumbram são situações estanques que, pelo *animus* diverso do agente, caracterizam delitos diferentes. O que se verificou, na verdade, é que a colisão com as vítimas, que causou ferimentos determinados e o subseqüente "atropelamento" de Luciana, encontram-se em contextos diversos, e, neste caso, a prática de lesões corporais, independente da condução

de veículo automotor, ficou evidente, não havendo isentar o acusado, pois agiu com motivação distinta, isto é, com dolo, mesmo que eventual, de causar outras lesões.

Portanto, não somente em razão da evidenciada imprudência com que se houve o acusado e o menosprezo que dedica à incolumidade própria e alheia, espelhado na conduta anterior e posterior ao crime, que revela a contumácia da embriaguez ao volante, mas, também, ante o reconhecimento de desígnio diverso, a absolvição pelo delito previsto no Código Penal é de todo inviável.

5. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial para absolver o apelante do delito previsto no art. 306 da Lei n. 9.503/97 e decretar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, com relação ao delito previsto no art. 303 do mesmo Diploma Legal.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques e o Des. Subst. Carstens Köhler. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 16 de agosto de 2005.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2005.020451-7, DE CANOINHAS

Relator: Des. Torres Marques

Apelação criminal – Lesões corporais graves – Pretendida absolvição com fundamento na legítima defesa – Excludente não configurada – Réu que não demonstrou estar repelindo injusta agressão e extrapolou os meios considerados moderados para tanto – Palavra da vítima aliada à prova testemunhal suficiente para manutenção do decreto condenatório.

Pedido de reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 129 do CP – Impossibilidade – Injusta provocação da vítima não configurada.

Dosimetria da pena – Pretendida fixação da pena-base no mínimo – Existência de processo anterior em que foi concedida a transação penal – Instituto que não gera efeitos penais – Fator que não pode ser considerado negativo – Circunstâncias judiciais favoráveis – Pena-base reduzida ao mínimo – Correção.

Pleito de afastamento da agravante pelo crime ter sido cometido contra velho – Vítima que à época dos fatos possuía 61 anos – Inaplicabilidade do Estatuto do Idoso, por tratar-se de lei posterior e mais gravosa – Agravante afastada – Pena adequada.

Pedido de concessão de sursis *– Acusado que preenche os requisitos legais – Benesse deferida.*

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2005.020451-7, da comarca de Canoinhas (2ª Vara), em que é apelante Eugênio César Ribeiro Collodel, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Perante o juízo da 2ª Vara da comarca de Canoinhas, o representante do Ministério Público ofertou denúncia contra Eugênio César Ribeiro Collodel, dando-o como incurso nas sanções do art. 129, § 2º, IV, do Código Penal, conforme se extrai da exordial acusatória:

"No dia 26 de janeiro de 2002, por volta da 1 hora, a vítima Basílio Portela Martins dirigia-se para casa quando, nas proximidades do asilo 'Rolando Malucelli', neste Município e Comarca, o denunciado aproximou-se da vítima no intuito de agredi-la.

"Ocorre que, após discutir com a vítima, e ameaçá-la de morte, utilizando-se de um pedaço de madeira, no qual estavam presos vários 'fios' cortantes, desferiu inúmeros golpes contra a cabeça da mesma, causando-lhe as 23 (vinte e três) lesões que resultaram deformidade permanente e aparente na face e couro cabeludo, conforme descrito nos laudos periciais de fls. 7 e 20 do presente Inquérito Policial. Os anexos fotográficos de fls. 8 a 10, do IP, demonstram a extrema violência com que a vítima foi agredida".

Finda a instrução criminal, o réu Eugênio César Ribeiro Collodel foi condenado à reprimenda de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, por cometer o disposto no art. 129, §2º, IV, do CP.

Irresignado (fl. 99), interpôs recurso alegando que agiu em legítima defesa (art. 25 do CP), pelo que pugnou pela absolvição. Sucessivamente, afirmou ter agido sob violenta emoção e após injusta provocação da vítima, requerendo fosse reconhecida a causa de diminuição prevista no art. 129, §4º, do CP.

No que tange à reprimenda aplicada, insurgiu-se contra a fixação da pena-base em *quantum* superior ao mínimo, asseverando que não há elementos que a justifiquem. Aduziu ainda que inexiste nos autos documento hábil a comprovar a idade da vítima na época dos fatos, requerendo o afastamento da agravante do art. 61, II, *h*, do CP. Ao fim, pugnou pela concessão do benefício da suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).

Contra-arrazoados (fls. 111 a 117), ascenderam os autos a esta superior instância, na qual foi ofertado parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 123 a 126), no sentido do conhecimento e parcial provimento do apelo para afastar a agravante guerreada.

II – Voto

Trata-se de recurso contra decisão que condenou o acusado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, por cometimento do crime descrito no art. 129, § 2º, IV, do Código Penal.

A materialidade ficou comprovada por meio do Boletim de Ocorrência (fl. 7), do Laudo Pericial (fls. 10 a 13) e do Laudo Pericial Complementar (fls. 23 a 25).

A autoria restou inconteste, já que o próprio acusado, em depoimento prestado em juízo, ratificando o que dissera na fase policial, assumiu a prática do ilícito, mas relatou os fatos da seguinte forma (fls. 58 e 59):

"[...] arrependeu-se muito, tanto que indenizou os danos ao Basílio, até pensou que o processo tinha acabado, como disse conheceu a vítima freqüentando bares em Canoinhas, tinham bom relacionamento, nunca discutiram, não tinham desavenças, nada, até que naquela noite encontraram-se num bar onde beberam, Basílio parecia embriagado enquanto que somente bebeu três cervejas, se sentia bem, só que sem motivo algum a vítima passou a lhe ofender, chamando-lhe de 'vagabundo, filho da puta, jaguara [...]', realmente não gostou de ser ofendido assim sem motivo, mas como o homem parecia bêbado, relevou, dizendo apenas 'ô seu Basílio tenho tanto respeito pelo senhor, nunca tivemos nada um com o outro [...]', e estendeu a mão para lhe cumprimentar, mas a vítima continuou a lhe ofender, diante disto resolveu sair do bar para evitar confusão, indo em direção da cidade, quando voltava para casa encontrou o Basílio na estrada, o qual já foi lhe ofendendo novamente, xingando, então perguntou por que motivo ele estava lhe ofendendo, lhe humilhando, já que nunca tiveram desavença nenhuma, mas a vítima não contou tempo e então lhe deu um soco no rosto, em seguida lhe empurrando e ambos caíram ao chão, sendo ainda chutado, diante desta situação e para se defender passou a mão num pedaço de pau que estava caído na estrada, desferindo algumas bordoadas no Basílio, como estava muito escuro não chegou a dar-se conta de onde atingia a vítima, percebeu apenas que uma bordoada foi na cabeça e outras nas mãos dele, mas o dito pedaço de pau não estava enrola-

do com fios cortantes como diz na denúncia, depois das bordoadas o Basílio saiu correndo gritando, entrando num bar, e ainda escutou barulho de garrafas, acredita que ele tenha caído em cima das garrafas, não vendo mais nada porque foi para sua casa e passados alguns dias apresentou-se na Delegacia junto com seu advogado, 'não tinha a intenção de agredir o Basílio apenas me defendi dele [...]'".

Todavia, compulsando os autos e analisando os dizeres da vítima e das testemunhas, tem-se que aos 25-1-2002, por volta das 19h, Basílio Portela Martins chegou à Lanchonete Tropical, de propriedade de Valdeci Soares, mesmo local onde aproximadamente às 21 horas entrou Eugênio César Ribeiro Collodel.

Segundo o proprietário do estabelecimento, Valdeci Soares, o réu já estava alcoolizado e "[...] estava perturbando e pedia para que pagassem cerveja a ele [...]" (fl. 72). Pela mesma testemunha foi dito que não houve discussão dentro daquele recinto – o que contraria as informações prestadas pelo acusado – e que em seguida Eugênio saiu do local, retornando à lanchonete por volta das 23h30min, ali ficando por mais uma hora (fls. 21 e 22).

Retira-se dos autos que, depois de sair pela segunda vez da lanchonete, o réu dirigiu-se para o seu carro, que estava estacionado nas proximidades, e lá permaneceu até Basílio sair do bar, já na madrugada do dia 26-1-2002, quando deu partida no automóvel.

Observa-se ainda dos dizeres da própria vítima que no caminho de casa foi interceptada pelo acusado, que a mandou parar e de pronto começou a agredi-la.

A vítima Basílio ratificou os dizeres de Valdeci sobre o estado etílico de Eugênio e acerca da inexistência de discussão anterior naquele estabelecimento.

Em Juízo, descreveu como se deram os golpes, afirmando que "[...] o acusado tinha em seu poder um pedaço de madeira, com pregos ou arames na extremidade; o depoente levou dois golpes na cabeça [...]" (fl. 70), ao que não conseguiu resistir, acertando apenas um soco em seu agressor.

A vítima tentou obter socorro na casa de José Padilha, situada próximo ao local da agressão, mas foi seguida e continuamente agredida por Eugênio, agressões que só findaram quando a moradora da residência em que a vítima foi pedir socorro, Luci Carneiro Padilha, acendeu a luz da casa. É o que se extrai dos dizeres do ofendido na fase policial (fl. 8), bem como da referida testemunha, que disse na delegacia que o réu estava visivelmente embriagado, o que foi por ela ratificado em Juízo (fl. 71):

"[...] estava dormindo quando ouviu batidas na janela e pedido de socorro por parte da vítima; a depoente vestiu-se e abriu a janela, vendo que o acusado batia bastante na vítima; o acusado batia na vítima com um pedaço de madeira, com pregos na extremidade, dizendo a depoente que ele 'estava matando' a vítima; a depoente abriu a janela e recorda que foi ameaçada pelo

acusado, que disse para não se meter senão ele mataria a depoente e a vítima; a depoente disse que não ia desistir e abriu a janela e acendeu a luz, sendo que o acusado disse que ia pegar uma arma e foi até o carro; a depoente já tinha chamado a PM e foi atrás do acusado, recordando que ele entrou no carro e abriu o porta-luvas, quando a viatura chegou até a esquina; nesse momento o acusado fugiu; a vítima já estava se esvaindo em sangue mas o acusado continuava a dar golpes com aquele pedaço de madeira [...]".

Após terem sido chamados a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros, a vítima foi socorrida e levada ao hospital.

Das provas amealhadas aos autos ficou cabalmente demonstrado que, muito embora não se saiba quais foram os reais motivos para a agressão, se é que existiram, ela não foi praticada em legítima defesa.

Mister se faz aludir, então, ao instituto da legítima defesa, previsto no Código Penal pátrio, em seu artigo 25:

"Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem".

Referida causa excludente de ilicitude deverá ser considerada quando houver, por parte de um, uma reação provocada pela agressão de outro, com a intenção de defender a si próprio ou a outrem. A defesa deve também estar relacionada com uma agressão injusta, contrária ao ordenamento jurídico, e atual ou iminente, ou seja, iniciada ou prestes a iniciar, consoante taxativamente cuida o dispositivo citado.

No caso em tela, nota-se que Eugênio, embora diga o contrário, agrediu Basílio, independentemente de qualquer provocação, causando-lhe as lesões estampadas no laudo pericial (fls. 10 a 13). Quem se defendeu no caso foi justamente Basílio, que desferiu um soco na face de seu agressor.

Registra-se que, mesmo que houvesse uma provocação anterior por parte da vítima, um soco, por exemplo, o meio utilizado por Eugênio para defender-se não foi moderado, o que constitui um dos requisitos para configurar a legítima defesa.

Nesse sentido, a alegação de que a agressão deu-se em razão da provocação e ofensas feitas pela vítima ao apelante não deve prosperar até mesmo porque, na seara das lesões corporais, a legítima defesa perde o seu caráter quando a provocação for pretérita, sem falar que a quem alega incumbe prová-la, o que não ocorreu no caso. Assim já decidiu este signatário:

"Lesões corporais graves – Acusado que assume a autoria alegando a ocorrência de legítima defesa – Elenco probatório que não demonstra a existência da excludente – Pretendida desclassificação para lesões corporais de natureza leve – Impossibilidade – Qualificadora do perigo de vida afastada – Manutenção da figura qualificada diante da caracterização da incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias" (Ap. Crim. n. 2003.028911-9, de Campos Novos).

Por isso, afasta-se o pleito absolutório.

Quanto ao reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 129 do Código Penal, esta incide quando o agente, imbuído de motivo de relevante valor social ou moral, sob violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima, comete o ilícito.

No caso em evidência, como já se disse anteriormente, a injusta provocação da vítima não ficou comprovada, motivo suficiente para o não-acolhimento do pedido formulado pela defesa do apelante.

Ademais, a reação movida pela violenta emoção deveria operar-se logo em seguida, o que também não ficou demonstrado. Nesse norte já decidiu esta Câmara:

"Lesão corporal grave – Perigo de vida – Prova – Autoria confessada pelo agente – Palavra da vítima corroborada por testemunhas – Legítima defesa – Agente que agride violentamente a ofendida, desferindo-lhe socos e pontapés em região letal (crânio) – Excludente não caracterizada – Inaplicabilidade do privilégio constante no parágrafo 4º do artigo 129 do Código Penal da violenta emoção – Recurso não provido.

"As palavras da vítima, bem como a existência de indícios no processo dando conta da participação do réu na ação delituosa, são elementos suficientes para sustentar a condenação pela prática do crime de lesões corporais graves.

"Se o agente agride a vítima provocando-lhe dolosamente lesões corporais, que resultaram em perigo de vida, deve responder pelo delito.

"'A reação sob estado emotivo deve operar-se imediatamente à injusta provocação do ofendido. Inocorrendo tal situação, não há acolher o benefício em favor do agente' (Ap. Crim. n. 1997.004070-9, de Capinzal, rel. Des. José Roberge, j. 18-6-1997)" (Ap. Crim. n. 2002.020695-0, de Curitibanos, rel. Des. Irineu João da Silva).

Quanto à dosimetria da pena, o apelante insurgiu-se contra a fixação da pena-base acima do mínimo legal, afirmando a ausência de circunstâncias que justifiquem o aumento.

De fato, extrai-se da sentença que na primeira fase o Magistrado *a quo* fixou a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, ou seja, 6 (seis) meses acima do mínimo.

A única circunstância judicial considerada desfavorável foi a personalidade do agente, pois teria se envolvido em situação semelhante antes, da qual resultou transação penal e posterior extinção da punibilidade.

No entanto, extrai-se da Lei n. 9.099/95 que a transação não gera qualquer efeito penal, não se podendo, pois, considerá-la como fator negativo relacionado à personalidade do agente.

Assim, não existindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixa-se a pena-base no mínimo legal, ou seja, 2 (dois) anos.

O recorrente demonstrou insatisfação também contra a incidência da agravante do art. 61, II, *h*, do Código

Penal, pelo crime ter sido cometido contra velho. Para tanto afirmou que à época dos fatos a vítima possuía mais ou menos 60 (sessenta) anos, pelo que a agravante deveria ser afastada.

Sobre a questão, necessário tecer algumas considerações.

O Código Penal, em alguns de seus artigos, opta pelo tratamento diferenciado daqueles que se encontram em posição de inferioridade por possuírem menor capacidade de defesa, motivo pelo qual considera o fato de o delito ter sido cometido contra "velho" como fator majorante da reprimenda, seja como agravante, qualificadora ou causa de aumento.

De outro lado, o mesmo diploma legal busca punir mais brandamente os ilícitos por eles cometidos, trazendo normas protetivas concernentes à condição de pessoas com idade mais avançada, dentre as quais ressalta-se o *sursis* etário e a redução do prazo prescricional pela metade.

Ao tratar das circunstâncias agravantes, o Código Penal dispõe:

"Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

[...]

"II – ter o agente cometido o crime:

[...]

"h) *contra* criança, *velho*, enfermo ou mulher grávida" (grifo nosso).

É suficiente uma atenta leitura do dispositivo citado para concluir-se que a agravante decorrente de o crime ter sido cometido contra velho consiste numa norma penal em branco, necessitando de outra para integrá-la, porquanto não traz a idade a partir da qual uma pessoa pode ser considerada "velha".

Não obstante, em outros artigos do Estatuto Repressivo o legislador optou por referir-se à matéria diferentemente, embora com o mesmo propósito, e mencionou expressamente a idade de 70 (setenta) anos como patamar para a repressão daqueles delitos cometidos contra pessoas de mais adiantada idade ou como forma de favorecê-las.

Diante disso, a jurisprudência vinha entendendo que a idade de 70 (setenta) anos deveria ser estendida àquelas hipóteses em que o Código silenciou a respeito do que se consideraria "velho".

A Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, que instituiu o Estatuto do Idoso, regulamentou a matéria ao preceituar, em seu art. 1º, que é destinada a regular os direitos assegurados às pessoas com idade superior a 60 (sessenta) anos, consideradas idosas.

Assim dispondo, complementou aquelas normas em branco existentes no Código Penal relativas à matéria, e inovou ao trazer um critério legal para a distinção dos idosos, quando até hoje se aplicava um critério de cunho biológico.

A respeito, bem leciona Wiliam Wanderlei Jorge:

"[...] Pode-se sustentar, pois, que, com o advento da lei que institui o Estatuto do Idoso, passamos a ter um critério não mais biológico para determinar maior apenação quando a vítima se encontra em certa faixa etária avançada, mas um critério legal pela vez primeira em nossa legislação penal comum e especial. E mais, estabeleceu o referido Estatuto que é também idoso o que tem 60 anos completos, não, apenas, o que tem mais dessa idade, gozando de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata a lei especial, bem como tornando obrigatório ao Poder Público lhe assegurar a efetivação do direito de liberdade" (disponível no endereço eletrônico http://conjur.estadao.com.br/static/text/22830,1, acesso 9-9-2005, *in* Revista Consultor Jurídico, p. 6-4-2004).

Extrai-se da doutrina de Cezar Roberto Bitencourt:

"[...] O Estatuto do Idoso mudou a redação deste dispositivo, substituindo a expressão 'velho' por 'maior de 60 (sessenta) anos'. Pela redação anterior era considerada como tal quem, com idade inferior, se apresentasse não impedida que se considerasse como tal quem, com idade inferior, se apresentasse combalido, enfraquecido ou precocemente envelhecido. Com a nova redação essa interpretação mais liberal será inadmissível, ante a impossibilidade de dar-se interpretação extensiva a normas penais repressivas [...]" (*Código Penal Comentado*. Ed. Saraiva. 2. ed., 2004, p. 224).

Disso conclui-se que com o advento da referida Lei o legislador pretendeu extirpar do meio jurídico a expressão *velho*, substituindo-a por idoso, e que sejam consideradas como tais aquelas pessoas com idade superior a 60 (sessenta) anos, preenchendo as lacunas existentes no Código Penal a respeito.

Na hipótese em tela, conforme se infere do boletim de ocorrência de fl. 61, quando cometidos os fatos narrados na denúncia – 26-1-2002 – a vítima contava com 61 (sessenta e um) anos de idade, ocasião em que não vigorava a Lei n. 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

A Lei em questão é, portanto, posterior aos fatos descritos na exordial acusatória e traz disposição mais gravosa ao réu ao reduzir a idade que vinha sendo aplicada por entendimento jurisprudencial para a caracterização da agravante do art. 61, II, *h*, do CP, de 70 para 60 anos, o que teria o condão de fazer incidir no caso em tela a respectiva majorante.

Assim, inaplicável ao caso, por tratar-se de lei penal posterior mais gravosa, o que é vedado consoante o princípio constitucional descrito no art. 5º, XL, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual a lei penal só retroagirá para beneficiar o réu.

Afasta-se, então, o reconhecimento da referida agravante.

Ainda na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP) que foi reconhecida na sentença, deixa-se de aplicá-la diante da vedação de a reprimenda ser reduzida, na segunda etapa, abaixo do mínimo legal.

Por fim, na terceira fase da aplicação da pena, ante a ausência de causas de aumento ou de diminuição, fixa-se a pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão, mantido o regime aberto para o seu cumprimento.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto o crime, embora tenha sido punido com pena inferior a 4 (quatro) anos, foi cometido com emprego de violência contra a vítima, o que inviabiliza a substituição, conforme dispõe o art. 44, I, do Código Penal.

Por fim, cumpre analisar a possibilidade de concessão do benefício do *sursis*, também objeto do apelo interposto.

Considerando que a pena privativa de liberdade não é superior a dois anos de reclusão, as certidões de fls. 30 a 32 indicam que o apelante não é reincidente em crime doloso e as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, por preencher os requisitos do art. 77 do Código Penal, concede-se ao acusado o benefício da suspensão condicional da pena, pelo prazo de 2 (dois) anos, mediante a observância das seguintes condições: a) prestar serviços à comunidade durante o primeiro ano do período de prova, por oito horas semanais (art. 78, § 1°, do CP); b) apresentar-se de seis em seis meses no cartório, prestando as informações de estilo; c) em caso de mudança de endereço, comunicar ao juízo da comarca, imediatamente (art. 79 do CP).

Posto isso, mantém-se a condenação, dando-se provimento ao recurso apenas para adequar a reprimenda imposta.

III – Decisão

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao apelo.

Presidiu e sessão e participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, e também participou, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Subst. Carstens Köhler. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 16 de agosto de 2005.

Sérgio Paladino,
Presidente, para o acórdão;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2005.022397-1, DE SEARA

Relator: Des. Substituto Carstens Köhler

Crime ambiental – Poluição em curso d'água causada por dejetos de suínos – Alta periculosidade para a saúde humana, a flora e a fauna locais (art. 54, § 2º, inciso V, da Lei n. 9.605/98) – Dolo evidenciado – Materialidade e autoria sobe-

jamente demonstradas – Absolvição inviável – Impossibilidade de desclassificação para a modalidade culposa – Manutenção da reprimenda aplicada.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2005.022397-1, da comarca de Seara, em que é apelante Anirton Brusamarello e apelado o Ministério Público, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

A representante do Ministério Público oficiante na comarca de Seara ofereceu denúncia contra Anirton Brusamarello, dando-o como incurso na sanção do art. 54, § 2º, inciso V, da Lei n. 9.605/98, pelos seguintes fatos descritos na proemial acusatória:

"No dia 17 de janeiro de 2002, em horário que a instrução criminal irá esclarecer, Fiscais do Serviço de Vigilância Sanitária do município de Seara deslocaram-se até a propriedade do denunciado Anirton Brusamarello, localizada em Linha Treze de Maio, com o intuito de averiguar uma denúncia anônima dando conta da ocorrência de delito ambiental naquela localidade.

"Ao procederem a uma vistoria na propriedade do denunciado constataram a existência de mangueiras instaladas nas esterqueiras ali existentes, por onde os dejetos de suínos escoavam diretamente para o interior de uma vala que desaguava no leito de um córrego que passa no interior da propriedade do denunciado.

"Ressalte-se que nesta mesma oportunidade foi constatada pela Fiscal que extraiu o auto de infração de fl. 20 a probabilidade de poluição hídrica e, conseqüentemente, ocorrência de sérios danos à saúde humana e animal, em virtude da alta contaminação por organismos fecais.

"Posteriormente, policiais militares procederam a uma vistoria na mesma propriedade e constataram a ocorrência do despejo de dejetos de suínos, que haviam ocorrido conforme os fatos acima descritos e que foram apontados no Auto de Infração n. 0027, emitido pelos Fiscais de Vigilância deste Município" (fls. 2 e 3).

Regularmente processado o feito, o Magistrado julgou procedente a denúncia, condenando Anirton Brusamarello à pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, substituída pela pena alternativa de prestação pecuniária consistente no pagamento de 10 (dez) salários mínimos a entidade pública ou privada com fim social (fls. 90 a 93), ressalvando que, no caso de

descumprimento, no prazo de 10 (dez) dias, a reprimenda seria reconvertida na pena corporal no *quantum* e forma antes indicados (art. 44, § 4º, do CP).

Irresignado, apelou Anirton Brusamarello (fls. 101 a 107), alegando, em síntese, que: a) os elementos dos autos não corroboram os fatos narrados na denúncia; b) inocorreu o previsto no art. 54 da Lei n. 9.605/98; c) se de fato houve o lançamento de dejetos, não foi intencional; d) os depoimentos das testemunhas são contraditórios.

Requer, ao final, sua absolvição e pugna, alternativamente, pelo reconhecimento do crime culposo, previsto no art. 54, § 1º, da Lei Ambiental, porquanto não há sequer indícios de que a conduta narrada na exordial acusatória tenha sido dolosa.

Pleiteia ainda a redução da pena restritiva aplicada para o menor valor previsto no art. 12 da Lei n. 9.605/98, ou seja, 1 (um) salário mínimo, uma vez que não foi fixada de acordo com o inciso III do art. 6º do mesmo diploma legal, porquanto é parceiro produtor de uma agroindústria e tem seu rendimento bem abaixo do necessário para a sua sobrevivência.

Com as contra-razões (fls. 108 a 113), os autos ascenderam a este grau de jurisdição e foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que, em parecer lavrado pelo Dr. Paulo Antônio Günther, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 117 a 120).

II – Voto

Inicialmente importa ressaltar que o tipo penal do art. 54, § 2º, inciso V, da Lei n. 9.605/98, está plenamente configurado com a conduta praticada pelo irresignado – o lançamento de dejetos suínos no córrego que atravessa sua propriedade.

Isso porque o mencionado dispositivo da Lei dos Crimes Ambientais prescreve que comete essa espécie de ilícito quem:

"Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

[...]

"§ 2º Se o crime:

[...]

"V – ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

"Pena – reclusão, de um a cinco anos".

Encontram-se indubitavelmente demonstradas a autoria e a materialidade do crime pela Notícia de Infração Ambiental de fls. 5 a 7, Boletim de Ocorrência de fl. 8, datado de 6-3-02, Auto de Infração da Vigilância Sanitária de fl. 23, Auto de Intimação da Vigilância Sanitária de fl. 24, Relatório da Polícia Ambiental de fls. 25 a 27 e de-

poimentos das testemunhas, além das declarações do próprio recorrente, que admite ter ocorrido o incidente na sua propriedade (fls. 11 e 12 e 41), embora negue ter praticado tal conduta dolosamente.

A fiscal da Vigilância Sanitária Clerice Brandeleiro Aver informou perante a Polícia Ambiental que:

"No dia 17 de janeiro de 2002, recebeu denúncia anônima dando conta que na propriedade do Sr. Avelino e Amirton Brusamarelo *[sic]*, estava *[sic]* despejo de dejetos suínos no curso d'água. A declarante deslocou *[sic]* ao local juntamente com sua colega Daniela para averiguar a veracidade dos fatos.

"Após vistoria foi confirmado o despejo de dejetos através de mangueiras da esterqueira próximo *[sic]* ao rio, sendo que os dejetos atingiram o mesmo.

"Perguntado *[sic]* a que distância fica as instalações até o curso d'água, respondeu que aproximadamente 100 metros; se o Sr. Brusamarelo *[sic]* possui Licença Ambiental de Operação (LAO) respondeu que não tem conhecimento; quais as providências tomadas pelas fiscais sanitarista *[sic],* respondeu que foi orientado o empregado que seria procedido *[sic]* a autuação do proprietário e determinado *[sic]* a retirada imediata da mangueira" (fl. 13 e 14).

Em Juízo, Clerice reiterou seu depoimento da fase extrajudicial, aditando algumas informações:

"A depoente trabalhava como fiscal da Vigilância Sanitária deste município e recebeu denúncia anônima via telefone de que estava ocorrendo despejo de dejetos suínos em um curso d'água na propriedade do réu; para lá se dirigiu o motorista da vigilância e de fato pode *[sic]* constatar *in loco* que de dentro da esterqueira saía uma mangueira que estava lançando dejetos de suínos em um córrego uns 10 metros mais para baixo; mais adiante este córrego se juntava com outros e formava um córrego maior; apesar de ser época de seca havia água neste córrego que passava próximo da esterqueira; saíam de fato dejetos da mangueira até o córrego; na ocasião comunicou ao empregado do réu que cessasse o despejo, o que aconteceu, acreditando que grande parte dos dejetos da esterqueira já haviam sido lançados; lavrou auto e encaminhou ao réu e à polícia ambiental. Resposta às perguntas do Ministério Público: esteve em duas ocasiões na propriedade do réu, na primeira, referente aos fatos relatados e na segunda, dias depois, acompanhada de um policial ambiental, constatou também que os despejos continuavam sendo lançados; foram lavrados autos nas duas ocasiões; quando retornou na propriedade pela segunda vez constatou que a mangueira havia sido recolocada na esterqueira. Resposta às perguntas do defensor: nas duas ocasiões a mangueira estava na mesma esterqueira; não havia outra esterqueira para baixo desta; na segunda vez não viu até onde a mangueira ia" (fl. 66).

A fiscal Daniela Gaspardo Folquito, por sua vez, asseverou quando inquirida judicialmente:

"Que na época dos fatos atuava como fiscal do Serviço de Vigilância Sanitária de Seara -- SC, tendo deslocado-se em diversas propriedades, a fim de averiguar denúncias relacionadas à *[sic]* delitos ambientais; que recorda-se vagamente do caso em exame, até em função do tempo decorrido, mas pode afirmar que se, de fato, consta da denúncia e foi arrolada pelo Ministério Público, realmente esteve no local e verificou a ocorrência de delito ambiental, relacionado a dejetos de suínos que escoavam por vala e desaguavam no leito de um córrego que passava pela propriedade averiguada; que nos casos em que verificava o delito ambiental, lavrava auto de infração [...]" (fl. 72).

Reforçando tais depoimentos, consta do Boletim da Notícia de Infração Ambiental (fl. 6), lavrado quando realizada a fiscalização em 6-3-02, pelos milicianos Valdemir Michelon e Claudemir Padilha dos Santos – quase dois meses empós a visita da Vigilância Sanitária –, que a ocorrência "tratava-se de vazamento de dejeto de suínos da esterqueira para o interior de uma vala que deságua no leito de córrego sem nome definido e que passa pelo interior da propriedade", informando que era importante salientar "que o Sr. Anirton Brusamarello já fora autuado por prática de crime contra o meio ambiente conforme Boletim de Ocorrência Ambiental n. 12889 B, datado em 4-6-01, onde foi confeccionado Notícia de Infração Penal Ambiental (NIPA) n. 00052/8º Pel/2001".

Já o Relatório da Polícia Ambiental de fls. 25 a 27 concluiu pela existência de crime ambiental praticado na propriedade do réu.

Saliente-se que, no caso dos autos, é prescindível a elaboração de laudo pericial para que se possa aferir as conseqüências desastrosas da conduta do apelante causadas à flora e fauna locais, uma vez que até mesmo vê-se a olho nu, pelas fotografias carreadas aos autos (fls. 16 a 20), a degradação causada ao meio ambiente. Ademais, esse tipo de delito estaria configurado ainda que não houvesse ocorrido nenhum dano, sendo a tipicidade satisfeita apenas com a mera possibilidade da ocorrência deste.

Acerca do assunto já decidiu este Areópago Estadual:

"Crime contra o meio ambiente (art. 54, § 2º, inc. V, da Lei n. 9.605/98) – Preliminares rejeitadas – Materialidade e autoria comprovadas – Crime formal e de perigo – Desnecessidade da ocorrência efetiva do dano – Denúncia julgada procedente".

Extrai-se, ainda, do corpo do v. acórdão:

"[...] o crime previsto no art. 54, § 2º, inc. V, da Lei n. 9.605/98, é de perigo, bastando, para a sua configuração, a simples demonstração da potencialidade de dano.

"[...] Isto significa que não é necessário para a sua tipificação que o dano ambiental venha efetivamente a sobrevir, não se exige a produção do resultado, tendo em vista, aliás, que o *caput* do artigo dispõe 'que resultem ou possam resultar em danos'" (Processo

Crime n. 2003.030346-4, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. 15-3-05).

Portanto, mesmo que o dano efetivo não possa hoje ser constatado, a prática do delito consumou-se com a exposição dos resíduos poluidores no córrego, sendo que a ocorrência do dano seria apenas o exaurimento do crime.

De outro lado, a alegação do apelante, de que em vistoria posterior os Agentes da Polícia Ambiental não constataram as irregularidades relatadas pelas Fiscais da Vigilância Sanitária, também não afasta a ocorrência do delito ambiental.

Primeiramente, causam estranheza os depoimentos de fls. 15 e 62, do policial Valdemir Michelon, e de fl. 63, do miliciano Claudemir Padilha dos Santos.

Isso porque empós lavrarem a Notícia de Infração Ambiental de fls. 5 e 6, dando conta da existência de irregularidades na fazenda do increpado, afirmaram que quando realizaram vistoria naquele local não encontraram nenhuma ilicitude, numa clara tentativa de atenuar a responsabilidade do apelante.

Ademais, ainda que na época da vistoria policial nada de irregular houvesse sido constatado na fazenda do irresignado, ressalte-se que os Policiais somente foram até aquela propriedade dois meses após a lavratura do auto de infração ambiental, tempo suficiente para que o recorrente regularizasse o lançamento de dejetos dos suínos, adequando a mangueira que saía da esterqueira em direção ao córrego que corta seu terreno, fato que não desconstitui o crime ambiental já praticado, comprovado irrefutavelmente por agentes do órgão público responsável.

Também imerece prosperar a assertiva do irresignado de que tal fato deu-se culposamente. Isso porque não é crível a versão de que uma pessoa, da qual ele não sabe nem declinar o nome, teria desconectado propositalmente a mangueira que saía da esterqueira e ia até o córrego que corta seu terreno, porquanto, como acertadamente ressaltou o Sentenciante (fl. 91), o increpado não fez prova da mencionada alegação como deveria. Outrossim, sendo o proprietário da fazenda em que ocorreu a infração ambiental, era, a princípio, o responsável pela ocorrência do fato, fazendo-se necessário que exiba provas convincentes da sua inocência e responsabilidade de outrem, cabendo-lhe neste caso o ônus da prova, do qual não se desincumbiu – art. 156 do CPP.

Da mesma forma não pode persistir a alegação de que o inconformado é inocente porque não se encontrava na fazenda no dia da visita da Vigilância Sanitária, estando lá apenas seu empregado, pois, ainda que esse funcionário pudesse ser também indiciado, o que não ocorreu, o réu era a pessoa diretamente responsável pela adequação da sua criação de suínos com as leis e demais diretrizes ambientais.

E o argumento do apelante de que possuía a LAO – Licença Ambiental de Operação – fornecida pela Fatma (fl. 105), estando assim sua fazenda regularizada e isenta de fiscalização, é

fato que não lhe dá o direito de descumprir as normas e requisitos exigidos para a atividade, sendo que essa circunstância era aspecto que até mesmo lhe agravaria a pena, nos termos do art. 15, inciso II, *o,* da Lei n. 9.605/98, o que contudo não se levará em conta neste momento, pois caso contrário resultaria em *reformatio in pejus.*

Nesse sentido:

"Crime ambiental (Lei n. 9.605/98) – Poluição em curso d'água causada por dejetos suínos, de alto poder degradante (art. 54 da Lei do Meio Ambiente) – Dolo estampado na transgressão quanto às exigências da licença ambiental – Modalidade culposa afastada – Absolvição inviável – Prestação pecuniária que extrapola, sem subsídio nos autos, o patamar mínimo previsto na lei – Pena de multa reduzida, de ofício, ao mínimo legal – Recurso parcialmente provido" (Apelação Criminal n. 2004.010329-8, rel. Des. Irineu João da Silva, j. 19-6-04).

Por fim, no que tange à aplicação da pena, igualmente não assiste razão ao acoimado, pois, embora seja primário, como alega, possui conduta social inadequada, porquanto se encontra cumprindo suspensão condicional do processo justamente por infração ambiental anterior (fl. 29).

Contudo, destaque-se que o Magistrado *a quo* desconsiderou tal condição na fixação da reprimenda, irrogando a pena no seu mínimo legal, ou seja, 1 (um) ano, substituindo-a pela restritiva pecuniária, nos termos do art. 7º da Lei n. 9.605/98, no valor de 10 (dez) salários mínimos, justificando esse patamar em virtude da razoável capacidade econômico-financeira do réu, criador de 1.200 (mil e duzentos) suínos – fl. 92.

Assim, deve ser mantida a reprimenda aplicada, salientando que os pleitos atinentes à incapacidade financeira para o pagamento de prestação pecuniária e custas processuais devem ser deduzidos no juízo de execução, ao qual é afeta a matéria, como já entendeu esta Corte de Justiça: "[...] Multa. Pretendida isenção em razão da precária situação financeira do condenado. Matéria a ser deslindada quando da execução da sentença. Pedido afastado" (Apelação Criminal n. 2003.003356-4, Des. Maurílio Moreira Leite, j. 29-3-03).

III – Decisão

Diante do exposto, por unanimidade, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 23 de agosto de 2005.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente, com voto;
Carstens Köhler,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2005.025025-3, DE CAMPO ERÊ

Relator: Des. Substituto Carstens Köhler

Apelação criminal – Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos – Prestação pecuniária aplicada em valor muito superior ao prejuízo suportado pela vítima – Minoração da reprimenda substitutiva em razão de diversos parâmetros que devem servir de balizamento ao magistrado no estabelecimento do quantum *necessário para a reprovação e prevenção do delito.*

"Cabe ao juiz descobrir, em cada caso concreto, um valor que seja 'suficiente' para a prevenção (e reprovação) do delito. Levará em conta a situação econômica do acusado, até porque ela é inclusive critério componente da medida da culpabilidade. Sempre que tenha havido prejuízo para uma vítima concreta é também relevante saber, ainda que superficialmente, a extensão desses danos (o juiz deferirá a substituição tendo em conta inclusive as circunstâncias do fato)" (Luiz Flávio Gomes).

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2005.025025-3, da comarca de Campo Erê, em que é apelante Riolando Ribeiro e apelado o Ministério Público, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso para reduzir o *quantum* da prestação pecuniária.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

O representante do Ministério Público oficiante na comarca de Campo Erê ofereceu denúncia contra Riolando Ribeiro, dando-o como incurso nas sanções do art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, pelos seguintes fatos assim descritos na proemial acusatória (fl. 2):

"Consta do Inquérito Policial n. 013.02.000769-0 que, no dia 30 de janeiro de 2002, em horário bancário, no Banco do Brasil S.A., agência de Campo Erê, o denunciado Riolando Ribeiro, na qualidade de presidente da Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais – Apae, após obter as assinaturas necessárias, alegando necessidade de investimentos, sacou e se apo-

derou de R$ 2.320,00 (dois mil, trezentos e vinte reais), da conta-poupança existente em nome da Apae, fazendo uso próprio desses valores, de que tinha a posse ou detenção, como se seu fosse, não os restituindo à Apae, recebendo-os em razão de sua condição de presidente da instituição".

Regularmente processado o feito, o Magistrado julgou procedente a denúncia (fls. 201 a 207), condenando Riolando Ribeiro à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, inicialmente em regime aberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, cada qual à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pelo cometimento do crime previsto no art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, sendo uma de prestação de serviços à comunidade, e outra de prestação pecuniária, consistente na doação à ofendida do valor equivalente a 1 (um) salário mínimo vigente à época de cada pagamento, durante cada um dos 16 (dezesseis) meses de condenação.

Irresignado com parte da prestação jurisdicional entregue, apelou o réu às fls. 212 a 214, requerendo exclusivamente a minoração do valor da prestação pecuniária, sob o argumento de que fixado em patamar duas vezes superior ao prejuízo acarretado à vítima.

Com as contra-razões (fls. 217 a 219), ascenderam os autos a este grau de jurisdição e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Doutor Anselmo Agostinho da Silva, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 224 e 225).

II – Voto

Insurge-se o inconformado, exclusivamente, em relação ao valor da prestação pecuniária, defendendo que a quantia fixada é exacerbada, uma vez que é duas vezes superior ao prejuízo acarretado à vítima, argumentando ainda que "tem bons antecedentes e que nunca teve qualquer condenação penal em seus 65 anos de vida" (fl. 214).

Razão lhe assiste.

Com efeito, certo é que a prestação pecuniária, introduzida pela Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998, possuiu natureza penal, embora haja entendimento de que essa reprimenda, assim como a de perda de bens e valores, nada tem a ver com essa espécie de sanção punitiva, podendo ser perigosamente confundida com a responsabilidade civil *ex delicto.*

Segundo a lição de Guilherme de Souza Nucci, a prestação pecuniária "trata-se de sanção penal, restritiva de direitos, embora podendo ter conotação de antecipação de indenização civil" (*Código Penal Comentado*, 3. ed., Revista dos Tribunais, 2003, p. 227).

O ilustre magistrado catarinense Jorge Henrique Schaefer Martins, em sua obra intitulada "Penas Alternativas", traz importantes apontamentos sobre esse tema:

"Constitui-se em forma de punição que mais se aproxima do sentido

retributivo existente entre a pena e o mal praticado.

"O agente, vendo-se compelido a contribuir pecuniariamente, ou mesmo com a entrega de algum tipo de produto a uma entidade, pode verificar pessoalmente a vantagem que advirá da execução de sua obrigação. Sentir-se-á, de outra parte, não mais estigmatizado, mas tendo consciência de seu erro, vendo que as portas da sociedade a ele não se fecharam.

"Pode igualmente vir a prestar serviços, trocando eventual quantia em dinheiro por atividade desempenhada, alcançando-se dessa forma, do mesmo modo, a satisfação dos interesses da vítima ou dependentes, como da própria sociedade, quando isso atingir as entidades públicas ou privadas" (Editora Juruá, 1999, p. 134 e 135).

Incontroverso também é o fato de que o valor pago a título de prestação pecuniária, que é uma das modalidades das penas restritivas de direitos, será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários – art. 45, § 1º, *in fine*, do CP –, o que significa dizer que a vítima ou seus dependentes podem, ainda que recebam os valores objeto da pena substitutiva, ingressar no juízo cível buscando receber a totalidade dos prejuízos causados pelo agente causador do dano.

Iniludível, da mesma forma, é que, por expressa disposição legal, o valor da prestação pecuniária será fixado pelo magistrado entre 1 (um) e 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.

No entanto, questão importante e que não poderia deixar de ser consignada é a referente aos parâmetros que devem servir de balizamento pelos julgadores para a fixação, dentro dos limites legais, da prestação pecuniária.

Consoante se extrai das lições de Celso Delmanto, duas são as correntes existentes quanto a este tema: "a. deve ser suficiente para a prevenção e reprovação do delito, levando-se em consideração a situação econômica do condenado e a extensão dos danos sofridos pela vítima (Luiz Flávio Gomes, *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, Ed. RT, 1999, p. 132); b. deve ser considerado o valor do prejuízo da vítima, em face da natureza reparatória da prestação pecuniária (Damásio de Jesus, ob. cit., p. 139)" (*in Código Penal Comentado*, 5. ed., Renovar, 2000, p. 86).

Para o doutrinador, a primeira posição é a mais acertada, o que também é corroborado por outros autores, como o próprio Luiz Flávio Gomes, citado por aquele, que esclarece de forma minudente os critérios para a fixação da prestação pecuniária:

"Cuidando-se de pena, embora alternativa, não há como fugir do básico princípio de que cada um deve ser punido na medida da sua culpabilidade. Na lei não se prevê nenhuma equivalência entre o *quantum* da pena de prisão imposta e a quantia da prestação pecuniária. É certo todavia que o valor que o juiz fixa conforme sua prudência pode não refletir a real extensão dos danos ocorridos contra alguma vítima concreta. Por isso é que a via civil

fica sempre aberta, como veremos adiante.

"*Cabe ao juiz descobrir, em cada caso concreto, um valor que seja 'suficiente' para a prevenção (e reprovação) do delito. Levará em conta a situação econômica do acusado, até porque ela é inclusive critério componente da medida da culpabilidade. Sempre que tenha havido prejuízo para uma vítima concreta é também relevante saber, ainda que superficialmente, a extensão desses danos (o juiz deferirá a substituição tendo em conta inclusive as circunstâncias do fato)"* (grifou-se) *(Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, Revista dos Tribunais, 1999, p. 131 e 132).

Na mesma linha de raciocínio, cita-se novamente o eminente doutrinador Jorge Henrique Schaefer Martins, que, sobre o assunto, acrescenta:

"A fixação em quantia certa – o salário mínimo é o valor conhecido, cuja atualização decorre de lei – torna desnecessária a quantificação individual, pois que o Juiz a determinará, atendendo aos preceitos que orientaram a concretização da pena privativa de liberdade substituída.

"Não se pode olvidar, por outro lado, do texto do *caput* do art. 60, também do diploma penal, que orienta o julgador na aferição do *quantum*, levando em consideração a situação econômico-financeira do acusado, cotejo que deverá ser realizado" (obra citada, p. 133).

Como se observa, diversas são as diretrizes que devem ser levadas em consideração na fixação da pena substitutiva de prestação pecuniária, dentre as quais se destacam o prejuízo da parte ofendida, a capacidade econômica do acusado de adimplir com a pena aplicada, além dos aspectos da prevenção e reprovação do delito.

No caso sob análise, a imposição da totalidade de 16 (dezesseis) salários mínimos – 1 (um) salário mínimo em substituição para cada mês de pena privativa de liberdade – afigura-se uma quantia um tanto quanto elevada, diante das peculiaridades que revestem a hipótese concreta.

Isso porque, embora haja nos autos indícios de que o réu possui condições financeiras de arcar com o pagamento da prestação pecuniária – na Delegacia de Polícia afirmou ser comerciante (fl. 37) e, em Juízo, publicitário (fl. 118) –, a quantia indevidamente apropriada por ele foi de R$ 2.320,00 (dois mil, trezentos e vinte reais), o que correspondia na época dos fatos a 12,8 salários mínimos.

Assim, levando-se em conta o prejuízo suportado pela Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais – Apae, a qual, apesar das inúmeras e infundadas promessas de ressarcimento feitas pelo acusado, ainda não teve o dano sofrido reparado – o que é uma lástima diante de tão importante papel social que essa Associação desempenha em prol das pessoas portadoras de necessidades especiais –, fixa-se a prestação pecuniária na quantidade de salários mínimos apoderada, desprezada a fração, totalizando, assim, 12 remunerações nesse parâmetro, quantia esta que se afigura razoável para a pre-

venção e reprovação da infração, podendo ser paga de forma parcelada, consoante entendeu o nobre Julgador. Acrescente-se que o valor de cada salário mínimo a ser adimplido pelo recorrente deverá ser constatado à época do efetivo pagamento, sob pena de eventual desvalorização do *quantum* ora aplicado.

Adite-se, por derradeiro, que a matéria não é escoteira para essa relatoria, que já teve a oportunidade de recentemente julgar caso análogo ao presente, quando foram utilizados idênticos critérios ao que agora se está a aplicar, conforme se pode apreciar do voto exarado na Apelação Criminal n. 2004.018325-9, julgada em 31-5-05.

III – Decisão

Diante do exposto, por unanimidade, dá-se provimento ao recurso para reduzir a prestação pecuniária para 12 (doze) salários mínimos vigentes à época de cada pagamento, a serem destinados à Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais de Campo Erê.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 20 de setembro de 2005.

Sérgio Paladino,
Presidente, com voto;
Carstens Köhler,
Relator.

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 2005.025474-9, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Torres Marques

Habeas corpus – *Crime contra a ordem tributária – Pretendido trancamento da ação penal – Alegada ausência de responsabilidade do paciente, sob o argumento de que ele não era mais sócio da empresa no momento da notificação, bem como não exercia poder de mando – Questão que demanda análise de provas – Inviabilidade nesta sede – Pedido não conhecido.*

Aduzida a ocorrência da extinção da punibilidade diante do parcelamento – Benefício cancelado diante do inadimple-

mento das respectivas parcelas – Situação que impossibilita tanto a extinção da punibilidade quanto a suspensão da pretensão acusatória – Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus *n. 2005.025474-9, da comarca de Itajaí (1ª Vara Criminal), em que são impetrantes André Mello Filho, Ricardo Fagundes e Marcelo Luciano Vieira de Mello, sendo paciente Horácio Figueiredo:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, conhecer em parte do pedido e denegar a ordem.

I – Relatório

Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrada pelos advogados André Mello Filho, Ricardo Fagundes e Marcelo Luciano Vieira de Mello contra decisão do MM. Juiz da 1ª Vara Criminal da comarca de Itajaí que, nos autos de processo penal movido contra o paciente para a apuração de crimes contra a ordem tributária (art. 1º, II, c/c art. 11, ambos da Lei n. 8.137/90), indeferiu o pedido de trancamento da ação penal (fls. 169 e 165 a 167).

Aduziram os impetrantes que por ocasião da notificação da empresa para pagar o tributo, ou seja, da consumação do fato tido por criminoso, o paciente não figurava como sócio, motivo pelo qual nenhuma responsabilidade penal lhe pode ser atribuída. Alegaram que mesmo quando o paciente fazia parte da sociedade não exercia poder de mando, sendo inviável a sua inclusão no pólo passivo da demanda. Com base em tais argumentos, pugnaram pelo trancamento da ação penal por ausência de justa causa.

Sustentaram também que não há admitir o processamento da ação penal sob o fundamento de que o tributo foi parcelado antes do recebimento da denúncia e que o fato deste não ter sido adimplido em sua totalidade só pode acarretar conseqüências de ordem civil, pois no instante em que foi realizado o parcelamento se extinguiu a obrigação anterior, criando-se uma nova obrigação, tendo-se como efetuado o pagamento da antiga.

Apresentadas as informações pela autoridade tida como coatora, foram os autos com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pela denegação da ordem.

II – Voto

Quanto à alegação de que por ocasião da notificação da empresa para pagar o tributo o paciente não mais figurava como sócio, motivo pelo qual nenhuma responsabilidade penal poderia lhe ser atribuída e que mesmo quando fazia parte da sociedade não exercia poder de mando, sendo inviável a sua inclusão no pólo passivo da demanda, cumpre esclarecer que é por demais sabido que, em matéria de responsabi-

lidade penal por atos praticados na condução de pessoa jurídica, o que importa não é a situação de direito instalada no ente imaterial, mas a situação de fato, podendo ser responsabilizado na esfera penal um agente que não faça parte formalmente dos seus quadros societários ou do corpo de direção, desde que comprovada a participação dele na concretização da conduta típica.

Dessa forma, a simples afirmação de que o sócio não participa da administração da pessoa jurídica é insuficiente para, nesta sede, afastar o paciente da persecução criminal. Nesse sentido, esta Corte já decidiu:

"A afirmação de que o sócio cotista não tem participação gerencial na empresa, por si só, não ilide a persecução criminal, onde se fará a prova do alegado [...]" (HC n. 12.784, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Ademais, infere-se da notificação fiscal que deu origem ao feito que os fatos delituosos – deixar de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS – referem-se ao período de maio de 1995 a junho de 1996 (fl. 25) e, conforme afirmam os próprios impetrantes, o paciente retirou-se da empresa apenas em agosto de 1998.

Cumpre destacar que a alegação de que o paciente não exercia poder de mando na sociedade também não se sustenta *prima facie*, tendo em vista que o contrato social da empresa o indica como administrador daquela (fl. 50).

Porém, a análise fática da participação ou não do paciente na administração da empresa implica em análise profunda de provas, pelo que não pode ser discutida nesta estreita sede de *habeas corpus*, como antiga e consolidada lição da doutrina e da jurisprudência. Nesse sentido:

"Recurso de *habeas corpus* – Crime societário – Alegação de retirada da empresa, quando dos fatos delituosos – Dúvida existente que não pode ser dirimida nos estreitos limites do *writ* [...].

"Não é possível trancar a ação penal em relação ao paciente, que diz haver-se retirado da empresa, quando dos fatos delituosos, restando dúvida quanto a isso, o que melhor será aclarado no decorrer da fase probatória" (RHC n. 6889/SP, rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 19-12-1997).

No que se refere à alegação de que o parcelamento do crédito tributário extinguiu a responsabilidade penal do paciente, melhor sorte não assiste aos impetrantes.

Verifica-se dos autos que em outubro de 1998, portanto, na vigência da Lei Estadual n. 10.789/1998, houve o parcelamento da dívida, passando o contribuinte a integrá-lo com o pagamento da primeira parcela em 30-10-1998 (fls. 28 e 29).

Nada obstante, não houve a integralização das demais parcelas, o que nos termos art. 24, § 7º, da citada Lei conduz ao cancelamento do benefício, o que de fato ocorreu, conforme se evidencia dos documentos de fls. 64/65, que indicam ter sido indeferido o parcelamento em 17-2-2000 em face da inadimplência.

Em artigo publicado no Volume 103 da Jurisprudência Catarinense o Promotor de Justiça Ernani Guetten de Almeida assevera que no Superior Tribunal de Justiça existem três entendimentos quanto ao tratamento penal a ser dispensado àqueles que efetuam o parcelamento do crédito tributário, a saber:

"[...] A primeira é a de que o simples parcelamento por qualquer modalidade extingue a punibilidade, independentemente da quitação dos débitos, por entenderem que a confissão exclui o caráter doloso da conduta dos sonegadores. A segunda é a de que o parcelamento por qualquer modalidade suspende a pretensão punitiva estatal enquanto o contribuinte estiver com as parcelas em dia, desde que o parcelamento tenha sido deferido antes do ajuizamento da ação penal. A terceira, e a que entendemos ser a mais prudente, é a de que a extinção da punibilidade é possível somente com o pagamento integral do tributo antes do recebimento da denúncia, sendo a hipótese da suspensão da pretensão punitiva aceita apenas nos casos de parcelamento pelo Refis, em que a lei expressamente dita exceção à regra da Lei n. 9.249/90 [...]" (p. 102).

Cabe aqui acrescentar que existe um quarto entendimento – que os impetrantes pretendem seja aplicado ao caso –, segundo o qual com o parcelamento surge uma nova obrigação, extinguindo-se a anterior pela novação da dívida.

Com efeito, filio-me ao segundo posicionamento, atento à Lei Complementar n. 104/2001 que introduziu o parcelamento no art. 151 do Código Tributário Nacional como modalidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas também com vistas à aplicação da Lei n. 10.684/2003, que ao dispor sobre o parcelamento dos tributos no âmbito da União, em seu art. 9º, deu tratamento mais benéfico ao contribuinte ao prever a possibilidade de suspensão da pretensão punitiva aos crimes, entre outros, previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90, sem a exigência de que o parcelamento seja efetuado antes do recebimento da denúncia e reservando a extinção da punibilidade aos casos de pagamento integral do débito (art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003).

Em relação à extinção da punibilidade pelo simples parcelamento da dívida, e a corroborar a aplicação do entendimento *retro* como o mais acertado, importa destacar a lição doutrinária de Andrei Zenkner Schmidt:

"Com efeito, se o Direito penal brasileiro confere primazia ao ressarcimento ao erário, mediante o pagamento voluntário do tributo sonegado, não faria sentido que a mera assinatura do termo de parcelamento pudesse acarretar a imediata exclusão da punibilidade, já que tal resposta não levaria em consideração a proteção ao bem jurídico. Neste caso, poderia o sonegador requerer o parcelamento, pagar a primeira parcela e, com a exclusão da punibilidade decretada judicialmente, colocar-se propositadamente em insolvência, restando lesado, novamente, o erário público. Por outro lado, conside-

rando-se a unidade de ilicitude a respeito do tema, não poderíamos afirmar a possibilidade de alguém ser condenado por sonegação fiscal quando formalizou pedido de parcelamento prévio ao recebimento da denúncia, com a conseqüente suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e vem mantendo em dia o pagamento das parcelas. Se a política criminal brasileira, como já ressaltado, dá importância ao ressarcimento ao erário público, a solvibilidade das parcelas impede o surgimento de pretensão acusatória quanto ao delito de sonegação fiscal. Assim é que a melhor solução a respeito do tema é reconhecer-se que o parcelamento do tributo, prévio ao recebimento da denúncia, é causa de suspensão da pretensão acusatória, cuja extinção da punibilidade resta condicionada ao pagamento integral do parcelamento" (*in* Exclusão da Punibilidade em Crimes de Sonegação Fiscal, Ed. Lumen Juris, 2003, p. 166 e 167).

Ressalta-se que muito embora a Lei n. 10.684/2003 a princípio tenha sido criada para os tributos federais, tem-se estendido a sua aplicação também às esferas estadual e municipal, consoante recente decisão do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

"Comprovado nos autos o parcelamento e o regular pagamento do débito tributário junto à Fazenda estadual, é impositiva a suspensão da ação penal. Ordem concedida de ofício, para suspender a ação penal enquanto houver o parcelamento do débito tributário devido à Fazenda estadual. Inteligência do art. 9º, *caput*, da Lei n. 10.864/2003, c/c Lei Complementar 104/2001, que alterou o art. 151 do Código Tributário Nacional" (HC n. 83936/TO, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 25-2-2005).

No caso dos autos, no entanto, nem mesmo se aplica a hipótese de suspensão da pretensão punitiva prevista no art. 9º da Lei n. 10.684/03, pois como visto o parcelamento foi cancelado por inadimplência, o que *mutatis mutandis* da decisão do Supremo Tribunal Federal acima citada inviabiliza a concessão do benefício.

III – Decisão

Pelo exposto, conhece-se em parte o pedido e denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Subst. Carstens Köhler e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 27 de setembro de 2005.

Sérgio Paladino,
Presidente, com voto;
Torres Marques,
Relator.

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2005.020433-5, DE CHAPECÓ

Requerente: Município de Chapecó
Advogado: Dr. Antônio Marcos Gavazzoni
Requerida: TRR Gilioli Ltda.
Advogado: Dr. Julcemar Comachio
Ação na origem: Ação de Revisão de Contrato n. 018.05.007916-3

Vistos para despacho

O município de Chapecó, representado pelo prefeito, devidamente qualificado nos autos da Ação de Revisão de Contrato n. 018.05.007916-3 ajuizada por TRR Gilioli Ltda., requereu, com supedâneo no art. 4º da Lei n. 8.437/92, a suspensão da liminar que determinou que o Município pague à empresa, por litro de óleo diesel que lhe for entregue, o valor desembolsado em sua aquisição na distribuidora.

A empresa recorrida foi vencedora no Processo Licitatório n. 003/2005, deflagrado pelo município de Chapecó, firmando-se o Contrato n. 70/2005, que previu o fornecimento ao Município de 900 mil litros de óleo diesel ao valor unitário de R$ 1,432.

Informou a empresa que, quando apresentada a proposta, pagava pelo litro de óleo diesel, na base da Petrobrás em Passo Fundo, o valor unitário de R$ 1,4081.

Após a realização do contrato, em 6-4-2005, a empresa vencedora pleiteou ao Município o reajuste do valor do produto em vista do aumento verificado na distribuidora onde o adquire, valor que passou a ser de R$ 1,4646. O pedido foi indeferido pela Municipalidade.

Em 9-5-2005, após outro aumento repassado pela distribuidora, a empresa apresentou novo requerimento para o necessário reajuste, pois o valor de compra passou a ser de R$ 1,4928, sendo indeferido também este pedido.

Asseverou que tais pleitos foram negados com base no parecer da Procuradoria-Geral do Município, sob a alegação de não ser possível a aplicação, ao referido contrato, da previsão contida no art. 65, II, *d*, da Lei n. 8.666/93, pois não aconteceu a imprevisibilidade nos aumentos dos preços.

Apontou que, em decorrência da não-aplicabilidade do reajuste de preço dos combustíveis fornecidos, paga à distribuidora atualmente o valor de R$ 1,4928 e recebe do município de Chapecó o valor de R$ 1,432 por litro de óleo diesel, valor original estabelecido no contrato, o que constitui para ela uma situação economicamente insustentável, razão pela qual ajuizou a ação de revisão contratual.

Alegou que tal situação provoca o enriquecimento sem causa da Administração Municipal e, por outro lado, o empobrecimento injustificado dela empresa, por ter de arcar com encargos extremamente superiores à remuneração pactuada, situação desequilibrada por circunstâncias alheias à sua vontade.

Anotou que o reajuste é praticado sem nenhuma previsibilidade, porque os preços são livremente fixados pela distribuidora.

Sustentou que, ante o desequilíbrio econômico-financeiro apresentado, necessária a recomposição dos preços estabelecidos no contrato.

Pleiteou, então, judicialmente, que o município de Chapecó lhe pague o valor que desembolsa para a aquisição do produto na distribuidora (R$1,4928 por litro), acrescido de R$ 256,00 por carga de 10.000 litros de combustível, relativamente às despesas de transporte.

Em despacho de fls. 45 a 52 dos autos principais, o MM. Juiz deferiu parcialmente a tutela para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro no Contrato n. 70/2005, determinando que o município de Chapecó pague à autora, por litro de óleo diesel que por esta lhe for entregue, o valor desembolsado para a aquisição na distribuidora, mediante a comprovação por nota fiscal.

O município de Chapecó apresentou pedido de suspensão, alegando que a decisão que determinou a prática de preço incompatível com o processo licitatório – vinculativo entre as partes por força de contrato administrativo – caracteriza ato lesivo ao patrimônio público.

Afirmou que a empresa recorrida objetiva aumentar indevidamente o valor fixado no contrato, pois neste não há previsão de reajuste.

Sustentou que o pleito deferido em favor da recorrida coloca o Município praticando um preço que estaria classificado em sexto lugar entre as empresas que disputaram o certame.

Asseverou que "não tardará, já que o despacho judicial determina o

pagamento do valor estipulado pela nota fiscal da distribuidora, a que o valor supere toda e qualquer proposta formulada na licitação, numa crassa afronta ao princípio da licitação, que visa a buscar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública" (fl. 7).

Afirmou que o contrato tem objeto definido e preço certo, sem a previsão de cláusula de reajuste, o que impede tal ocorrência.

Destacou que "o contrato não estabeleceu cláusula de reajuste exatamente porque o contrato tem objeto e preço certo, não desejando a Administração Pública a ampliação de qualquer cláusula disposta no edital e no contrato. [...] Já o reequílibro econômico-financeiro, que é instituto diverso, não precisa estar disposto expressamente no edital ou no contrato, já que seu pressuposto é a ocorrência de fato imprevisível, ou mesmo que previsível, mas que traga conseqüências insuportáveis" (fl. 8).

Apontou que, no presente caso, inexiste fato imprevisível ou fato previsível de conseqüências incalculáveis, razão pela qual obrigar o Município ao pagamento de valor estabelecido por uma distribuidora, sob preços que não foram competidores no certame, é frustrar a competição.

Sustentou que a manutenção da liminar em apreço causa lesão à ordem administrativa e à economia públicas, por desrespeitar a forma legal de fixação de preços no contrato administrativo, "obrigando o Município a pagar o valor que uma nota fiscal de distribuidora apresente, correndo-se o risco de se desembolsar valores indevidos e de difícil recuperação, já que a quantidade de litros que deverá ser adquirida com esta metodologia ultrapassa 800.000 de óleo diesel, causando grave lesão à economia pública" (fl. 12).

Argumentou, ainda, que a manutenção da decisão objurgada ofende os princípios da vinculação ao edital e ao contrato administrativo, da igualdade entre os licitantes e da moralidade administrativa.

Postulou, por fim, a suspensão da liminar deferida em juízo de primeiro grau, porque incompatível com as regras de direito administrativo na parte de licitações e contratos.

Na fl. 353, a Diretoria Judiciária certificou que consta no Sistema de Automação do Judiciário o registro dos autos do Agravo de Instrumento n. 2005.018786-4 (na origem 018.05.007916-3), em que é agravante o município de Chapecó e agravada TRR Gilioli Ltda., tendo por relator o Exmo. Sr. Des. Nicanor da Silveira. Observou-se, também, que a liminar pleiteada no agravo de instrumento referido foi denegada pelo Exmo. Sr. Des. Jânio Machado, em julgamento levado a efeito pela Câmara Civil Especial.

É o necessário relatório.

Trata-se de pedido de suspensão interposto pelo município de Chapecó contra decisão, proferida pelo MM. Juiz da Vara da Fazenda Pública da comarca de Chapecó nos autos da Ação de Revisão Contratual n. 018.05.007916-3 ajuizada por TRR Gilioli Ltda., que de-

terminou o pagamento à empresa autora, por litro de óleo diesel que lhe for entregue, o valor desembolsado em sua aquisição na distribuidora.

Primeiramente, infere-se que o Agravo de Instrumento n. 2005.018786-4 interposto pelo município de Chapecó em nada interfere neste pedido de suspensão de liminar, uma vez que constituem institutos diferentes, conforme se extrai da incontroversa letra da Lei n. 8.437/92, que, em seu art. 4º, § 6º, assim dispõe:

"Art. 4º — *omissis*

"§ 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 julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo".

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 conseqüente reforma.

Desta 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) (grifei).

E ainda:

"Agravo. Suspensão dos efeitos de antecipação de tutela em ação ordinária. Servidores públicos federais. URV. MP-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 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).

Assim, não resta dúvida de que, sendo institutos de naturezas jurídicas 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.

O pedido de sustação da eficácia de decisão proferida contra o Poder Público previsto no art. 4º da Lei Federal n. 8.437/92 mostra-se viável tão-somente se ficar demonstrado manifesto interesse público ante a ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, sendo vedado o exame de questões processuais e de mérito, pois, quanto a estas, há recurso próprio.

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).

Portanto, afastada a análise meritória da ação de revisão contratual, faz-se necessário o exame da

ocorrência dos pressupostos indispensáveis ao deferimento do pedido de sustação dos efeitos da liminar em apreço.

No presente caso, o requerente justificou seu pedido de suspensão alegando, em síntese, que a decisão liminar determinou a prática de preço incompatível com o processo licitatório e que não ocorreu nenhum fato imprevisível ou fato previsível de efeitos incalculáveis a justificar o reajustamento contratual de preço, e, por via de conseqüência, lesão à economia e à ordem públicas.

Compulsando os autos, verifica-se a ausência de um arcabouço probatório referente à lesão à economia e à ordem públicas, de maneira que se mostra inviável a sua suspensão, pois ausentes os requisitos para tanto.

De acordo com a cláusula segunda do Contrato n. 70/2005, firmado entre o município de Chapecó e a empresa TRR Gilioli em 1º-3-2005 (fl. 24), depreende-se que o preço ajustado entre as partes, por litro de combustível diesel, foi de R$ 1,432, totalizando R$ 1.288.800,00 (um milhão, duzentos e oitenta e oito mil e oitocentos reais), posto ser objeto do contrato o fornecimento de 900.000 (novecentos mil) litros de óleo diesel.

Na fl. 27, verifica-se que o preço cobrado pela distribuidora em 31-3-2005 pelo litro de óleo diesel era de R$ 1,4081.

Em 1º-4-2005, ou seja, no dia seguinte, o preço estabelecido pela mesma distribuidora foi de R$ 1,4646/litro, conforme nota fiscal acostada na fl. 28.

Em seguida, na data de 6-5-2005, o litro de óleo diesel foi vendido pela distribuidora a R$ 1,4928 (fl. 29).

Observa-se, com clareza solar, o crescente aumento no preço do litro de óleo diesel imposto pela distribuidora, onerando sobremaneira a empresa vencedora do certame, haja vista o contrato firmado estabelecer em sua cláusula segunda o preço de R$ 1,432.

Note-se que, ao tempo da apresentação da proposta pela empresa requerida, o preço estabelecido pela distribuidora era de R$ 1,4081/litro. A proposta formulada pela empresa – vencedora do certame – foi de R$ 1,432/litro, definindo-se, portanto, nesse momento, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que deve, de acordo com os princípios da licitação, ser mantido e resguardado pelo direito.

Segundo Marçal Justen Filho:

"O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo significa a relação (de fato) existente entre o conjunto de encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente.

"O equilíbrio econômico-financeiro abrange todos os encargos impostos à parte, ainda quando não se configurem como 'deveres jurídicos' propriamente ditos [...].

"O mesmo se passa quanto à remuneração. Todas as circunstâncias atinentes à remuneração são relevantes, tais como prazos e forma de pagamento. Não se considera apenas o valor que o contratante receberá, mas também as épocas previstas para sua liquidação.

"É possível (à semelhança de um balanço contábil) figurar os encargos como contrabalançados pela remuneração. Por isso se aluda a 'equilíbrio'. [...] Pode-se afirmar, em outra figuração, que os encargos são matematicamente iguais à remuneração. Daí a utilização da expressão 'equação econômico-financeira'"(*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8. ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 553 e 554).

E complementa:

"A equação econômico-financeira se delineia a partir da elaboração do ato convocatório. Porém, a equação se firma no instante em que a proposta é apresentada. Aceita a proposta pela Administração, está consagrada a equação econômico-financeira dela constante. A partir de então, essa equação está protegida e assegurada pelo direito" (p. 554).

Dessa forma, estabelecida a equação econômico-financeira com a aceitação da proposta apresentada pela empresa TRR Gilioli Ltda. pelo município de Chapecó, faz-se necessária a tutela dessa relação de igualdade constituída, de um lado, pelos encargos assumidos pelo contratante e, por outro lado, pela remuneração econômica correspondente.

Com efeito, "o contrato assenta, pois, numa determinada equação financeira (o valor em dinheiro dos encargos assumidos por um dos contraentes deve eqüivaler ao das vantagens prometidas pelo outro) *e as relações contratuais têm de desenvolver-se na base do equilíbrio estabelecido no ato de estipulação*" (Marcello Caetano. *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Ed. Forense, 1977, p. 56) (grifei).

Assim, tendo em vista o mútuo interesse entre as partes, a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro é ampla e intangível.

Dessa forma, ocorrendo um agravamento econômico em razão de fatos imprevisíveis produzidos por forças alheias às pessoas contratantes, que acarretam o rompimento da equação econômico-financeira estabelecida, surge o direito à parte prejudicada ao restabelecimento desse equilíbrio.

No presente caso, os encargos e deveres assumidos pela empresa vencedora do certame, diante dos sucessivos aumentos no preço do litro do óleo diesel praticados pela distribuidora, passaram a sobrecarregar sobremaneira a contratada, desequilibrando a equação econômico-financeira anteriormente composta, haja vista estar a empresa pagando R$ 1,4928/litro e recebendo da Administração Municipal R$ 1,432/litro (valor fixado no Contrato n. 70/2005).

Destarte, mostram-se despiciendas maiores elucubrações aritméticas para constatar o manifesto prejuízo da empresa contratada em face dos novos preços praticados pela distribuidora após a formalização do contrato.

Conforme exposto pelo MM. Juiz *a quo* em sua decisão de fl. 47, "até o momento, de 90.000 litros de óleo diesel, a autora já experimentou um pre-

juízo de R$ 2.085,00 (1.824,00 + 978,00 – R$ 717,00), e restando fornecer 810.000 litros de óleo diesel a que se obrigou conforme o contrato, seu prejuízo final pode ser antevisto girando em torno de R$ 20.850,00 (isso considerando – que improvável – não ocorrentes novas elevações no preço de aquisição)".

Sobre os pressupostos do direito à recomposição do equilíbrio, leciona o doutrinador Marçal Justen Filho:

"O restabelecimento da equação econômico-financeira depende da concretização de um evento posterior à formulação da proposta, identificável como causa do agravamento da posição do particular. Não basta a simples insuficiência da remuneração. Não se caracteriza rompimento do equilíbrio econômico-financeiro quando a proposta do particular era inexeqüível. A tutela à equação econômico-financeira não visa a que o particular formule proposta exageradamente baixa e, após vitorioso, pleiteie elevação da remuneração.

"Exige-se, ademais, que a elevação dos encargos não derive de conduta culposa imputável ao particular. Se os encargos tornaram-se mais elevados porque o particular atuou mal, não fará jus à alteração de sua remuneração" (ob. cit., p. 555).

In casu, em uma análise perfunctória dos autos, vislumbrar-se presentes os pressupostos autorizadores para a recomposição do equilíbrio, pois, como visto, os aumentos no preço decorreram de imposição da Distribuidora Petrobrás S.A. e o preço fixado na proposta pela empresa concorrente era, ao tempo do certame, viável e exeqüível, de modo a autorizar o reajustamento no preço pago pela Municipalidade.

Além disso, argumenta o recorrente inexistir no contrato cláusula que preveja o reajustamento de preço.

A cláusula nona do contrato dispõe que (fl. 25):

"Os casos de alteração ou rescisão contratual e os casos omissos serão regidos pela Lei n. 8.666/93".

Ora, a não-previsão expressa pelo contrato não exclui explicitamente essa possibilidade de reajuste. Há remissão ao disposto na Lei n. 8.666/93, que categoricamente determina em seu art. 65:

"Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

"II – por acordo das partes:

[...]

"d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevierem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do

príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual".

Dessa forma, o reajuste do preço é medida legal que se impõe para a tutela do equilíbrio econômico-financeiro.

Ainda:

"O equilíbrio financeiro, ou equilíbrio econômico, ou equação econômica, ou, ainda, equação financeira, do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento. Assim, a usar do seu direito de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares do contrato administrativo, a administração não pode violar o direito do contratado de ver mantida a equação financeira originariamente estabelecida, cabendo-lhe operar os necessários reajustes econômicos para o restabelecimento do equilíbrio financeiro" (Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*, Malheiros Editores, 22. ed., p.199).

Portanto, ainda que inexista previsão contratual de reajuste, esse mecanismo, como meio de conservação da equação econômico-financeira, deve ser utilizado.

Nesse sentido, já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

"[...] Mesmo nos contratos administrativos, ao poder de alteração unilateral do Poder Público, contrapõe-se o direito que tem o particular de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, considerando-se o encargo assumido e a contraprestação pecuniária garantida pela administração" (Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 1.404/DF, rel. Min. Edson Vidigal, DJ 6-12-2004).

Do mesmo modo:

"A imposição de uma nova obrigação, não prevista na legislação vigente à época da outorga da concessão, capaz de impor pesado ônus à impetrante, acarretará inegavelmente a quebra do equilíbrio econômico e financeiro da concessão, a não ser que o Poder Concedente, ao mesmo tempo que impuser a nova obrigação, conceder benefício equivalente no aspecto econômico e financeiro, para recompor esse equilíbrio" (Reclamação 2595/DF, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 2-8-2004).

Note-se, além disso, que não resta configurada lesão à ordem econômica, porquanto o Município não estará arcando com despesas extras ou pagando um maior preço pelo objeto da licitação, fazendo com que a empresa vencedora tenha um maior lucro, mas tão-somente será restabelecida a equação econômico-financeira que se formou no momento da aceitação da proposta pelo Município, sob pena de ruína econômica da empresa contratada.

Ainda, verifica-se insubsistente o argumento de que o reajuste pleiteado pela empresa requerida coloca a Muni-

cipalidade praticando o preço que ficou em sexto lugar no certame, pois a novel situação fática, qual seja, imposição de aumento no preço do óleo diesel pela distribuidora, incidiria sobre a proposta de quaisquer dos licitantes, porque se trata de fato alheio à vontade das partes, que afetou diretamente o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Nessa seara, o quadro que se afigura demonstra a ausência de comprovação quanto às referidas lesões à ordem e à economia públicas, tendo-se em conta a plausibilidade do direito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da empresa contratada.

Assim, vislumbra-se a ausência de lesão à economia e à ordem públicas, conforme acima exposto, de maneira que, não demonstrados os requisitos indispensáveis à suspensão almejada, indefiro o pedido.

Publique-se.

Intimem-se.

Cientifique-se, com urgência, o Juiz da origem.

Florianópolis, 4 de agosto de 2005.

Des. Anselmo Cerello,
1º Vice-Presidente.

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2005.022245-0, DE CAMBORIÚ

Requerente: Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan
Advogados: Drs. Solon Sehn e outro
Requerido: Município de Camboriú
Advogado: Dr. Newton César Pilau

Vistos para despacho

Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan formulou pedido de suspensão de liminar contra decisão do MM. Juiz da Vara única da comarca de Camboriú que, nos autos da Ação Cautelar Inominada n. 113.05.002034-1, ajuizada pelo município de Camboriú, deferiu a assunção da exploração, ampliação e implantação de novos serviços públicos de abastecimento de água e coleta de disposição de esgotos sanitários, postulados pelo ente público, determinando que a ora requerente disponibilize o acesso e uso de todas as instalações em 48 horas, sob pena de multa diária. Determinou, ainda, a instalação de medidor e a manutenção do fornecimento de água tratada pela Casan ao Município, com a preservação dos atuais valores tarifários, bem como o depósito em Juízo, até o quinto dia útil do mês, dos valores arrecadados com a prestação do serviço realizada a partir do dia 26-6-05, com a respectiva prestação de contas, sob pena de multa diária, en-

quanto não revertido definitivamente o serviço público ou assumida a mediação e o faturamento diretamente pelo autor, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 60 dias a contar da assunção do serviço.

Sustentou ter interposto recurso de agravo de instrumento, sob o argumento de que o poder concedente, em se tratando de regiões metropolitanas, é o Estado de Santa Catarina, fugindo da competência municipal.

Alegou que, ainda que se considerasse competente o Município, de acordo com as cláusulas décima e décima-quarta do Convênio de concessão, mesmo findo o prazo contratual, o ajuste permaneceria em vigor, somente podendo haver rescisão após a indenização à Casan pelos investimentos realizados.

No tocante ao cabimento do presente pedido de suspensão, suscitou sua legitimidade, na qualidade de sociedade de economia mista, para ingressar com o incidente, uma vez que na defesa do interesse público.

Destacou que o perigo de lesão à ordem e à saúde públicas estaria presente na medida em que afastaria a Companhia Estadual de uma função pública que desempenha na região há 30 anos para transferir a uma secretaria municipal de forma precária e que não dispõe de experiência, capacidade técnica e pessoal suficientes. Discorreu acerca do Plano de Gerenciamento Imediato apresentado pelo Município, ressaltando que os dados apresentados pelo ente público demonstram a falta de preparo e de agentes qualificados para lidar com sistema de saneamento, colocando em risco a saúde da população.

Salientou que a liminar prolatada em Primeiro Grau impede a Casan de operar a estação de recalque de água bruta de Camboriú, uma vez que retirou de sua posse a respectiva estação, o que poderá gerar a falta de água na região, ou, ainda, gerar o fornecimento de água sem o tratamento adequado, colocando em risco a saúde dos cidadãos.

Destacou, também, que a decisão coloca em risco a própria continuidade de suas atividades, gerando, devido ao seu efeito multiplicador, um iminente estado de colapso financeiro da empresa, impedindo-lhe de manter a continuidade dos serviços públicos de água e esgoto de aproximadamente 120 municípios em que opera.

Por fim, concluiu que a suspensão da decisão *a quo* seria a melhor forma de evitar riscos à população, em relação à continuidade do serviço público, e, ainda, de evitar o colapso financeiro das companhias estaduais até que advenha o julgamento do mérito da ação, salientando, ainda, que no STF encontra-se em trâmite ADin envolvendo debate jurídico referente à titularidade dos serviços de saneamento nas regiões metropolitanas, razão pela qual deveria ser mantida a requerente na prestação do serviço até decisão final.

À fl. 498, a Diretoria Judiciária certificou a interposição dos Agravos de Instrumento n. 2005.021014-9 e 2005.021015-6.

É o necessário relatório.

Trata-se de pedido de suspensão de liminar ajuizado por Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan contra decisão do MM. Juiz da Vara única da comarca de Camboriú que, nos autos da Ação Cautelar Inominada n. 113.05.002034-1, ajuizada pelo município de Camboriú, deferiu a assunção da exploração, ampliação e implantação de novos serviços públicos de abastecimento de água e coleta de disposição de esgotos sanitários, postulados pelo ente público, determinando que a ora requerente disponibilize o acesso e uso de todas as instalações em 48 horas, sob pena de multa diária. Determinou, ainda, a instalação de medidor e a manutenção do fornecimento de água tratada pela Casan ao Município, com a preservação dos atuais valores tarifários, bem como o depósito em Juízo, até o quinto dia útil do mês, dos valores arrecadados com a prestação do serviço realizada a partir do dia 26-6-05, com a respectiva prestação de contas, sob pena de multa diária, enquanto não revertido definitivamente o serviço público ou assumida a mediação e o faturamento diretamente pelo autor, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 60 dias a contar da assunção do serviço.

Introitamente, cumpre salientar que a interposição de 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 daqueles.

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 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:

"Agravo. 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, Orgão Julgador: Plenário, rela. Juiza 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 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).

Assim, não resta dúvida de que, sendo institutos de naturezas jurídicas 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.

Destaque-se novamente que, não obstante tenha havido decisão no Agravo de Instrumento n. 2005.021014-9, esta restringiu-se a negar-lhe seguimento sem, portanto, adentrar o seu mérito, de maneira que o pedido de suspensão de liminar não fique prejudicado, uma vez que a decisão *a quo* não foi substituída, mantendo-se incólume. Ademais, o Agravo de Instrumento n. 2005.021015-6 ainda não teve seu mérito julgado e versa sobre questão de competência.

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 ficar demonstrado manifesto interesse público ante a ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, sendo vedado o exame de questões processuais e de mérito, pois, quanto a estas, há recurso próprio para sua apreciação.

Nesse sentido:

"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).

Deveras, o cerne do presente incidente, que se mostra como expediente excepcionalíssimo, é a suspensão de decisões que, em face do manifesto interesse público, acarretem grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

No entanto, verifica-se, em preliminar, que a requerente não é legítima para figurar no pólo ativo do pedido de suspensão de liminar, pois a sociedade de economia mista somente poderá formular referido incidente em hipóteses em que represente o interesse público contra o interesse particular, isto é, quando atuar na qualidade de delegatária do serviço público contra usuário ou entidade particular e não contra o município que é o próprio ente público portador originário da titularidade do serviço em questão que, frise-se, apenas foi delegado por prazo certo.

Com efeito, os julgados do STF e do STJ no sentido de conferir legitimidade para concessionárias e delegatárias de serviço público no pedido de suspensão referem-se a litígios em que figuram no pólo contrário os usuários desses serviços essenciais prestados.

Em preliminar, ainda, no tocante à alegada ausência de competência municipal para decidir acerca da forma de implementação do sistema de saneamento básico, observa-se que, não obstante haja a Lei Complementar Estadual n. 221/2002 instituído a região metropolitana a qual pertence Camboriú, esta não concede a titularidade dos serviços em razão da unidade dos entes envolvidos, devendo prevalecer o instituído no art. 30, I, da CF, o qual confere aos municípios a competência para legislar sobre assuntos de interesse local.

Nesse sentido é o entendimento do colendo STF:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Região metropolitana. Interesses comuns. Poder legislativo estadual. Legitimidade. Muncípios limítrofes. Lei complementar. Vício formal e material na lei. Inexistência. Inobservância ao artigo 63 da Constituição Federal. Alegação improcedente.

"1. Região metropolitana. Municípios limítrofes. Observância do disposto no artigo 25, § 3º, da Carta Federal, que faculta ao Estado Membro criar regiões administrativas compostas de municípios limítrofes, destinadas a regular e executar funções e serviços públicos de interesses comuns.

"2. Criação de regiões metropolitanas. Exigência de lei complementar estadual. Inclusão de município limítrofe por ato da Assembléia Legislativa. Legitimidade. *Constitui-se a região administrativa em um organismo de gestão territorial compartilhada em razão dos interesses comuns, que tem no Estado Membro um dos partícipes e seu coordenador, ao qual não se pode imputar a titularidade dos serviços em razão da unidade dos entes envolvidos*. Ampliação dos limites da região metropolitana. Ato da Assembléia Legislativa. Vício de iniciativa. Inexistência.

"3. Lei complementar. Existência de limites territoriais. Observância dos requisitos constitucionais. Inocorrência de vício formal ou material.

"4. Violação ao artigo 63, I, da Constituição Federal. Inclusão de município no âmbito da região metropolitana instituída. Aumento de despesa em projeto de iniciativa do Poder Executivo. Inexistência. A alocação de recursos financeiros específicos no orçamento estadual e municipal é destinada à organização, planejamento e gestão da região metropolitana, no âmbito da qual está inserido o município limítrofe.

"5. Despesa fixa vinculada à região metropolitana. Ausência de ônus maior para o Estado na realização de obras e serviços. Obrigatoriedade de prévia autorização orçamentária específica. Observância. Ação julgada improcedente" (ADIn n. 2809/RS, rel. Min. Maurício Corrêa) (grifo nosso).

Ademais, apenas *ad argumentandum*, verifica-se, no mérito, que é incabível ao Poder Judiciário determinar que o Poder Executivo prorrogue ou renove o contrato com a Casan, pois, do contrário, estaria a decisão violando o princípio da separação dos poderes e, ainda, ferindo a autonomia de que gozam os municípios.

Destarte, considerando-se o princípio da independência entre os três poderes que compõem a União, é insustentável a concessão de medida liminar que imponha uma obrigação de fazer ao Poder Executivo, invadindo esferas de atribuição próprias deste.

É o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"O fundamento da discricionariedade (ou seja, a razão pela qual a lei a instituiu) reside, simultaneamente, no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico, de buscar identificar e adotar a solução

apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei" (*in* Curso de Direito Administrativo, 15. ed., Malheiros, p. 826).

Dessa forma, entende-se que o juiz não pode substituir-se à Administração, visto que cabe ao ente municipal competente decidir acerca da concessão ou não dos serviços públicos essenciais, visando a assegurar o interesse maior da população.

É, portanto, função da Administração Pública avaliar, de acordo com seus critérios de conveniência e oportunidade, a possibilidade de instauração dos projetos pretendidos, sob pena de ficar caracterizada a ingerência do Poder Judiciário sobre atos exclusivos do Poder Executivo Municipal.

Nesse sentido é o entendimento do colendo STJ:

"Recurso especial – Ação civil pública com preceitos cominatórios de obrigação de fazer – Discricionariedade da municipalidade – Não cabimento de interferência do Poder Judiciário nas prioridades orçamentárias do município – Conclusão da Corte de origem de ausência de condições orçamentárias de realização da obra – Incidência da Súmula 7/STJ – Divergência jurisprudencial afastada – Ausência de prequestionamento de dispositivos do ECA apontados como violados.

"Requer o Ministério Público do Estado do Paraná, autor da ação civil pública, seja determinado ao município de Cambará/PR que destine um imóvel para a instalação de um abrigo para menores carentes, com recursos materiais e humanos essenciais, e elabore programas de proteção às crianças e aos adolescentes em regime de abrigo.

"Na lição de Hely Lopes Meirelles, 'só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei – de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo'.

"Dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada [...] Recurso especial não provido" (REsp n. 208893/PR; DJ 22-3-2004, rel. Min. Franciulli Netto) (grifo nosso).

E ainda:

"Processual civil. Agravo regimental. Recurso especial. Ação civil pública. Ministério Público. Carência de ação. Município. Obra para proteção do meio ambiente.

"1 – Não se empresta seguimento a recurso especial intentado para reformar acórdão que elegeu matéria

constitucional como informe básico para a conclusão assentada.

"2 – Em tese, pode a administração pública figurar no pólo passivo da ação civil pública e até ser condenada ao cumprimento da obrigação de fazer ou deixar de fazer.

"3 – O art. 3º da Lei n. 7.347/85, a ser aplicado contra a administração pública, há de ser interpretado como vinculado aos princípios constitucionais que regem a administração pública, especialmente o que outorga ao poder executivo 'o gozo de total liberdade e discricionariedade para eleger as obras prioritárias a serem realizadas, ditando a oportunidade e conveniência desta ou daquela obra, não sendo dado ao Poder Judiciário obrigá-lo a dar prioridade a determinada tarefa do poder público'(trecho do acordão).

"4 – Matéria constitucional sublimada, essencialmente, no aresto que não cabe ser examinada em sede de recurso especial.

"5 – Agravo regimental improvido" (AGA n. 138901/GO, DJ 17-11-1997, rel. Min. José Delgado).

Dessa feita, não havendo demonstração inequívoca de risco de lesão à ordem e à saúde públicas, considerando-se, ademais, que a parte requerida é o próprio Poder Público, capaz de decidir sobre o que é melhor para o interesse coletivo, torna-se incabível o deferimento do presente pedido.

Por outro lado, consoante sustentado inicialmente, e somando-se ao argumento supramencionado de que apenas o próprio Município, pessoa jurídica de direito público, encontra-se investido de poderes para deliberar acerca do interesse público, não possui a Casan, sociedade de economia mista, legitimidade para discutir a decisão administrativa em sede de pedido de suspensão de liminar.

Diante do exposto, não conheço do presente incidente por ausência de legitimidade da parte requerente.

Comunique-se o Juízo na origem.

Intime-se.

Publique-se.

Florianópolis, 8 de agosto de 2005.

Des. Anselmo Cerello,
1º Vice-Presidente.

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2005.028535-9, DE SÃO FRANCISCO DO SUL

Requerente: Estado de Santa Catarina

Advogado: Dr. Renato Domingues Brito

Requerido: Representante do Ministério Público de Santa Catarina

Ação na origem: Ação Civil Pública n. 061.05.001742-0

Vistos para despacho

O Estado de Santa Catarina, com fulcro nos arts. 12, § 1º, e 4º da Lei n. 8.437/92, ajuizou pedido de suspensão de liminar proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da comarca de São Francisco do Sul que, nos autos da Ação Civil Pública n. 061.05.001742-0, determinou a interdição das celas da delegacia de polícia do Município em questão, impondo, ainda, a transferência dos presos que atualmente lá se encontram para outros estabelecimentos prisionais e a asseguração permanente de vagas, tantas quantas necessárias a abrigar todos os presos da comarca referida, sob pena de imposição de multa no valor de R$ 10.000,00 em caso de descumprimento.

Alegou, introitamente, a ilegalidade da concessão de liminar contra pessoa jurídica de direito público sem a sua oitiva prévia, consoante a disposição do art. 2º da Lei n. 8.437/92.

Aduziu a inexistência de vagas em outros estabelecimentos prisionais para suportar eventual demanda advinda da comarca de São Francisco do Sul.

Asseverou que a busca pela melhoria do sistema penitenciário é medida que se impõe, mas que não há verba para tanto, devendo-se, portanto, proteger, em primeiro lugar, a sociedade, pois, se mantida a liminar, deverá colocar os presos em liberdade, por falta de vagas em outros estabelecimentos congêneres, ocasionando, em última análise, lesão à ordem e à segurança públicas.

Ressaltou que a decisão coloca em xeque a administração pública, uma vez que se estará diante de um dilema na medida em que deverá alocar verbas do orçamento destinadas a outras áreas para a satisfação da decisão judicial.

Destacou, por derradeiro, a ocorrência de lesão à economia pública, advinda da fixação de multa no valor de R$ 10.000,00.

Requereu a suspensão da liminar em função da grave lesão à economia, à ordem e à segurança públicas.

É o relatório.

Trata-se de pedido de suspensão interposto pelo Estado de Santa Catarina contra decisão proferida pelo Juízo

da 2ª Vara da comarca de São Francisco do Sul que, nos autos da Ação Civil Pública n. 061.05.001742-0, determinou a interdição das celas da delegacia de polícia do município em questão, impondo, ainda, a transferência dos presos que atualmente lá se encontram para outros estabelecimentos prisionais e a asseguração permanente de vagas, tantas quantas necessárias a abrigar todos os presos da comarca referida, sob pena de imposição de multa no valor de R$ 10.000,00 em caso de descumprimento.

Contudo, antes de adentrar no mérito do presente incidente processual, faz-se oportuna a elucidação quanto à possibilidade de manejo concomitante do agravo de instrumento e do pedido de suspensão, 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 julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo"*.

Surge, em um primeiro momento, a discussão acerca do princípio da unirrecorribilidade recursal, previsto no Código de Processo Civil. No entanto, é sabido que, sendo a referida lei especial em relação ao CPC norma geral, deve aquela prevalecer. Ademais, a lei extravagante trata de norma de direito público e, portanto, específica em comparação às regras processuais gerais.

É o ensinamento do mestre Carlos Maximiliano em comentário ao brocardo *lex posterior generalis non derogat legi priori especiali* ("a lei geral posterior não derroga a especial anterior") dispondo que "é máxima que prevalece apenas no sentido de não poder o aparecimento da norma ampla causar, só por si, sem mais nada, a queda da autoridade da prescrição especial vigente" (*in* Hermenêutica e aplicação do direito, 10. ed., RJ: Forense, 1988, p. 360).

Desse modo, depreende-se que a previsão legal não ofende o sistema processual brasileiro, por se tratar de hipótese especial, devidamente regulamentada por lei e que, assim, prevalece 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 da 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 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. 4.347/64 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 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" (Agravo na Suspensão de Execução de Liminar n. 2004.04.01.046018-1/RS, rel. Des. Teori Albino Zavascki).

E ainda:

"Agravo. 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, Orgão Julgador: Plenário, rela. 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 argüição de nulidade de decisão que atribuiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento não pode ser oposta 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 subseqüente 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, DJ 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 Bonifácio 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 natureza jurídicas 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.

Assim assentado, oportuno destacar 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 ficar demonstrado manifesto interesse público ante a ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, sendo vedado o exame de questões processuais e de mérito, pois, quanto a estas, há recurso próprio para sua apreciação.

Nesse sentido:

"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 pres-

supostos 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).

Cabe destacar, ainda, que, referente à suposta impossibilidade 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 n. 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 jurisdicional 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" (Agravo de Instrumento n. 2004.023848-7, de Pomerode, rel. Des. Newton Trisotto, j. 13-5-2002).

Nessa senda, inexiste uma proibição ampla e irrestrita de concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, mas tão-somente algumas vedações em casos específicos, que devem ser interpretados restritivamente.

Isso posto, mostra-se conveniente uma análise panorâmica acerca da demanda, senão vejamos:

O representante do Ministério Público de Santa Catarina ajuizou ação civil pública contra o Estado de Santa Catarina objetivando, em síntese, a interdição das celas da delegacia de polícia do município em questão, a transferência dos presos que atualmente lá se encontram para outros estabelecimentos prisionais e a asseguração permanente de vagas, tantas quantas necessárias a abrigar todos os presos da comarca referida, sob pena de imposição de multa no valor de R$ 10.000,00 em caso de descumprimento.

O MM. Juiz, aos 3-6-2005, deferiu a liminar requerida, ensejando o ajuizamento do presente incidente processual.

Frisa-se, à exaustão, que o cerne do presente incidente, que se mostra como expediente excepcionalíssimo, é a suspensão 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:

As condições humanitárias das celas da Delegacia de Polícia de São Francisco do Sul, conforme declinado pelo representante do Ministério Público na inicial da respectiva ação civil pública, e confirmado pelo MM. Juiz *a quo*, são deploráveis e degradantes, de maneira que não apresentam as mínimas condições, sob qualquer aspecto, para a detenção de um cidadão.

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.

Forçoso transcrever, nesse compasso, para que se evidencie o caos da delegacia em comento, o laudo levado a efeito pelo Diretoria de Vigilância Sanitária Estadual, a saber:

"*– Celas – Femininas*

"Inexistência de cela para acomodar detentos do sexo feminino; foi improvisado um banheiro para acomodar a única detenta, dorme, faz higiene pessoal sem banho (não há chuveiro), sem estrado para o colchão, ventilação inadequada, banho de sol esporádico, seguindo a rotina dos detentos masculinos.

"*– Celas – Masculinas*

"No momento da inspeção foram observadas 3 (três) celas, sendo que as duas posteriores estão de maneira contínua interligadas à primeira.

"São subdimensionadas, superlotadas, contando no momento da inspeção com 8 detentos cada, cuja capacidade original é de no máximo 3 detentos por cela.

"As condições estruturais encontram-se bastante danificadas, instala-

ções elétricas improvisadas (gambiarras generalizadas), ventilação inadequada, odor fétido, roupas em condições de extremos riscos à saúde dos usuários pela umidade e sujidades apresentadas. O piso não é impermeável e lavável, os banheiros não possuem aquecimento nos chuveiros.

"Durante o dia, a cela frontal é esvaziada e utilizada como espaço para acesso de detentos, lixo, comida etc.

"– *Lavanderia*

"Inexiste local adequado para a lavação e a secagem de roupas é feita nas celas já diminutas.

"São oferecidos sabão em pó, detergentes e outros materiais de limpeza para os detentos, o que pode causar intoxicações.

"– *Lazer*

"Não há qualquer atividade laboral. A entidade não possui pátio exclusivo para proporcionar qualquer atividade física ou banho de sol diário, sendo que, neste caso, saem três vezes por semana, em turmas de 8 a 10 pessoas, acorrentados, porque o pátio não oferece segurança e tem acesso direto para a rua.

"– *Atendimento médico de emergência*

"Inexistência de sala própria para qualquer atendimento médico primário, nem possui profissionais médicos, enfermeiros, psicólogo, técnicos da área da saúde etc.

"Observado detentos com doenças de pele nas celas e não há qualquer prevenção contra infestações por piolhos, sarnas, etc.

"Inexistência de equipamentos e medicamentos que garantam atendimento de emergência (ambu, cardioversor, cânula de traqueostomia etc.).

"As medicações de eventuais atendimentos em postos de saúde são ministradas por funcionários não exclusivos para a tarefa e os medicamentos são guardados aleatoriamente em arquivo administrativo.

"No momento da inspeção observou-se que a prisioneira está grávida sem qualquer acompanhamento médico.

"– *Apoio prisional*

Inexiste serviço de atendimento jurídico e social ou religioso.

"– *Segurança*

"A entidade não foi construída como delegacia; no entanto, observa-se que sua atividade-fim tem-se modificado, apresentando características de presídio, face o tempo de permanência dos detentos no local.

"A construção não oferece qualquer segurança para os detentos, funcionários e áreas circunvizinhas, os muros são baixos, as condições de eventuais sinistros são iminentes, os extintores de fogo estão vencidos e as improvisações elétricas são generalizadas.

"A falta de pessoal, nos plantões, dependendo das ocorrências, pode deixar os detentos sozinhos no prédio, à

mercê de riscos a sua integridade física, podendo inclusive receber auxílio externo para eventuais fugas, face a fragilidade das barreiras.

"– *Saneamento básico*

"Não há registros de limpeza de caixa de água, desinsetização ou desratização, as condições de higiene são impraticáveis. Observa-se que as águas servidas fazem esgotamento em fossas sépticas; no entanto, não foi possível verificar sumidouros adequados.

"– *Alojamento dos funcionários*

"Utilização de sala única para guarda de alimentos, saneantes, materiais apreendidos, etc.

"Inexistência de controle de saída e entrada de congêneres alimentícios e de temperatura do *freezer* utilizado para carnes e frangos.

"– *Nutrição*

"A delegacia não possui serviço de nutrição própria para o preparo de alimentos.

"As refeições são preparadas por entidade beneficente próxima ao local, após o fornecimento dos gêneros alimentícios pelo Estado.

"O transporte dos alimentos preparados são de maneira que não garantem a qualidade dos alimentos servidos (vasilhames plásticos comuns em viaturas comuns).

"O fracionamento de refeições é feito por detentos na cela que durante o dia serve como área livre de circulação e em vasilhames improvisados ou reutilizados (frasco de margarina).

Conclusão

"Entende-se que uma delegacia tem como finalidade a custódia primária de infratores, onde são mantidos para cadastramento, eventuais diligências e encaminhamento para os presídios.

"Na observação fica claro que a atividade-fim tem sua capacidade funcional e de absorção estrangulada pelas inúmeras necessidades que demandam para o atendimento, ocasionando sérios riscos à saúde e à sociedade.

"Recomendamos a imediata regularização da situação, mantendo as características próprias de uma delegacia, ficando praticamente impossível qualquer recomendação de alvará sanitário" (fls. 10 a 12).

Pois bem, é de uma clareza solar que, conforme o laudo, as condições da delegacia, sob qualquer ótica que se visualize, são péssimas, insabubres, inóspitas e desumanas, inexistindo, portanto, a mínima plausibilidade de se cogitar da manutenção dos detentos no referido estabelecimento.

O *fumus boni iuris* encontra-se, nessa levada, inserto no seio da Carta Constitucional, a saber:

"Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[…]

"III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante".

E ainda:

"XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral".

Frise-se, ainda, o desvirtuamento da destinação da delegacia, uma vez que os detentos lá permanecem por tempo indeterminado, em condições que lançam ao limbo a dignidade inerente ao ser humano.

Não se quer dizer, com isso, que as penas não devam ser cumpridas, mas tão-somente que o sejam dentro dos limites do Estado Democrático de Direito e com respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Válido destacar, também, o parecer da Secretaria Municipal de Saúde de São Francisco do Sul, transcrito pelo representante do *Parquet* à fl. 13:

"1. Espaço físico de 20m², insuficiente para acomodar 14 (quatorze) detentos, número que varia todos os dias.

"2. Instalações elétricas sem as mínimas condições de segurança, podendo acontecer a qualquer momento curto-circuito ou choque.

"3. Detentos dormindo no chão, sem colchonetes e beliches, amontoados por falta de espaço.

"4. Falta de banheiro adequado para os presos.

"5. Falta de bebedouro, os detentos tomam água que vem do chuveiro.

"6. Sanitários danificados sem condições de higiene.

"7. Falta de ventilação e circulação de ar.

"8. Completa falta de higiene no local.

"9. Piso bruto e parede sem pintura.

"10. Falta de filtro anaeróbico e a fossa é insuficiente para o número de usuários.

"11. Falta de lixeiras.

"12. Portas sem condições de segurança.

"13. Os detentos não tomam banho de sol por falta de área e de segurança".

Despiciendas, pois, maiores divagações acerca da insuportabilidade da permanência dos detentos na delegacia da Municipalidade em comento, de maneira que a transferência é medida que se impõe.

Não se pode, portanto, admitir a manutenção de uma situação que, sob os cuidados (ou falta deles) do Estado, revela o total descaso do Governo com a administração do sistema prisional como um todo.

Destarte, o quadro que se afigura demonstra uma situação calamitosa na delegacia de São Francisco do Sul, aliada ao risco e à insegurança à população já que, conforme declinado pelo membro do Ministério Público, inúmeras fugas já ocorreram.

Nessa senda, o risco de lesão à segurança e ordem públicas deveras existem, mas em virtude justamente da manutenção dos detentos sob as condições relatadas, possibilitando, a qualquer momento, a ocorrência de novas fugas.

Assim, a mera alegação de falta de verbas e de inexistência de vagas em outros estabelecimentos prisionais não pode servir de escusa à insensibilidade do Poder Público em relação à delegacia de São Francisco do Sul, mormente quando desacompanhada de um robusto arcabouço probatório.

Tem-se, ademais, que a multa fixada não se mostra exacerbada (R$ 10.000,00), sobretudo pelo porte e pujança do Estado de Santa Catarina, que deve zelar indeclinavelmente pelo bem-estar e segurança de toda sua população.

Ressalta-se, aliás, que inexiste prova apta a corroborar as alegações do requerente, de maneira que o presente incidente processual encontra-se desnudo, desprovido de qualquer substrato probatório que dê guarida às suas pretensões.

De outra banda, o caos da delegacia é uma realidade irrefragável, assim como o risco à sociedade advindo da manutenção dos detentos em condições deploráveis.

Diante do exposto, indefiro o pedido de suspensão de liminar em face da ausência de grave lesão à ordem, à segurança e à economia públicas.

Comunique-se com urgência ao Juízo de origem.

Intime-se.

Florianópolis, 29 de setembro de 2005.

Des. Anselmo Cerello,
1º Vice-Presidente.

SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

RECURSO ESPECIAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.014634-5/0002.00, DE BLUMENAU

Recorrente: Décio Nery de Lima

Advogados: Drs. Naira Wiggers Eing e outros

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

Despacho

O recurso especial foi interposto por Décio Nery de Lima, com fulcro no art. 105, III, alíneas *a* e *c,* da Constituição da República, em razão de o acórdão da Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, ter dado provimento ao agravo, a fim de fixar a competência do Juízo de Primeiro Grau para processar e julgar Ação Civil Pública contra prefeito municipal (fls. 114 a 120).

Aduziu que houve violação ao art. 1º, § 2º, da Lei n. 10.628/02, além de ter divergido do entendimento adotado por outros tribunais (fls. 142 a 153).

Os embargos de declaração foram acolhidos tão-só para que se esclarecesse sobre a constitucionalidade ou não da Lei n. 10.628/02 no Tribunal Pleno (fls. 136 a 139).

Não houve contra-razões.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela não admissão do reclamo (fls. 195 a 199).

É o relatório.

O acórdão que acolheu os embargos de declaração foi publicado no dia 6 de abril de 2005 (com circulação na mesma data), no Diário da Justiça n. 11.642 (certidão de fl. 140), e a interposição do especial foi em 20 de abril

do corrente (fl. 141). Tempestivo, portanto. O preparo está à fl. 182.

A discussão gira em torno da competência para julgamento da ação civil pública em cujo pólo passivo está o ex-prefeito de Blumenau.

O exame de admissibilidade é, pois, uma análise da razoabilidade da tese invocada, de forma a impedir a ascensão do reclamo se manifestamente infundada a alegada ofensa a dispositivo legal, por ser "inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia", segundo a Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal, com aplicação analógica ao caso em tela.

A Lei n. 10.628/02 deu nova redação ao art. 84 do CPP, inserindo dois parágrafos, nos quais alargou a competência por prerrogativa de função de que gozam os agentes públicos, ainda que cesse o seu exercício funcional. Estabeleceu competência especial relativamente à ação de improbidade de que trata a Lei n. 8.429/92.

Por sua vez, a Constituição Federal expressamente fixou a competência originária do Tribunal de Justiça para o processo e julgamento de crimes comuns e de responsabilidade.

No art. 83, XI, da Constituição do Estado de Santa Catarina, que versa sobre a competência originária do Tribunal de Justiça, não há previsão para o processamento e julgamento de ações que tratem de improbidade administrativa.

Logo, ainda que a Carta Magna preveja competência originária do Tribunal de Justiça para feitos criminais que envolvem prefeitos municipais (art. 29, X, CF, e 83, XI, *b*, CE), falta, em relação às demais ações – populares, civis públicas e por ato de improbidade administrativa – competência para processá-las e julgá-las por ausência de expressa previsão.

O mesmo se diga com relação à interposição pela alínea *c* do dispositivo constitucional. Houve transcrição das ementas, sem apontar a suposta antinomia entre elas e a decisão objurgada, deixando, inclusive, de indicar em que consistiam as circunstâncias que identificavam ou assemelhavam os casos confrontados.

Sobre o tema: REsp n. 543099/PI, Min. Jorge Scartezinni, DJ de 19-12-2003, p. 606; e AGREsp n. 567217/DF, Min. Gilson Dipp, DJ de 19-12-2003, p. 617.

Além de tudo, por maioria de votos, o Plenário do STF declarou, em 15-9-2005, a inconstitucionalidade do foro especial para ex-ocupantes de cargos públicos e/ou mandatos eletivos (ADIn n. 2.797).

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Intimem-se.

Florianópolis, 20 de setembro de 2005.

Cláudio Barreto Dutra,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL NO RECURSO CRIMINAL

RECURSO ESPECIAL NO RECURSO CRIMINAL N. 2005.007092-3/0001.00, DE JOAÇABA

Recorrente: Ministério Público Estadual

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

Recorrida: Lacticínios Tirol

Advogado: Dr. Olavo Rigon Filho

Interessados: Mauro Dresch e Roberto Rofner

Despacho

O recurso especial foi interposto pelo Ministério Público Estadual, com fulcro no art. 105, III, *a*, da Carta Magna, contra acórdão da Segunda Câmara Criminal que, por votação unânime, negou provimento, mantendo a decisão que rejeitou a denúncia contra a pessoa jurídica (fls. 81 a 87).

Alegou, em suma, a possibilidade de responsabilização penal daquele ente, sustentando, para tanto, a contrariedade ao art. 3º da Lei n. 9.605/98 e art. 43, III, do CPP (fls. 89 a 104).

Contra-razões às fls. 126 a 131.

É o sucinto relatório.

O recurso é tempestivo. O representante ministerial foi intimado pessoalmente no dia 3 de junho de 2005 (certidão de fl. 88) e interpôs o recurso em 9 de junho (fl. 89).

As razões acerca da alegada afronta à lei federal estão suficientemente fundamentadas, pois, apesar de a questão ser controvertida, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, dispõe expressamente o art. 3º da Lei n. 9.605/98 que: "As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade".

Assim, em tese, a pessoa jurídica pode figurar no pólo passivo da ação penal, nos casos em que se apura crime contra o meio ambiente.

É neste sentido que se está posicionando o Superior Tribunal de Justiça:

"Criminal. Crime ambiental praticado por pessoa jurídica. Responsabi-

lização penal do ente coletivo. Possibilidade. Previsão constitucional regulamentada por lei federal. Opção política do legislador. Forma de prevenção de danos ao meio ambiente. Capacidade de ação. Existência jurídica. Atuação dos administradores em nome e proveito da pessoa jurídica. Culpabilidade como responsabilidade social. Co-responsabilidade. Penas adaptadas à natureza jurídica do ente coletivo. Recurso provido.

"I. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado, juntamente com dois administradores, foi denunciada por crime ambiental, consubstanciado em causar poluição em leito de um rio, através de lançamento de resíduos, tais como graxas, óleo, lodo, areia e produtos químicos, resultantes da atividade do estabelecimento comercial.

"II. A Lei Ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio ambiente.

"III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

"IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

"V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

"VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

"VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

"VIII. 'De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado'.

"IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A co-participação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade.

"X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica.

"XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que 'nenhuma pena

passará da pessoa do condenado [...]', pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física – que de qualquer forma contribui para a prática do delito – e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.

"XII. *A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual-penal.*

"XIII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator" (grifou-se — REsp n. 564960/SC, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 13-6-2005).

Aferida, em tese, a contrariedade, dou seguimento ao recurso, subindo os autos àquele colendo Tribunal.

Publique-se.

Intimem-se.

Florianópolis, 16 de setembro de 2005.

Cláudio Barreto Dutra,
2º Vice-Presidente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NA APELAÇÃO CÍVEL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NA APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.010933-6/0002.00, DE JOAÇABA

Recorrente: Serviço Intermunicipal de Água e Esgoto — Simae

Advogados: Drs. Milton Laske e outro

Recorridos: Jovelino Rosa e outros

Advogado: Dr. Davi Gabriel Pires

Despacho

Serviço Intermunicipal de Água e Esgoto – Simae, com fulcro no art. 102, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, interpôs recurso extraordinário contra acórdão da Primeira Câmara de Direito Público que, por votação unânime, deu parcial provimento à apelação e à remessa (fls. 218 a 229).

Fez breve resumo da demanda.

Alegou que, a partir da Emenda Constitucional n. 19, que modificou a redação do artigo 39, § 3º, os servidores públicos não têm mais direito aos adicionais de insalubridade e periculosidade, razão pela qual o art. 21 da Lei Municipal n. 2/93 não pode ser aplicado.

Salientou que o entendimento doutrinário e jurisprudencial é no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade de tal dispositivo (fls. 231 a 238).

Com as contra-razões (fls. 241 a 250), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela não admissão (fls. 255 a 258).

É o relatório.

O acórdão foi publicado no Diário da Justiça n. 11.403, de 5-4-2004 (certidão de fl. 230), e o reclamo protocolado em 5-5-2004. Considerando o prazo em dobro de que dispõe a Fazenda Pública (art. 188 do CPC), o recurso é tempestivo. Dispensado do preparo (art. 511, § 1º, do CPC), a procuração foi acostada à fl. 31.

Ainda que o recorrente tenha-se fundamentado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, das razões depreende-se que não houve insurgência por contrariedade, razão pela qual o juízo de admissibilidade consiste unicamente em examinar se a decisão recorrida "julgou válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição".

A interposição do extraordinário, nesses termos, é singular, pois só tem cabimento "quando um texto constitucional tenha sido preterido em favor da norma ou ato locais, ou seja, *a decisão entendeu infundada a alegada desconformidade da lei/ato local em face da CF*" (Mancuso, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 219) (grifou-se).

De precedente relatado pelo Ministro Sydney Sanches (RE n. 185.255-1/AL), colhe-se excerto de voto do Ministro Luiz Galloti, que bem analisou a questão da admissibilidade:

"No caso da alínea *c*, porém, o que se tem de verificar, para ter como cabível o recurso, é apenas se foi contestada a validade de lei ou ato de governo local em face da Constituição ou de lei federal, e se foi julgado válido aquele ato ou lei. *A resposta afirmativa a esses dois itens assegura o conhecimento do recurso. Saber se procede, ou não, a impugnação feita ao ato ou lei local, já diz com o mérito do recurso*" (grifou-se).

Na hipótese, o acórdão aplicou a Lei Municipal n. 2/93 sob o entendimento de que a supressão do adicional de insalubridade do rol do art. 39, § 3º, da Constituição Federal (com redação dada pela EC n. 19/98) não acarretou a imediata cessação do direito dos servidores públicos à sua percepção. Apenas deixou de ser garantido pela ordem constitucional sem, no entanto, obstar que a legislação infraconstitucional continuasse a regular tal matéria.

A validade da lei municipal em face da Carta Magna, por sua vez, vem sendo questionada desde a contestação – tanto é que teve a inconstitucionalidade rechaçada na sentença (fl.177) – e também nas razões de apelação (fls. 182 a 191), não se furtando o acórdão de repelir tal argumento, asseverando a "subsistência do benefício mesmo com a edição da Emenda Constitucional n. 19/98" (fl. 218).

Sendo a hipótese, pois, de subsunção à alínea *c* do artigo 102 da Constituição Federal, dou seguimento ao recurso, subindo os autos ao Supremo Tribunal Federal.

Publique-se.

Intimem-se.

Florianópolis, 29 de setembro de 2005.

Cláudio Barreto Dutra,
2º Vice-Presidente.

TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.006569-8/0002.00, DE BRAÇO DO NORTE

Recorrente: Cotece S.A.

Advogados: Drs. Douglas Santos Boneli e outros

Recorrida: Rota do Sol Indústria e Comércio do Vestuário Importação e Exportação Ltda.

Advogados: Drs. Andiara Zabot e outro

Recorrido: Banco Bradesco S.A.

Advogados: Drs. Milton Baccin e outros

Despacho

I – Cotece S.A. interpõe recurso especial ao acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2004.006569-8, de Braço do Norte. A pretensão recursal está fundada nas alíneas *a* e *c* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

Aduz a insurgente, em síntese, que o acórdão guerreado negou vigência aos artigos 165 da Lei n. 5.869/73 e 445, § 1º, da Lei n. 10.420/02.

Aponta, ainda, dissídio interpretativo.

Contra-razões às fls. 271 a 275.

II – O presente reclamo não pode ser admitido com relação às alíneas *a* e *c* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, porquanto ausente um dos requisitos admissionais do recurso especial, a saber, a tempestividade.

O acórdão que julgou o agravo de instrumento foi publicado no DJE n. 11.551, no dia 9-11-2004, circulando na mesma data (fl. 196); assim, o prazo recursal teve início em 10-11-2004, encerrando-se em 24-11-2004, data em que foi interposto o especial por meio de fac-símile.

Nos termos do artigo 2º da Lei n. 9.800/99, "a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término".

Tendo os originais sido protocolizados somente em 3-12-2004 (fl. 227, v.), evidencia-se a intempestividade do reclamo especial, pelo que impossível conhecê-lo.

Veja-se, a propósito, o seguinte precedente:

"Processo civil. Agravo do art. 545, CPC. Necessidade de juntada dos originais do recurso de agravo 'interno' interposto por meio de fac-símile. Lei n. 9.800/99. Recurso desprovido.

"I – Nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.800/99, 'a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término'.

"II – Não se encontrando nos autos os respectivos originais e tratando-se de pressuposto de admissibilidade do próprio recurso, é de negar-se seguimento ao mesmo, *ut* art. 557, CPC" (AgRg no Ag 236774/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28-3-2000, DJ 5-6-2000, p. 171).

III – Pelo exposto, não se admite o recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 23 de setembro de 2005.

Des. Orli Rodrigues,
3º Vice-Presidente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM APELAÇÃO CÍVEL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.000798-7/0005.00, DE BLUMENAU

Recorrente: Rigesa Celulose, Papel e Embalagens Ltda.

Advogados: Dr. Paulo Armínio Tavares Buechele e outros

Recorrido: Daniel Wiggers

Advogado: Dr. Adalberto Hackbarth

Despacho

I – Rigesa Celulose, Papel e Embalagens Ltda. interpõe recurso extraordinário, com fulcro no art. 102, inc. III, alínea *a*, da Constituição Federal, em razão do acórdão de fls. 755 a 778 que, por maioria de votos, negou

provimento à apelação cível interposta pela ora recorrente.

Foram opostos embargos de declaração, os quais restaram parcialmente acolhidos, apenas para determinar a lavratura do voto vencido.

Os embargos infringentes opostos às fls. 828 a 837 foram rejeitados pelo acórdão de fls. 927 a 933.

Sustenta a recorrente que houve afronta aos arts. 5º, inc. LV, e 7º, inc. IV, ambos da Constituição Federal.

Foram apresentadas contra-razões pelo recorrido às fls. 1.021 a 1.027.

II – Compulsando os autos, observo que o presente recurso extraordinário não possui um dos requisitos indispensáveis à sua admissibilidade, qual seja, o exaurimento da instância de segundo grau, a teor da Súmula 281 do STF.

Isso porque, com a nova redação dada pela Lei n. 10.352/01 ao art. 498 do Código de Processo Civil, o prazo para interposição dos recursos especial e extraordinário tornou-se uno, ou seja, a contagem do prazo inicia-se, tão-somente, após o julgamento dos embargos infringentes, tanto para a parte dispositiva do acórdão que contiver o julgamento unânime, quanto para a que for por maioria de votos.

Assim, a decisão a ser impugnada é aquela proferida, apenas, após o julgamento dos embargos infringentes, razão pela qual o presente recurso não pode ser admitido, por ter sido protocolado antes do julgamento dos referidos embargos.

Nesse diapasão já se manifestou a Corte Superior:

"Processual civil. Agravo regimental. Recurso especial ofertado em face de decisão proferida por maioria. Oposição simultânea de embargos infringentes. Inexistência de ajuizamento de recurso especial para atacar acórdão posterior (dos embargos infringentes). Necessidade de reiteração do apelo especial. Precedentes.

"1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial.

"2. Acórdão *a quo* que, por maioria de votos, apreciou execução fiscal referente à cobrança de IPTU.

"3. Recurso especial ofertado em face do acórdão que julgou a apelação cível, cujo julgamento se deu por maioria de votos, abrindo-se, assim, espaço à interposição do recurso de embargos infringentes, o que foi realizado pelo recorrente. Após o julgamento dos embargos infringentes o recorrente não interpôs o competente recurso especial.

"4. *O julgamento de embargos infringentes torna sem efeito o acórdão proferido em apelação cível, o que, em conseqüência, faz com que fique sem valia o recurso especial protocolado antes do julgamento dos referidos embargos.*

"5. *Necessidade de que seja reiterado o recurso especial. Precedentes*.

"6. Agravo regimental não provido" (AgREsp n. 717.186/DF, rel. Min. José Delgado, DJU de 27-6-05, p. 276) (grifei).

Ainda:

"Interpostos simultaneamente embargos infringentes e recurso especial, mostra-se descabida a discussão, no segundo recurso, de matéria que, no primeiro, ainda será levada a julgamento pela Corte recorrida. Incide na hipótese a Súmula 281/STF, uma vez que não caracterizada a decisão de última instância" (REsp n. 238.198/SP, rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 2-5-00, p. 167).

III – Diante do exposto, inadmito o recurso extraordinário.

Intimem-se.

Florianópolis, 26 de agosto de 2005.

Des. Orli Rodrigues,
3º Vice-Presidente.

RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
Palácio da Justiça Ministro Luiz Gallotti
Rua Álvaro Millen da Silveira, n. 208
Caixa Postal 427
88020-901 – Florianópolis – SC
Telefone: (48) 3221-1000

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 — Curitibanos
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 — Forquilhinha
Telefone: (48) 3463-8300

FÓRUM DA COMARCA DE FRAIBURGO
Av. Curitibanos, 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 GASPAR
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 — Saguaçu
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 NEGRINHO
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-Austria — 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

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

2003.024971-0 — Campos Novos 287
2004.030631-3 — Joinville 290

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

463.253-1 — Santa Catarina 261

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

440.393-5 — Santa Catarina 263

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2004.029618-4 — Capital 323
2004.033942-2 — Capital 329
2005.002521-0 — Capital 482
2005.012036-9 — Joinville 320
2005.013289-0 — Palhoça 564
2005.014342-2 — Blumenau 567

APELAÇÕES CÍVEIS

1998.004957-1 — Capital 363
2001.000934-5 — São João Batista 489
2001.006052-3 — Chapecó 445
2001.018897-0 — Capital 348
2001.022690-1 — Balneário Camboriú 378
2002.005170-5 — Criciúma 415
2002.010874-5 — Trombudo Central 448
2002.023931-9 — Gaspar 611
2003.019538-6 — Joinville 452

2004.018887-0 — São Carlos 354
2004.027443-2 — Curitibanos 617
2004.034510-2 — Anchieta 407
2005.000968-7 — São Domingos 535
2005.005426-6 — Criciúma 339
2005.008590-0 — Papanduva 333
2005.009172-1 — São José 386
2005.009424-6 — Capital 574
2005.011282-9 — Garopaba 411
2005.011759-9 — Itajaí 402
2005.013410-0 — Concórdia 589
2005.026145-2 — Navegantes 345

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

2005.013994-2 — Capital 540
2005.021279-6 — Caçador 544

APELAÇÕES CRIMINAIS

2004.025032-0 — Itapema 635
2005.001737-8 — Itajaí 690
2005.008668-9 — Blumenau 649
2005.012949-1 — Capital 656
2005.015509-4 — Criciúma 684
2005.015570-2 — Caçador 701
2005.019685-6 — Ibirama 709
2005.020450-0 — Campo Erê 697
2005.020451-7 — Canoinhas 716
2005.022397-1 — Seara 724
2005.025025-3 — Campo Erê 731

CONFLITOS DE COMPETÊNCIA

45.410 — Santa Catarina 271
2004.033055-8 — Blumenau 294
2004.033340-6 — Blumenau 301

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

2005.013121-4 — Concórdia 303

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

447.536-7 — Santa Catarina 265

EMBARGOS INFRINGENTES

2004.006030-0 — Lages 439
2004.013615-3 — Chapecó 306
2004.016043-7 — Chapecó 314
2004.022725-6 — Joaçaba 512
2004.030334-8 — Tubarão 424
2005.007755-6 — Biguaçu 495

HABEAS CORPUS

2005.025474-9 — Itajaí 735

PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

2005.020433-5 — Chapecó 743
2005.022245-0 — Camboriú 752
2005.028535-9 — São Francisco do Sul 760

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

17.620 — Santa Catarina 279

RECURSOS ESPECIAIS

750.799 — Santa Catarina 276
2004.006569-8 — Braço do Norte 783
2004.014634-5 — Blumenau 775
2005.007092-3 — Joaçaba 777

RECURSOS EXTRORDINÁRIOS

1999.000798-7 — Blumenau 784
2001.010933-6 — Joaçaba 779

REVISÕES CRIMINAIS

2005.017982-9 — Capital 631
2005.018526-2 — Criciúma 625

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

– Improbidade administrativa – Empréstimo pessoal com o aval da municipalidade. Apropriação indevida. Ressarcimento aos cofres públicos antes da instauração do inquérito civil. Condenação em multa civil. Recurso parcialmente provido. 611

AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

– Processo de inventário – Reconvenção. Responsabilidade civil. Não-observância do art. 159 do Código Civil de 1916. Improcedência. Recurso parcialmente provido. 386

AÇÃO DE COBRANÇA

– Agravo retido – Depoimento do autor. Indeferimento. Cerceamento de defesa. Recurso prejudicado. 445
– Chamamento ao processo – Preliminar argüida em agravo de instrumento não conhecido. Indeferimento. Fornecimento de produto. Vício oculto. Reclamação imediata. Prazo legal elastecido pela doutrina e jurisprudência. Prescrição afastada. Litigância de má-fé. Condenação. Recurso desprovido. 415

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

– Contrato de compra e venda de imóvel anterior à Lei n. 9.069/95 – Aplicabilidade desta apenas aos atos ainda não praticados pelos contratantes. Cláusulas com diversos índices de reajustamento. Incidência do Custo Unitário Básico. Aplicação do CDC. Utilização do índice IPC-r por ambas as partes. Possibilidade. Capitalização de juros. Inadmissibilidade. Correção mensal. Impossibilidade. Recurso provido. 363

AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR

– Mãe biológica sem condições psicológicas e materiais para a guarda de filho menor – Situação de risco. Inteligência do art. 24 do ECA e do

art. 1.638 do CC. Colocação da criança para adoção por família substituta. Recurso desprovido. 354

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

– Danos patrimonial e moral – Reprodução de charge em apostila de ensino. Falta de autorização do autor. Violação da Lei dos Direitos Autorais. Recurso provido. 348
– Representação comercial – Contrato de exclusividade. Rescisão unilateral pelas representadas. Indenização devida. Recursos desprovido e não conhecido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 452
– Residência atingida por enxurrada. Omissão do município – Responsabilidade civil subjetiva configurada. Danos materiais. Indenização. Danos morais inexistentes. Agravo retido desprovido, por maioria. Provimento parcial dos recursos. **VOTO VENCIDO**. 589

AÇÃO DECLARATÓRIA

– Administrativo – Servidor público municipal. Nomeação sem concurso. Violação de regra constitucional. Nulidade absoluta. Recurso desprovido. 617

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

– Lei municipal – Fiscalização de comércio de produtos ópticos. Competência do município para legislar sobre o tema. Perigo de prejuízos financeiros ao comércio e à indústria do município. Suspensão dos efeitos da norma até julgamento final da ação. Recurso provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 290
– Lei orgânica municipal – Mandato da mesa de vereadores. Desobediência ao princípio da simetria. Liminar. Ausência dos requisitos. Denegação da medida. 287

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

– Coisa julgada – Princípio da dignidade da pessoa humana. Direito à confirmação da paternidade. Exame de DNA. Conversão do julgamento em diligência. 402

AGRAVO DE INSTRUMENTO

– *Vide* Recurso.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

– *Vide* Recurso.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

– *Vide* Recurso.

ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO

– Escritura de compra e venda – Vícios de consentimento. Ação constitutiva. Ajuizamento após dez anos. Caducidade. Extinção do processo. Recurso desprovido. 407

APROPRIAÇÃO INDÉBITA

– Presidente que se apropria de dinheiro da instituição – Delito caracterizado. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Prestação pecuniária excessiva. Recurso provido. 731

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

– Art. 48 424

CAUTELAR DE SEQÜESTRO

– Prescrição – Extinção. Suprimento judicial forjado. Ato nulo. Imprescritibilidade. Recurso provido. 333

CÓDIGO CIVIL

– Art. 12 329
– Art. 16 329
– Art. 17 329
– Art. 82 (1916) 333
– Art. 85 (1916) 452
– Art. 159 (1916) 386, 589
– Art. 160, I (1916) 314
– Art. 166 333
– Art. 172 (1916) 489
– Art. 173 (1916) 489
– Art. 177 (1916) 407, 415
– Art. 178, § 2º (1916) 415
– Art. 178, § 9º, V, *b* (1916) 407
– Art. 178, II 407
– Art. 186 589
– Art. 405 589
– Art. 406 574
– Art. 421 424
– Arts. 927 e seguintes 161
– Art. 964 (1916) 495
– Art. 965 (1916) 495
– Art. 1.062 (1916) 589
– Art. 1.098 (1916) 452
– Art. 1.099 (1916) 452
– Art. 1.188 (1916) 544

– Art. 1.216 (1916) 544
– Art. 1.225, I 83
– Art. 1.228 83
– Art. 1.258 512
– Art. 1.259 512
– Art. 1.277 83
– Art. 1.278 83
– Art. 1.334 83
– Art. 1.336 83
– Art. 1.337 83
– Art. 1.531 (1916) 495
– Art. 1.638 354
– Art. 1.698 59
– Art. 1.703 161
– Art. 2.028 407
– Art. 2.035 424

CÓDIGO COMERCIAL (Lei n. 556/1850)

– Art. 211 415

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

– Art. 1º 439, 424
– Art. 2º 415
– Art. 3º 415
– Art. 6º, IV 495
– Art. 6º, VIII 495
– Art. 13, parágrafo único 415
– Art. 42 495
– Art. 47 424
– Art. 51, II, § 1º 363
– Art. 51, IV 363, 424, 495

CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 5.624/1979)

– Art. 32 279

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

– Art. 2º 439
– Art. 13 452
– Art. 17, II, IV e VII 415
– Art. 18 415
– Art. 20, § 3º 378, 445, 452, 495
– Art. 20, § 3º, *a*, *b* e *c* 589
– Art. 20, §§ 3º e 4º 386, 489
– Art. 20, § 4º 448, 589

– Art. 21, *caput* 378
– Art. 37 452
– Art. 46 386
– Art. 46, I 564
– Art. 47 564
– Art. 70, III 567
– Art. 77 415
– Art. 115, II 294
– Art. 116 294
– Art. 118, I 294
– Art. 123 276
– Art. 128 ..... 276, 439
– Art. 130 ..... 320, 445
– Art. 178, II 407
– Art. 219 ..... 489, 495
– Art. 264, parágrafo único 439
– Art. 267, I, II e III 489
– Art. 267, V 402
– Art. 267, VI 415, 540
– Art. 269, IV 333, 407
– Art. 273, § 3º 482
– Art. 286, II 589
– Art. 295, parágrafo único 589
– Art. 301, X 540
– Art. 333, I 348
– Art. 333, II 452, 495
– Art. 336 314
– Art. 458 407
– Art. 458, II e III 276
– Art. 460 439
– Art. 461, §§ 3º e 4º 329
– Art. 485 402
– Art. 512 439
– Art. 515 439
– Art. 515, § 3º 333
– Art. 525, I 303
– Art. 526, *caput* 303
– Art. 530 314
– Art. 535 276
– Art. 555, § 1º 294
– Art. 557, § 1º 303
– Art. 588 482
– Art. 614, II 489
– Art. 620 448
– Art. 690, § 1º 448
– Art. 692 448

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

– Art. 19 697
– Art. 38 697
– Art. 76, II 690
– Art. 78, II, *b* 690
– Art. 83 690
– Art. 108 690
– Art. 156 724
– Art. 383 701
– Art. 386, IV e VI 635, 701
– Art. 408 656
– Art. 417 656
– Art. 484 656
– Art. 499 684
– Art. 565 625
– Art. 567 690
– Art. 593, III, *d* 656
– Art. 621 ..... 625, 631
– Art. 622, parágrafo único 625, 631

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

– Art. 303 709
– Art. 306 709

CÓDIGO FLORESTAL (Lei n. 4.771/1965)

– Art. 2º 512

CÓDIGO PENAL

– Art. 11 701
– Art. 14, II 635, 684, 701
– Art. 25 716
– Art. 29 ..... 635, 701
– Art. 44, I 716
– Art. 44, § 4º 724
– Art. 45, § 1º, *in fine* 731
– Art. 59 ..... 631, 635, 649, 701
– Art. 61, II, *h* 716
– Art. 65, III, *d* 716
– Art. 69 ..... 656, 701
– Art. 71 656
– Art. 71, parágrafo único 656
– Art. 77 716
– Art. 78, § 1º 716
– Art. 79 716
– Art. 107, VIII 625

– Art. 121, § 2º, III 656
– Art. 129, § 1º, I 709
– Art. 129, § 2º, IV 716
– Art. 129, § 4º 716
– Art. 138 323
– Art. 157, §§ 1º e 2º, I e II 701
– Art. 157, § 2º, I e II 631
– Art. 157, § 2º, I, II e V 690
– Art. 157, § 2º, I e V 701
– Art. 157, § 3º, segunda parte 701
– Art. 159, § 1º 690
– Art. 163 323
– Art. 168, § 1º, III 731
– Art. 213 684
– Art. 214 ..... 625, 635, 684
– Art. 218 697
– Art. 224, *a* 625, 635, 684
– Art. 225 697
– Art. 225, § 1º, II 625
– Art. 225, § 2º, II 635
– Art. 226, I, II e III 635
– Art. 226, II e III 625
– Art. 288, parágrafo único 690
– Art. 319 697

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)

– Art. 105 535
– Art. 110 544
– Art. 121, parágrafo único, II 574
– Art. 128 574
– Art. 156, V 544
– Art. 167 574
– Art. 173, I 544
– Art. 174 535
– Art. 175 535
– Art. 179 535

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

– Processual civil – Majoração de tarifa de transporte público municipal. Ação proposta pela OAB. Competência da Justiça Federal. 271
– Negativo – Ação de indenização contra fundação hospitalar. Declinação de ofício pelo magistrado. Entidade de interesse coletivo, com personalidade jurídica de direito público. Competência da Vara dos Feitos da Fazenda Pública. Conflito improcedente. 294

– Negativo – Execução. Fundação hospitalar. Instituição com personalidade jurídica de direito público. Competência da Vara da Fazenda. Conflito rejeitado. 301

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – 1989

– Art. 46, § 3º 287
– Art. 85 287
– Art. 112, I e II 290
– Art. 134 290

CONSTITUIÇÃO FEDERAL – 1988

– Art. 1º, III 161, 402
– Art. 5º, IV e IX 329
– Art. 5º, V 329, 348
– Art. 5º, XIII 290
– Art. 5º, XXII e XXIII 83
– Art. 5º, XXXII 424
– Art. 5º, XXXVI 363
– Art. 5º, XL 716
– Art. 5º, XLVIII 113
– Art. 5º, LV 452
– Art. 24, VI 512
– Art. 30, I 290
– Art. 30, I, II e VIII 512
– Art. 37, II, § 2º 617
– Art. 37, § 6º 306, 567
– Art. 52, X 113
– Art. 93, IX 323
– Art. 102, § 2º 544
– Art. 105, III, *a* e *c* 276
– Art. 109, I 271
– Art. 133 386
– Art. 153, V 544
– Art. 156, III 574
– Art. 170 290
– Art. 170, V 424
– Art. 182 83
– Art. 183 83
– Art. 192, § 3º 424
– Art. 193 83
– Art. 220, § 1º 329
– Art. 225, § 1º, VII 512
– Arts. 226 e seguintes 161
– Art. 227 161

CORRUPÇÃO DE MENORES

– *Vide* Crime contra os costumes.

CRIME AMBIENTAL

– Poluição causada por dejetos de suínos – Prejuízo à saúde humana e à flora e fauna locais. Autoria e materialidade demonstradas. Pedido de desclassificação para a modalidade culposa. Recurso desprovido. 724

CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

– Atentado violento ao pudor – Revisão criminal. Extinção da punibilidade e nulidade do feito. Preliminares rechaçadas. Reavaliação de provas. Inviabilidade. Pretensão de afastar a hediondez do crime. Indeferimento. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 625

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

– Tráfico de drogas – Maconha. Desclassificação para uso. Apelo objetivando condenação por tráfico. Delito caracterizado. Recurso provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 649

CRIME CONTRA OS COSTUMES

– Tentativa de estupro mediante concurso de violência ficta e real – Elemento constitutivo do tipo. Aplicação do art. 9º da Lei n. 8.072/90. Possibilidade. Recurso provido. 684
– Corrupção de menores – Delito não caracterizado pelo ECA. Desclassificação para o art. 218 do Código Penal. Processo anulado desde o início. Direito do representante legal da ofendida de promover ação penal privada ou representar ao Ministério Público, dês que não transcorrido o prazo decadencial. 697
– Tentativa de atentado violento ao pudor – Materialidade e autoria duvidosas. Versão acusatória baseada em depoimentos conflitantes. Imprestabilidade para sustentar a condenação. Recurso provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 635

DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO

– Tributário – ISS. Construção civil. Obra realizada pela e para a própria construtora. Ausência de prestação de serviços a terceiros. Ilegalidade do tributo. Recurso parcialmente provido. 574

DESPACHO DA 1ª VICE-PRESIDÊNCIA

– Pedido de suspensão de liminar – Ação cautelar inominada. Exploração, ampliação e implantação de serviços públicos de abastecimento de água pelo município. Afastamento da companhia estadual de água e esgoto. Perigo de lesão à ordem e à saúde públicas. Não demonstração. Recurso não conhecido. 752

– Pedido de suspensão de liminar – Ação civil pública. Interdição das celas da delegacia de polícia, impondo ao Estado transferência dos presos, sob pena de multa. Falta de verbas e de vagas. Risco de lesão à segurança e à ordem públicas. Inexistência. Recurso indeferido. 760
– Pedido de suspensão de liminar – Ação de revisão de contrato. Decisão que determinou ao município o pagamento à empresa fornecedora de óleo diesel do valor desembolsado para a distribuidora. Preço pactuado em processo licitatório. Reajuste. Lesão à economia e à ordem públicas. Não comprovação. Recomposição do equilíbrio econômico -financeiro da empresa contratada. Pedido indeferido. 743

DESPACHO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA

– Recurso especial no agravo de instrumento – Ação civil pública contra ex-prefeito. Competência do juízo de primeiro grau. Recurso desprovido. 775
– Recurso extraordinário na apelação cível – Decisão unânime que deu parcial provimento à apelação. Servidores públicos. Adicionais de insalubridade e periculosidade. Cessação do direito. Recurso acolhido. Remessa ao STF. 779
– Recurso especial no recurso criminal – Denúncia contra pessoa jurídica. Rejeição. Contrariedade ao art. 3º da Lei n. 9.605/98 e ao art. 43, III, do CPP. Recurso acolhido. 777

DESPACHO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA

– Recurso extraordinário em apelação cível – Não exaurimento da instância de segundo grau. Súmula 281 do STF. Recurso inadmitido. 784
– Recurso especial em agravo de instrumento – Interposição por meio de fac-símile. Juntada extemporânea dos originais. Recurso inadmitido. 783

DOUTRINA

– Direito processual intertemporal aplicado: a Lei n. 10.352 e as restrições ao reexame necessário – Márcio Schiefler Fontes. 135
– O direito econômico como fundamento para a revisão judicial de políticas de fomento industrial – Renato Lisboa Altemani. 181
– Adolescentes, ato infracional e a maternagem (i)limitada – Alexandre Morais da Rosa. 15
– Efeitos da hipoteca em face do usucapião – Domingos Afonso Kriger Filho. 53
– Aspectos relevantes do contrato de transporte e da responsabilidade civil do transportador – Carlos Roberto Gonçalves. 19
– Formação do magistrado e legitimidade judicial: o caso das escolas de magistratura – Delton R. S. Meirelles. 43
– O quinto constitucional na berlinda – Nildomar da Silveira Soares. 171
– Fundamentos para a manutenção da ordem: a possibilidade de expulsão de morador sociopata do condomínio edilício à luz da Constituição da República Federativa do Brasil – Fabrício Wloch. 83

– Primeira leitura da Emenda Constitucional n. 45 – Cesar Luiz Pasold. 35
– Artigo 1.698 do Código Civil: análise da possibilidade jurídica do chamamento ao processo como intervenção de terceiro – Evelise Mileide Boratti. 59
– Dano moral na relação paterno-filial – Natália Gaspar Machado. 161
– Política de abastecimento de água em Santa Catarina e marco regulatório: a transição dos serviços da Casan para os municípios – Sérgio Luiz Junkes. 197
– Os crimes hediondos e a individualização da pena à luz de uma nova proposta de atuação – Fernando da Silva Comin. 113

EMBARGOS À ARREMATAÇÃO

– Segundo leilão – Credor. Único lançador. Preço vil. Embargos procedentes. 448

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

– IPTU – Isenção. Inépcia da inicial executória. Preliminar rechaçada. Requisitos de lei. Não preenchimento. Recurso parcialmente provido. 535

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO

– *Vide* Recurso.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

– *Vide* Recurso.

EMBARGOS INFRINGENTES

– *Vide* Recurso.

EMENDA CONSTITUCIONAL

– N. 40/2003 424

ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Lei n. 8.906/1994)

– Art. 2º 386
– Art. 22, § 2º 386
– Art. 44 271

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

– Art. 24 354
– Art. 28, § 1º 320
– Art. 160 320
– Art. 161, § 2º 320
– Art. 244-A 697

ESTATUTO DO IDOSO (Lei n. 10.741/2003)

– Art. 1º 716

ESTUPRO

– *Vide* Crime contra os costumes. 684

EXECUÇÃO

– Nota promissória – Extinção da ação sem julgamento do mérito. Nova execução. Citação na primeira ação. Inocorrência de prescrição. Recurso provido. 489

EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS

– Pensão a ex-mulher – Minoração em grau de recurso. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. 411

EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO

– Crimes cometidos em lugares distintos – Competência do foro onde foi cometido o maior número de infrações. Nulidade da sentença. Remessa ao juízo competente. 690

HABEAS CORPUS

– Crime contra a ordem tributária – Trancamento da ação penal. Paciente que não é mais sócio da empresa. Análise de provas. Inviabilidade em sede de *habeas corpus*. Não conhecimento. Extinção da punibilidade diante do parcelamento da dívida. Inadimplemento. Impossibilidade. Ordem denegada. 735

HOMICÍDIO QUALIFICADO

– Duplo homicídio – Autoria negada em ambas as fases. Ausência de testemunhas. Laudos inconclusivos. Indícios. Condenação. Preliminares rejeitadas. Decisão cassada. Recurso provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 656

INDENIZAÇÃO

– Banco – Depósito de cheque. Compensação. Liberação do valor. Utilização do numerário. Contra-ordem verificada posteriormente. Estorno sem autorização do correntista. Impossibilidade. Dever de indenizar. Recurso provido. 378

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

LEIS

– N. 4.547/1970 197
– N. 5.624/1979 – *Vide* Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina.
– N. 10.789/1998 – Art. 24, § 7º 735

LEIS COMPLEMENTARES

– N. 156/1997 (Estadual) – Art. 33 589
– Art. 35, *h* 589
– N. 161/1997 (Estadual) 589

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETO

– N. 57.663/1966 – Art. 70 489
– Art. 71 489
– Art. 77 489

DECRETOS-LEIS

– N. 406/1968 – Art. 8º 544
– N. 3.688/1941 – *Vide* Lei das Contravenções Penais.
– N. 4.657/1942 – *Vide* Lei de Introdução ao Código Civil.

LEIS

– N. 556/1850 – *Vide* Código Comercial.
– N. 4.591/1964 – Art. 10 83
– Art. 53 363
– Art. 54 363
– N. 4.771/1965 – *Vide* Código Florestal.
– N. 4.886/1965 – Art. 1º 452
– Art. 27 452
– Art. 34 452
– Art. 35, *a* e *c* 452
– N. 5.172/1966 – *Vide* Código Tributário Nacional.
– N. 6.368/1976 – *Vide* Lei Antitóxico.
– N. 6.766/1979 – Art. 2º, §§ 1º, 2º e 4º 512
– Art. 3º 512
– N. 6.938/1981 – Art. 3º, IV 564
– Art. 14, § 1º 512
– N. 7.210/1984 – *Vide* Lei de Execução Penal.

– N. 8.069/1990 – *Vide* Estatuto da Criança e do Adolescente.
– N. 8.072/1990 – *Vide* Lei dos Crimes Hediondos.
– N. 8.078/1990 – *Vide* Código de Defesa do Consumidor.
– N. 8.137/1990 – Art. 1º, II 735
– Art. 2º 735
– Art. 11 735
– N. 8.429/1992 – Art. 9º, I, XI e XII 611
– Art. 12, I 611
– N. 8.906/1994 – *Vide* Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.
– N. 9.065/1995 – Art. 13 574
– N. 9.069/1995 – Art. 20 363
– Art. 22, II 363
– Art. 27, § 1º, II 363
– Art. 28 363
– N. 9.433/1997 197
– N. 9.503/1997 – *Vide* Código de Trânsito Brasileiro.
– N. 9.605/1998 – Art. 6º, III 724
– Art. 7º 724
– Art. 12 724
– Art. 15, II, *o* 724
– Art. 54, § 2º, V 724
– N. 9.610/1998 – *Vide* Lei dos Direitos Autorais.
– N. 9.714/1998 731
– N. 9.984/2000 197
– N. 10.352/2001 135
– N. 10.406/2002 – Art. 205 407
– N. 10.684/2003 – Art. 9º, § 2º 735
– N. 10.741/2003 – *Vide* Estatuto do Idoso.
– N. 10.792/2003 625
– N. 10.826/2003 – Art. 12 701
– Art. 14 701
– Art. 15 402

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

LEIS

– N. 2.056/1974 (Blumenau) – Art. 3º, *a* a *h* 294
– Art. 6º 294
– Art. 7º 294
– Art. 9º 294
– N. 4.901/2003 (Joinville) 290
– N. 5.054/1997 (Florianópolis) – Art. 266, II 574

LEI ANTITÓXICO (Lei n. 6.368/1976)

– Art. 12 649
– Art. 16 ..... 649, 656
– Art. 38 ..... 649, 656

LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS (Decreto-Lei n. 3.688/1941)

– Art. 61 635
– Art. 65 83

LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)

– Art. 112 113

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Decreto-Lei n. 4.657/1942)

– Art. 5º 415

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

– Art. 1º 701
– Art. 1º, V e VI 625
– Art. 2º, § 1º 113, 649, 684, 701
– Art. 8º 690
– Art. 9º 684

LEI DOS DIREITOS AUTORAIS (Lei n. 9.610/1998)

– Art. 5º, VI 348
– Art. 7º, VIII 348
– Art. 11, *caput* 348
– Art. 24, II 348
– Art. 33 348
– Art. 78 348

LESÃO CORPORAL GRAVE

– Condenação – Legítima defesa. Excludente não configurada. *Sursis*. Requisitos legais. Preenchimento. Deferimento. Recurso parcialmente provido. 716
– Condução de veículo sob efeito de álcool – Delito absorvido pelo de lesões corporais. Prescrição. Lesões corporais graves. Cenário fático diverso do crime de trânsito. Incidência autônoma. Absolvição inviável. Recurso parcialmente provido. 709

MANDADO DE SEGURANÇA

– Tributário – ISS sobre operações de *leasing* financeiro. Inexistência de prestação de serviço. Inexigibilidade do tributo. Ordem concedida. Recurso provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 544

– Ambiental – Construção em área de preservação permanente. Demolição. Necessidade de produção de provas da legalidade da obra. Carência de ação. 540

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

– Coisa julgada – Filiação reconhecida sem exame de DNA. Impossibilidade. Princípio da dignidade humana. Recurso provido. 345

NOTICIÁRIO

– Discurso de posse do Dr. Edson Nelson Ubaldo no cargo de Desembargador. 246
– Discurso de posse do Dr. Cid José Goulart Júnior no cargo de Desembargador. 253
– Comemoração do 114º aniversário de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 233

RECURSO

– Embargos de declaração – Agravo em agravo de instrumento. Declaração de voto. Juntada equivocada. Contradição inocorrente. Recurso desprovido. 303
– Agravo de instrumento – Artigo virtual ultrajante. Direito de personalidade. Lesão. Antecipação dos efeitos da tutela. Obrigação de fazer. Recurso desprovido. 329
– Agravo de instrumento – Responsabilidade civil. Honra. Imputação de invasão e danos a *websites.* Presunção de falsidade. Recurso parcialmente provido. 323
– Agravo de instrumento – Separação consensual. Modificação de cláusula de guarda da filha do casal. Ouvida da menor. Obrigatoriedade. Decisão mantida. Recurso desprovido. Maioria de votos. 320
– Agravo de instrumento – Ambiental. Responsabilidade solidária do causador direto do dano e do Município. Recurso provido. 564
– Agravo de instrumento – Danos morais contra o Estado. Denunciação da lide aos agentes públicos acusados da ofensa. Novo fundamento jurídico. Inviabilidade. Recurso desprovido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 567
– Embargos infringentes – Responsabilidade civil. Construção de usina hidrelétrica. Impedimento de atividade pesqueira. Nexo causal não comprovado. Inexistência do dever de indenizar. Recurso desprovido. 306
– Agravo de instrumento – Ação de apuração e cobrança de haveres. Sócio excluído. Reembolso. Tutela antecipada. Natureza alimentar da verba. Multa cominatória. Necessidade. Recurso desprovido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 482
– Embargos de declaração em recurso extraordinário – Constitucional. Tributário. Taxa de esgoto sanitário. Preço público. Embargos convertidos em agravo regimental. Desprovimento. 265

– Agravo regimental em recurso extraordinário – Indenização por dano moral decorrente de ato do Poder Judiciário. Responsabilidade subjetiva do Estado. Súmula 279 do STF. Descabimento. 263
– Agravo regimental em agravo de instrumento – Servidores públicos. Vencimentos. Reajuste de 11,98%. Precedentes. Recurso desprovido. 261
– Embargos infringentes – Exame de encargos não impugnados em contrato de crédito. Viabilidade. Observância do CDC. Recurso provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 439
– Embargos infringentes – Contratos bancários. Revisão de cláusulas. Juros remuneratórios e comissão de permanência. Taxa média de mercado. Aplicação do CDC. Inversão dos ônus da sucumbência em favor dos patronos do banco. Recurso provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 424
– Embargos infringentes – Direito ambiental. Ação civil pública. Edificação na margem de rio. Desrespeito à distância prevista no Código Florestal. Demolição. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e teoria do fato consumado. Conversão em indenização. Recurso provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 512
– Embargos infringentes – Repetição de indébito. Mensalidades. Serviços educacionais. Aplicação do CDC. Devolução dos valores cobrados a mais. Recurso parcialmente provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 495
– Embargos infringentes – Indenização por dano moral. Ação formulada por médico contra o diretor do hospital em que atua. Inexistência de ato ilícito. Inacolhimento do pleito indenizatório. Recurso provido. 314

RECURSO CRIME

– Minoração de pena-base – Reiteração dos argumentos. Ausência de novas provas. Requisitos de admissibilidade do art. 621 do CPP não preenchidos. Pedido indeferido. 631

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

– Administrativo – Juiz substituto. Promoção por merecimento. Lista tríplice. Maioria de votos. Exigência descabida. Amparo em lei vigente à época dos fatos. Recurso provido. 279

RECURSO ESPECIAL

– Administrativo – Membros do Ministério Público de Santa Catarina. Licença-prêmio não gozada. Conversão em pecúnia. Impossibilidade. Recurso provido. 276

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

– Art. 126, §§ 1º e 2º 303
– Art. 144 303

– Art. 145 303
– Art. 146 303

REVISÃO CRIMINAL

– *Vide* Recurso crime. 631

REVISÃO DE CONTRATO

– Cartão de crédito – Acolhimento. Reclamo recursal. Guia de recolhimento. Rasuras. Preparo anterior à sentença atacada. Deserção. Não conhecimento. Prática delitiva. Remessa de cópia do processo à Corregedoria-Geral da Justiça e ao Ministério Público. 339

ROUBO IMPRÓPRIO

– Tentativa – Agentes que, após subtração de dinheiro e celular, atiram contra a vítima. Autoria de ambos comprovada. Recurso ministerial provido parcialmente. Apelo defensivo desprovido. 701

SÚMULAS – STF

– N. 121 363
– N. 648 424

SÚMULAS – STJ

– N. 138 544
– N. 188 574
– N. 231 701
– N. 294 424
– N. 297 ..... 424, 439

ÍNDICE ONOMÁSTICO

A

– Alcides Aguiar 436, 482, 489
– Alexandre Morais da Rosa 15
– Amaral e Silva 625, 657
– Anselmo Cerello 743, 752, 760

C

– Carlos Britto 261
– Carlos Prudêncio 287
– Carlos Roberto Gonçalves 19
– Carlos Velloso 265
– Cesar Abreu 510, 611, 617
– Cesar Luiz Pasold 35
– Cid José Goulart Júnior 253
– Cláudio Barreto Dutra 775, 777, 779

D

– Delton R. S. Meirelles 43
– Domingos Afonso Kriger Filho 53

E

– Edson Nelson Ubaldo 246
– Evelise Mileide Boratti 59

F

– Fabrício Wloch 83
– Felix Fischer 276
– Fernando Carioni 301, 434
– Fernando da Silva Comin 113
– Francisco Falcão 274
– Francisco Oliveira Filho 294, 510, 534

G

– Gaspar Rubik 635
– Gastaldi Buzzi 436, 439

I

– Irineu João da Silva 701, 709

J

– Jaime Luiz Vicari 631
– Jaime Ramos 589, 574
– Jânio Machado 303
– João Otávio de Noronha 271, 275
– Jorge Schaefer Martins 363, 378
– José Carlos Carstens Köhler 724, 731

L

– Laurita Vaz 279
– Luiz Carlos Freyesleben 306, 354
– Luiz Cézar Medeiros 506, 564, 567

M

– Márcio Schiefler Fontes 135
– Marcus Tulio Sartorato 407, 411

– Maria do Rocio Luz Santa Ritta 323, 329
– Maurílio Moreira Leite 690, 697
– Moacir Pereira 233
– Monteiro Rocha 345, 348

N

– Natália Gaspar Machado 161
– Nelson Schaefer Martins 294, 424
– Newton Janke 535
– Newton Trisotto 504, 512
– Nicanor da Silveira 544
– Nildomar da Silveira Soares 171

O

– Orli Rodrigues 294, 783, 784

P

– Pedro Manoel Abreu 233, 495

R

– Renato Lisboa Altemani 181
– Ricardo Fontes 443
– Ronaldo Moritz Martins da Silva 444
– Rui Fortes 512

S

– Salim Schead dos Santos 444, 445, 448
– Sepúlveda Pertence 263
– Sérgio Izidoro Heil 314, 415
– Sérgio Luiz Junkes 197
– Sérgio Paladino 656, 684
– Sérgio Roberto Baasch Luz 320, 333
– Solon d'Eça Neves 643, 649

– Sônia Maria Schmitz 535
– Souza Varella 290

T

– Torres Marques 716, 735
– Trindade dos Santos 339, 452

V

– Vanderlei Romer 293, 510
– Volnei Carlin 510, 523, 535, 540, 553

W

– Wilson Augusto do Nascimento 386, 402

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
Osvaci Amaro Venâncio Júnior
Sandra Mello Bottaro Vieira
Valmecir José de Souza
Wânia Mara Valentim da Silva

Índice Numérico e Legislativo

Jorge Silveira

Índice por Assunto

José Leopoldo Abatti

Editoração eletrônica

José Valmeci de Souza (Atta)

SANTA CATARINA TRIBUNAL
DE JUSTICA:83845701000159

Assinado de forma digital por
SANTA CATARINA TRIBUNAL
DE JUSTICA:83845701000159
Dados: 2024.07.05 12:27:08
-03'00'